DEFENSOR DEL PUEBLO

INFORMES, ESTUDIOS Y DOCUMENTOS

INFORME SOBRE ASISTENCIA JURÍDICA A LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA

Publicaciones

INFORMES, ESTUDIOS
Y DOCUMENTOS

INFORME SOBRE ASISTENCIA JURÍDICA
A LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA

DEFENSOR DEL PUEBLO

INFORMES, ESTUDIOS Y DOCUMENTOS

INFORME SOBRE ASISTENCIA JURÍDICA A LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA

Madrid, 2005

España. Defensor del Pueblo

Informe sobre asistencia jurídica a los extranjeros en España. – Madrid : Defensor del Pueblo, 2005. – 466 p. : gráf. ; 24 cm. – (Informes, estudios y documentos; 20)
ISBN: 84-87182-55-0

1. Extranjeros – Asistencia jurídica – España – Legislación. I. Título. II. Serie: Informes, estudios y documentos (España. Defensor del Pueblo; 20.

© Defensor del Pueblo
Eduardo Dato, 31 - 28010 Madrid
Correo electrónico: publicaciones@defensordelpueblo.es
Internet: **http://www.defensordelpueblo.es**

ISBN: 84-87182-55-0
Depósito legal: M. 45.492-2005
Fotocomposición e Impresión: Closas-Orcoyen, S. L.
Polígono Igarsa. Paracuellos de Jarama (Madrid)

He golpeado a tu puerta,
he llamado a tu corazón,
para tener un lecho,
para tener un poco de fuego
para calentarme:
ábreme, hermano.

¿Por qué me preguntas
si soy de África,
si soy de América,
si soy de Asia,
si soy europeo?
Ábreme, hermano.

No soy un negro,
ni un piel roja,
ni un oriental,
ni un blanco,
sino sólo un hombre.

Ábreme la puerta,
ábreme el corazón,
porque soy un hombre,
el hombre de todos los tiempos,
el de todos los cielos,
un hombre como tú.

René Philombe
poeta camerunés.

(Texto tomado de una publicación
de *Algeciras Acoge*)

ÍNDICE

Pág.

PRESENTACIÓN 19

MÉTODO DE ELABORACIÓN DEL INFORME 23

I. CONFIGURACIÓN DE LA ASISTENCIA JURÍDICA COMO DERECHO Y SU APLICACIÓN A LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS 31

1. Inmigración y extranjería 33
2. Configuración constitucional y legal de la asistencia jurídica en España. Algunas consideraciones de Derecho comparado 36

2.1. Disposiciones constitucionales 36
2.2. Regulación normativa 38
2.3. Ámbito subjetivo 39
2.4. Contenido material 42
2.5. Requisitos de los beneficiarios 46
2.6. Procedimiento para el reconocimiento del beneficio 47
2.7. Mecanismos de control 49

3. La asistencia jurídica gratuita en la jurisprudencia constitucional 51

II. CUESTIONES SUSTANTIVAS 55

1. Introducción 57
2. Asistencia letrada en los supuestos de denegaciones de entrada 59

2.1. Precisiones terminológicas y conceptuales 59
2.2. Regulación normativa 63

2.2.1. Acceso 64
2.2.2. Acreditación y justificación de los requisitos de entrada 66
2.2.3. Obligaciones de información de los transportistas 68
2.2.4. Denegación de entrada 71

2.3. Magnitudes generales 72
2.4. Fases del procedimiento de denegación de entrada 78
2.5. Cuestiones necesitadas de especial análisis 80

2.5.1. Forma de iniciación del procedimiento 80
2.5.2. Determinación de la gratuidad de la asistencia letrada como criterio general en este trámite 82
2.5.3. Primer contacto del letrado con su asistido 83
2.5.4. Entrevista del ciudadano extranjero con el instructor 85
2.5.5. Actuaciones del letrado hasta la resolución administrativa 87
2.5.6. Obligaciones del letrado nacidas de la asistencia en este procedimiento 88
2.5.7. Régimen de recursos 89
2.5.8. Previsiones del letrado respecto a la necesidad de tener que iniciar alguna actuación en la vía jurisdiccional 91

3. Asistencia letrada en los supuestos de devolución 93

3.1. Precisiones terminológicas y conceptuales 93
3.2. Regulación normativa y operativa de la devolución 95
3.3. Magnitudes generales 97
3.4. Cuestiones necesitadas de especial análisis 103

3.4.1. Obligatoriedad de la asistencia jurídica en todas las devoluciones 103
3.4.2. Actuación en los trámites de devolución 105

3.4.2.1. Primeras actuaciones del letrado 106
3.4.2.2. Audiencia y trámites hasta la resolución 106
3.4.2.3. Recursos 109

4. Asistencia letrada en los supuestos de expulsión 110

4.1. Precisiones terminológicas y conceptuales 110
4.2. Regulación normativa 111

4.2.1. Tipología 111

4.2.1.1. Expulsiones gubernativas 111
4.2.1.2. Expulsiones gubernativas por comisión de delitos 113
4.2.1.3. Expulsiones de extranjeros a los que resulta de aplicación el llamado régimen comunitario 113
4.2.1.4. Expulsiones judiciales sustitutivas de la pena o de una medida de seguridad 114

4.2.2. Supuestos en los que no puede ser impuesta la sanción gubernativa de expulsión 115
4.2.3. Posibilidades de exención de responsabilidad administrativa para extranjeros en situación irregular 117

4.2.4. Procedimientos 120

4.2.4.1. Procedimiento preferente 120
4.2.4.2. Conexión entre el procedimiento preferente y el ordinario 121
4.2.4.3. Procedimiento ordinario 122
4.2.4.4. Comunicación interadministrativa y jurisdiccional 123
4.2.4.5. Ejecución de la expulsión 124

4.3. Magnitudes generales 126
4.4. Exposición de la operativa seguida en la expulsiones 135

4.4.1. Iniciación del procedimiento 135
4.4.2. Instrucción: alegaciones, pruebas y propuesta de resolución 138
4.4.3. Resolución 139
4.4.4. Ejecución 140
4.4.5. Recursos administrativos y judiciales 140

4.5. Cuestiones necesitadas de especial análisis 141

4.5.1. Detención e inicio del procedimiento 141
4.5.2. Exigencia de notificación directa y personal a los interesados de la incoación de procedimientos preferentes .. 145
4.5.3. Actuaciones mínimas a realizar con ocasión de la notificación de la incoación en el procedimiento preferente .. 146
4.5.4. Acceso a la asistencia jurídica en procedimientos incoados sin presencia letrada 148
4.5.5. Entrevistas entre el letrado y el asistido 150
4.5.6. Formulación de alegaciones 152
4.5.7. Notificaciones 153
4.5.8. Ejecución de la expulsión 157
4.5.9. Especial consideración de la actuación letrada en supuestos de ejecución por las autoridades españolas de una orden de expulsión dictada por un Estado miembro de la Unión Europea 159

5. Asistencia letrada a los extranjeros sometidos a internamiento 161

5.1. Precisiones terminológicas y conceptuales 161
5.2. Derechos de la persona internada 163
5.3. Deberes de la persona internada 164
5.4. Normativa reguladora de los centros de internamiento 165
5.5. Datos generales sobre los centros 169
5.6. Participación letrada en cada uno de los itinerarios para acordar la medida de internamiento 174

5.6.1. Internamientos durante la tramitación de expedientes de expulsión 174

5.6.2. Internamientos para la ejecución forzosa de expulsiones .. 177
5.6.3. Internamientos en los supuestos de devolución 179
5.6.4. Internamientos en los supuestos de retorno 179

5.7. Resolución judicial sobre el internamiento y control sobre la misma 180
5.8. Principales incidencias detectadas respecto del ejercicio del derecho de defensa cuando la persona internada se encuentra en el centro 184

5.8.1. Acceso a los servicios de interpretación 184
5.8.2. Constancia en el centro de la identidad del letrado que asiste a cada interno 185
5.8.3. Horarios de comunicación entre letrado y asistido 186
5.8.4. Dependencias que garanticen la confidencialidad de las entrevistas 186
5.8.5. Problemas derivados de la distancia entre el lugar de tramitación del procedimiento y el centro de internamiento 187

5.9. Finalización del internamiento 188

6. Asistencia letrada en casos de asilo 190

6.1. Precisiones conceptuales y terminológicas 190
6.2. Regulación normativa 197

6.2.1. Recepción y desarrollo del sistema de asilo en el Derecho español 198
6.2.2. Normativa de la Unión Europea 204

6.3. Magnitudes generales 209
6.4. Los procedimientos del sistema español de protección 217

6.4.1. Procedimiento de asilo 218

6.4.1.1. Lugar y plazo para la presentación de la solicitud 218
6.4.1.2. Forma de presentación 219
6.4.1.3. Información al solicitante de asilo 222
6.4.1.4. Tramitación de la solicitud presentada en una misión diplomática o consular española.. 224
6.4.1.5. Tramitación de la solicitud realizada en territorio español 225
6.4.1.6. Tramitación de la solicitud realizada en un puesto fronterizo 227
6.4.1.7. Polizones 230
6.4.1.8. Motivación de las resoluciones de inadmisión a trámite 235
6.4.1.9. Tramitación y resolución de la solicitud de asilo admitida a trámite. Situación de los solicitantes 237

6.4.1.10. Expulsión del refugiado y revocación del asilo o cesación del estatuto 242

6.4.2. Procedimiento de protección temporal 244

6.5. Cuestiones necesitadas de especial análisis 247

6.5.1. Evolución y actualidad del modelo de asistencia jurídica a los solicitantes de asilo en España 247
6.5.2. Temas comunes en la fase de admisión a trámite 251

6.5.2.1. Dificultades para el acceso a una orientación jurídica preliminar 251
6.5.2.2. Información que se facilita al peticionario sobre el procedimiento 252
6.5.2.3. Disponibilidad de intérpretes 254
6.5.2.4. Presencia y actuación letrada en la entrevista de solicitud de asilo 255

6.5.3. Intervención letrada en el procedimiento de inadmisión a trámite en territorio 259

6.5.3.1. Alto grado de renuncias a la asistencia jurídica 259
6.5.3.2. Acceso al procedimiento por parte de personas privadas de libertad 262
6.5.3.3. Garantía de confidencialidad de las personas que pretenden solicitar asilo y están privadas de libertad 263
6.5.3.4. Seguimiento de la vía administrativa 264

6.5.4. Intervención letrada en el procedimiento de inadmisión a trámite en puestos fronterizos 265

6.5.4.1. Condiciones de acceso del letrado al puesto fronterizo 265
6.5.4.2. Obtención de copia de la solicitud de asilo 267
6.5.4.3. Comunicación de la inadmisión a trámite al letrado 268
6.5.4.4. Reexamen 270
6.5.4.5. Especial consideración del acceso a la asistencia letrada en el caso de los polizones..... 271

6.5.5. Intervención letrada respecto de las solicitudes admitidas a trámite 274

6.5.5.1. Falta de continuidad de la asistencia jurídica. 275
6.5.5.2. Seguimiento de la tramitación de la solicitud .. 277

6.5.6. Intervención letrada en la revisión judicial 281
6.5.7. Consideraciones sobre la necesidad de mejorar la coherencia del sistema de asistencia jurídica a los solicitantes de asilo 284

6.5.8. Asistencia letrada y orientación jurídica en el régimen de protección temporal 287

7. Asistencia letrada y tutela judicial del extranjero..... 289

7.1. Introducción 289
7.2. Asistencia letrada y tutela contencioso-administrativa 295

7.2.1. Introducción 295
7.2.2. Dificultades de acceso a la tutela judicial efectiva por imposibilidad legal de desplazamiento 298
7.2.3. Dificultades derivadas, en el orden contencioso-administrativo, de la designación de un letrado distinto del que asiste al inmigrante en el procedimiento administrativo 302
7.2.4. Medidas cautelares 303

7.2.4.1. Otorgamiento restrictivo de medidas cautelares 303
7.2.4.2. Medidas cautelares en el asilo y su incidencia sobre la eventual orden de expulsión 304

7.2.5. Justicia pronta y dilaciones indebidas. Especial referencia a los casos en los que el ciudadano extranjero ha sido devuelto a su país 305
7.2.6. Intervención de los abogados en la fase judicial del internamiento y conveniencia de asignar la autorización judicial para el internamiento a la jurisdicción contencioso-administrativa 307
7.2.7. Órgano jurisdiccional competente en materia de denegación de visados 309

7.3. Asistencia letrada y tutela en el orden penal 310

7.3.1. Introducción 310
7.3.2. Problemas derivados de la designación de distintos letrados para procedimientos administrativos y procesos contencioso-administrativos y procesos penales 311
7.3.3. Incidencia del artículo 89 del Código Penal en el ámbito de la extranjería 312
7.3.4. Problemática del hábeas corpus 313

7.4. Asistencia letrada a menores extranjeros infractores 314
7.5. Asistencia letrada y tutela en los órdenes civil y laboral 316

8. Asistencia letrada a menores extranjeros..... 319

8.1. El menor como sujeto de derechos. Especial referencia al derecho a recibir una asistencia jurídica 319
8.2. Aspectos prácticos más relevantes detectados en relación con la asistencia jurídica a los menores 322

8.2.1. Asistencia jurídica a menores extranjeros acompañados .. 322
8.2.2. Asistencia jurídica a menores extranjeros no acompañados 324

8.2.2.1. Intervención letrada ante la Administración General del Estado 328
8.2.2.2. Intervención letrada ante la Administración responsable de los servicios de protección 332
8.2.2.3. Intervención letrada para la integración del menor en nuestro país 337

8.2.3. Intervención letrada en la determinación de la edad del menor 339

9. Otras actuaciones de asistencia y orientación jurídica a extranjeros 340

9.1. La orientación jurídica..... 340

9.1.1. Introducción 340
9.1.2. Implantación de los servicios de orientación 342

9.2. Problemas puestos de manifiesto por los letrados en este ámbito 349

9.2.1. Cuestiones generales 349
9.2.2. Oficinas de extranjería 350
9.2.3. Consulados 362

III. CUESTIONES ESTRUCTURALES 369

1. Aspectos organizativos 371

1.1. Marco normativo 371
1.2. Configuración colegial de la asistencia jurídica gratuita en extranjería 378

1.2.1. Grado de especialización 378
1.2.2. Situación actual de la prestación del servicio por parte de los colegios 386
1.2.3. Acceso de los letrados al servicio de asistencia jurídica en extranjería 388
1.2.4. Supervisión y evaluación del servicio por parte de cada colegio 390
1.2.5. Determinación de los parámetros de actuación: protocolos de intervención 392

1.3. Servicios complementarios de asesoramiento..... 393
1.4. Los intérpretes como una necesidad específica en materia de extranjería 397

2. Formación 398

2.1. La formación como necesidad 398

2.2. Modelos e iniciativas de formación 401

2.2.1. Exposición de los modelos existentes 401
2.2.2. Análisis crítico 404

3. Cuestiones económicas y financieras 406

3.1. Introducción 406
3.2. Régimen normativo de esta materia en las comunidades autónomas 407
3.3. Modalidades 410
3.4. Políticas del IMSERSO en este ámbito 412

IV. CONCLUSIONES 415

1. Conclusiones referentes a cuestiones generales 417

1.1. Aspectos normativos 417
1.2. Aspectos estructurales 418

2. Conclusiones relativas a la denegación de entrada 421
3. Conclusiones relativas a la devolución 422
4. Conclusiones relativas a la expulsión 422
5. Conclusiones relativas al internamiento y a la asistencia en los centros de internamiento 424

5.1. Fase de autorización judicial 424
5.2. Actuaciones en los centros 425

6. Conclusiones relativas al asilo 426
7. Conclusiones relativas a los procesos judiciales 428
8. Conclusiones relativas a los menores extranjeros 429
9. Conclusiones relativas a la orientación jurídica 430

V. RECOMENDACIONES 433

1. Al Consejo General del Poder Judicial 435
2. Al Ministerio de Justicia 435
3. Al Ministerio del Interior 438
4. Al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales 438
5. A la Fiscalía General del Estado 439
6. A la Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía; a la Consejería de Presidencia y Justicia del Gobierno de Canarias; al Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña; a la Consejería de Justicia, Interior y Administración Local de la Junta de Galicia; a la Consejería de Justicia e Interior de la Comunidad de Madrid; al Departamento de Presidencia, Justicia e Interior del Gobierno de Navarra; al Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social del País Vasco; y a la Consejería de Justicia y Administraciónes Públicas de la Generalidad Valenciana 440

7. A la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración 441
8. A la Dirección General de la Policía..... 441
9. A la Dirección General de Política Interior 443
10. A la Dirección General de Infraestructuras y Material de la Seguridad 444
11. Al Consejo General de la Abogacía Española 445

VI. REGLAS DE BUENA PRÁCTICA PARA EL EJERCICIO PROFESIONAL..... 449

1. Buenas prácticas generales 451
2. Buenas prácticas en el procedimiento de denegación de entrada 452
3. Buenas prácticas en el procedimiento de devolución 453
4. Buenas prácticas en el procedimiento de expulsión 454
5. Buenas prácticas en el trámite de autorización judicial del internamiento y en la asistencia en centros de internamiento de extranjeros 458

5.1. Fase de autorización judicial 458
5.2. Actuaciones en los centros 460

6. Buenas prácticas en los procedimientos de asilo 461
7. Buenas prácticas en las actuaciones ante la jurisdicción 464
8. Buenas prácticas en la asistencia jurídica a menores extranjeros 465

PRESENTACIÓN

Desde que esta Institución comenzó su actividad en el año 1983 la atención al fenómeno de la inmigración ha sido una constante. Además de recibir y tramitar un buen número de quejas que hacen referencia a las distintas situaciones que afectan a los ciudadanos extranjeros que habitan entre nosotros, el Defensor del Pueblo ha presentado ante el Tribunal Constitucional tres recursos de inconstitucionalidad con la finalidad última de tratar de garantizar los derechos de ese grupo de personas.

Los movimientos migratorios son hoy una realidad constante y creciente, nuestra historia ha sido un flujo incesante de gentes que han venido o que tuvieron que marcharse para buscar una vida digna. Desde que en 1985 se acometiera en una ley la tarea de dar una respuesta al estatuto de los extranjeros en España, hemos podido comprobar cómo las sucesivas regulaciones pretendían conciliar posiciones a veces difícilmente conciliables, cómo obviaban que la llamada globalización hace imposible el blindar las fronteras de un país como el nuestro y cómo ignoraban que la diversidad es un hecho cotidiano enriquecedor para nuestra sociedad. Hoy es para todos evidente que nuestra sociedad debe lograr la integración de los inmigrantes pero, si no queremos que ese término se vea como sinónimo de alienación, esto pasa necesariamente por el escrupuloso respeto de los derechos que como seres humanos les corresponden.

Dentro de la amplia gama de cuestiones que afectan a la inmigración, el informe que ahora se presenta ha querido concentrarse en un aspecto muy concreto. Se ha pretendido conocer y analizar la forma en la que se presta la asistencia jurídica a los ciudadanos de otras nacionalidades que se encuentran en nuestro país o que pretenden acceder al territorio nacional. Ahora bien, a pesar del carácter instrumental de esta prestación ha de tenerse en cuenta que la misma es en la mayoría de las ocasiones el vehículo que permite acceder o garantizar otros derechos.

Como podrá observarse más adelante, el trabajo que ahora se presenta no sólo realiza un diagnóstico —que se ha pretendido exhaustivo— de la aplicación práctica de la asistencia jurídica a los no nacionales, sino que además cuestiona todas aquellas situaciones en las que, por desaliento, rutina o escaso rigor, ha podido llegarse a la banalización de esa asistencia. La asistencia jurí-

dica a extranjeros es, en los términos y magnitudes que actualmente presenta, un fenómeno relativamente novedoso y ello ha podido favorecer una cierta desorientación sobre su alcance y contenido. Por esta razón queremos aportar nuestra colaboración y experiencia para que el sistema de garantías formales que el ordenamiento proclama se llene de contenido material.

Concluyo esta presentación con unas palabras de agradecimiento al personal de la Institución que ha hecho posible este informe, bajo la dirección de la Adjunta Primera, excelentísima señora doña María Luisa Cava de Llano. También hago extensivo ese agradecimiento a los responsables de la Administración central y de las autonómicas que han colaborado con sus aportaciones a este trabajo, a los colegios de abogados, al Consejo General de la Abogacía, al Consejo General del Poder Judicial, a la Fiscalía General del Estado, al Representante en España del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, a las organizaciones no gubernamentales y asociaciones que desinteresadamente acudieron a la llamada de esta Institución y participaron en las jornadas de trabajo que se organizaron durante la primera fase de elaboración de este informe. Por supuesto el agradecimiento debe llegar también a todos los ciudadanos que aportaron sus comentarios y ofrecieron sus ideas en el foro virtual que se creó en nuestra página web.

Sólo queda reiterar que el propósito que ha animado al Defensor del Pueblo a hacer público este informe monográfico no es otro que el intentar conseguir una mejora en la normativa que regula la asistencia jurídica a los inmigrantes y en la forma en la que se presta esa asistencia. Nuestro común horizonte ha de ser ganar en eficacia. En la medida que este reto se consiga, podremos sentirnos satisfechos.

Mientras se ultimaba este informe se tuvo noticia del fallecimiento del Magistrado don Francisco Racionero Carmona, quien prestó su colaboración durante el proceso de elaboración de este trabajo. Esta Institución, con motivo de tal colaboración, pudo corroborar que el prestigio que el Magistrado Racionero supo ganarse entre las gentes del Derecho era justo y proporcionado a su rigor técnico y a su sentido de la equidad. Si hemos de creer, como un acto de estricta justicia histórica, que las obras dignas de los hombres trascienden su propia vida y se convierten en testigos de su paso entre nosotros, quede en este informe memoria agradecida de su aportación como jurista y como hombre de bien.

Enrique Múgica Herzog
Defensor del Pueblo

MÉTODO DE ELABORACIÓN DEL INFORME

Con la preparación de este informe se ha pretendido obtener una visión completa de la calidad de la asistencia jurídica que se está prestando a los no nacionales en los trámites de extranjería y asilo. Se ha querido también incidir especialmente en la detección de los problemas estructurales que dificultan la prestación de una asistencia de calidad. Para lograr ese objetivo, se ha contado con los profesionales que tienen legalmente atribuida la importante misión de asesorar, pero además se ha pedido la colaboración de todas aquellas administraciones que ostentan alguna competencia en esta materia. En esa labor de diagnóstico también han participado jueces, fiscales y miembros de las organizaciones no gubernamentales, así como cuantos ciudadanos han querido aportar sus ideas a través del foro virtual que se abrió en la página web del Defensor del Pueblo.

La que podría denominarse primera fase, o periodo de captación de información, ha girado en torno a tres ejes de actuación.

En primer lugar, se solicitó la colaboración de 31 colegios de abogados, concretamente los de A Coruña, Albacete, Alicante, Almería, Badajoz, Baleares, Barcelona, Cádiz, Cantabria, Cartagena, Ceuta, Córdoba, Gijón, Girona, Granada, Guipúzcoa, Huelva, Lanzarote, Las Palmas, La Rioja, León, Madrid, Málaga, Melilla, Murcia, Pamplona, Sevilla, Santa Cruz de Tenerife, Valencia, Vizcaya y Zaragoza.

Para la selección de estos colegios se tuvo en cuenta la especial incidencia que el fenómeno migratorio tiene en los territorios donde actúan. Se trató así de conocer la experiencia de los letrados que ejercen en dichos colegios, ya que para este informe resultaba de gran utilidad determinar las principales incidencias que en la práctica se producen en los distintos trámites relacionados con la asistencia u orientación jurídica a los extranjeros.

De entre todos los informes recibidos deben ser especialmente reseñados por sus aportaciones y rigor los emitidos por los colegios de abogados de Málaga, Sevilla, Zaragoza y Valencia. Por muy diferente motivo hay que mencionar también al Colegio de Abogados de Lanzarote que no ha atendido de forma oficial la petición de colaboración que se le cursó.

A fin de conocer la incidencia de la asistencia jurídica a los inmigrantes, respecto de las funciones que tienen atribuidas los procuradores, se solicitó también la colaboración del Consejo General de Procuradores de España.

A lo largo del informe se han solicitado datos estadísticos generales a la Comisaría General de Extranjería y Documentación de la Dirección General de la Policía.

Dentro todavía de esta labor de captación de información, se pidió la colaboración de los siguientes organismos: la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia, dependiente del Ministerio de Justicia; la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia, dependiente del Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña; la Dirección General de Derechos Humanos y Cooperación con la Justicia, dependiente del Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social del Gobierno Vasco; la Dirección General de Justicia, dependiente de la Consejería de Justicia y Administraciones Públicas de la Comunidad de Madrid; la Dirección General de Instituciones y Cooperación con la Justicia, dependiente de la Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía; la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia, dependiente de la Consejería de Presidencia y Justicia del Gobierno de Canarias; la Dirección General de Justicia, dependiente de la Consejería de Justicia y Administraciones Públicas de la Generalidad Valenciana; la Dirección General de Justicia, dependiente de la Consejería de Justicia, Interior y Administración Local de la Junta de Galicia; y la Dirección General de Justicia, dependiente de la Consejería de Presidencia, Justicia e Interior del Gobierno de Navarra. Se pretendió de este modo asegurar la presencia y participación activa de todas las administraciones que tienen atribuidas competencias respecto a los medios materiales relacionados con la Administración de justicia, especialmente en lo referente al pago de los servicios de asistencia jurídica gratuita.

También se solicitó la colaboración de la Delegación en España del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). Dicha Delegación remitió un minucioso informe relativo a la asistencia jurídica que reciben las personas susceptibles de algún tipo de protección internacional.

En segundo lugar la captación de información se amplió a través de la convocatoria de cinco jornadas de trabajo que se celebraron en la sede del Defensor del Pueblo, bajo la dirección de la Adjunta Primera, doña María Luisa Cava de Llano y Carrió, y con la coordinación de los asesores responsables don Bartolomé José Martínez García (del Área de Inmigración y Asuntos Exteriores), don Ángel Luis Ortiz González (del Área de Justicia y Violencia Doméstica) y don Andrés Jiménez Rodríguez (del Área de Defensa e Interior).

La primera de las jornadas de trabajo tuvo lugar el día 4 de junio de 2003 con las organizaciones no gubernamentales, asociaciones y sindicatos que desarrollan actividades de asesoramiento y defensa de extranjeros. Los asistentes externos a la Institución fueron: don Salvador Maneu Marcós, en representa-

ción de Cruz Roja Española; doña Angelina Jiménez, en representación del Movimiento para la Paz, el Desarme y la Libertad (MPDL); doña María Elena Bedoya Muriel, en representación de la central sindical Comisiones Obreras (CCOO); doña Carmen Steinert Cruz, en representación de la Federación Estatal de la Red Acoge; don Pablo Salido Castañer, en representación de Andalucía Acoge; don Mauricio Valiente Ots, en representación de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR); don Juan José San Telesforo y don Raúl Salazar, en representación de la Asociación Pro Derechos Humanos; doña María Martínez González, en representación de la Asociación de Trabajadores Inmigrantes Marroquíes en España (ATIME); don Diego Lorente Pérez de Eulate, en representación de la Federación Estatal SOS Racismo; don José Palazón Osma, en representación de PRODEIN, doña Itziar Ruiz-Giménez Arrieta, en representación de Amnistía Internacional-España y don Alfredo Campos García, en representación de ACCEM.

La segunda de esas jornadas se celebró el día 1 de julio de 2003 y reunió a abogados especialistas en la materia de extranjería y asilo. Los asistentes externos a la Institución fueron don Carlos Carnicer Díez, Presidente del Consejo General de la Abogacía Española; don Luis Ruipérez Sánchez, Decano del Colegio de Abogados de Cartagena; doña Isabel Valderriberas Acebedo, Decana del Colegio de Abogados de Ceuta; don Pascual Aguelo Navarro, Presidente de la Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía Española y los siguientes letrados: don Santiago Yerga Cobos, don Francisco Solans Puyuelo, don Eduard Sagarra i Trias, don Antonio Ruiz-Giménez Aguilar, don Roberto Sánchez Martínez, don Manuel Rubiales Gómez, don Iñaki Almandoz Ríos, don José Luis Rodríguez Candela, doña Elena Arce Jiménez, doña Margarita Palos Nadal, don Javier Galparsoro García, don Fernando Oliván López, don José Luis Santamarta Rodríguez, don José Manuel López Hernández y don Javier Monzón García.

La tercera de las jornadas de trabajo se desarrolló el día 17 de septiembre del año 2003 con los representantes de las administraciones que tienen atribuidas competencias en relación con los medios materiales de la Administración de justicia, y, más en concreto, con aquellos departamentos que hacen frente a los gastos derivados de la prestación del servicio de asistencia jurídica. Los asistentes externos a la Institución fueron: doña Fuencisla Higuera Agejas, en su calidad de Subdirectora General de Relaciones con la Administración de Justicia y el Ministerio Fiscal del Ministerio de Justicia; doña Adoración Tellado en su calidad de Responsable de los Programas de Mejora de la Administración de Justicia de la Generalidad de Cataluña; don Julio Samuel Coca Blanes, en su calidad de Director General de Instituciones y Cooperación con la Justicia de la Comunidad Autónoma de Andalucía; don Eloy Velasco Núñez en su calidad de Director General de Justicia de la Generalidad Valenciana; don José Miguel Formoso Sobrado en su calidad de Subdirector General de Relaciones con la Administración de Justicia y Recursos Humanos de la Junta de Galicia y don Fernando Aragón Hernando, en su calidad de Jefe del Servicio de Organización y Cooperación Institucional de la Comunidad de Madrid.

La cuarta jornada de trabajo tuvo lugar el día 30 de octubre de 2003 con los representantes de las administraciones que tienen atribuidas las competencias en materia de extranjería y asilo. Los asistentes externos a la Institución fueron doña Gloria Bodelón Alonso, en su condición de Subdirectora General de Asilo; don Carlos Guervós Maillo, en su condición de Subdirector General de Inmigración del Ministerio del Interior, doña Encarnación de Haro Jiménez, en su condición de Jefa del Área Jurídica de la Subdirección General de Asilo; don Rafael Sánchez Alonso, en su condición de Jefe del Servicio de centros de internamiento y expulsiones de la Comisaría General de Extranjería y Documentación; don Manuel Páez Méndez, en su condición de Jefe de la Sección de Recursos e Informes de la misma Comisaría General; don Fernando Martínez Santamaría, en representación de la Subdirección General de Regulación de la Inmigración y Migraciones Interiores del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales; doña Soledad Fuentes, en su condición de Jefa de Área de la Subdirección de Asuntos Jurídicos Consulares del Ministerio de Asuntos Exteriores y don Rafael Koldo Polo Guardo, en su condición de Técnico del Observatorio de Políticas Migratorias del Instituto de Migraciones y Servicios Sociales (IMSERSO).

La quinta y última de estas jornadas de trabajo, desarrollada el día 3 de diciembre de 2003, contó con la presencia de magistrados y fiscales designados respectivamente por el Consejo General del Poder Judicial y por la Fiscalía General del Estado. Los asistentes externos a la Institución fueron don Emilio Berlanga Ribelles, Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña; don José María Tomás y Tío, Magistrado de la Audiencia Provincial de Valencia; doña María Teresa Chacón Alonso, Magistrada del Juzgado de Instrucción número 39 de Madrid; doña Frieda San José Arango, Magistrada del Juzgado de Instrucción número 43 de Madrid; don Juan Carlos Cerón Hernández, Magistrado del Juzgado de Instrucción número 6 de Alicante; don Francisco Racionero Carmona, Magistrado del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Madrid; don José Ramón Navarro Miranda, Magistrado del Juzgado de Instrucción número 1 de Santa Cruz de Tenerife; don Pedro Martínez García, Teniente Fiscal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid; don Guillermo García-Panasco Morales, Fiscal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias; don Jorge Brioso Díaz, Fiscal de la Audiencia Provincial de Málaga; don José María López Cercilla, Fiscal de la Audiencia Provincial de Almería; don Francisco Bueno Arús, Letrado del Consejo General del Poder Judicial y doña Ana María Bermejo García, perteneciente a los Servicios Técnicos del Consejo General del Poder Judicial.

En todas las jornadas se contó con la presencia del Defensor del Pueblo, excelentísimo señor don Enrique Múgica Herzog, que recibió a los participantes y quiso cambiar impresiones con ellos para transmitirles la importancia que la Institución otorgaba a su colaboración y agradecerles sus reflexiones.

El proceso de captación de información se completó con la puesta en marcha de un foro virtual en la página web del Defensor del Pueblo. Con ello se pretendió ofrecer a cuantos ciudadanos, profesionales y entidades lo desearan la

posibilidad de participar mediante sus aportaciones en la elaboración del presente informe. Se pretendió con ello conocer y canalizar todas aquellas ideas o sugerencias que cualquier persona interesada quisiera exponer en relación con la asistencia jurídica a los inmigrantes.

Esta novedosa experiencia ha resultado muy positiva, sobre todo si se tienen en cuenta tanto los datos cuantitativos que a continuación se exponen como lo sugerente de algunas de las aportaciones recibidas por este medio.

El tiempo durante el cual ha permanecido activo dicho foro ha sido de 17 meses, concretamente desde el día 11 de junio de 2003 al 18 de noviembre de 2004. El número total de visitas recibidas fue de 3.563. Habitualmente los momentos de mayor afluencia de visitas fueron las 13 y las 18 horas. Los meses que registraron un mayor número de visitas fueron junio y julio del año 2003.

Para hacer el foro más accesible y centrar los contenidos en lo posible se establecieron 16 salas temáticas. La más visitada fue la referente a las cuestiones derivadas de las relaciones con las administraciones públicas, que recibió un 24,73 por 100 del total de las visitas. En segundo lugar, con un 21,89 por 100, se sitúa la sala relativa a la asistencia letrada en los supuestos de rechazo en frontera y retorno. En último lugar en cuanto al número de visitas recibidas se encuentra la sala relativa a la jurisdicción social, que sólo recibió el 3,48 por 100 del total de las visitas. Dentro de las diferentes salas el tema que suscitó mayor número de visitas fue el relativo a la denegación de entrada.

El conjunto de la información recogida ha proporcionado un valioso y completo elenco de reflexiones que la Institución ha analizado de conformidad con el mandato de independencia consagrado en el párrafo primero, artículo 6, de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo.

El proceso de redacción ha estado dirigido por la Adjunta Primera, doña María Luisa Cava de Llano y Carrió y de él se han encargado don Bartolomé José Martínez García, Asesor Responsable del Área de Inmigración y Asuntos Exteriores; don Andrés Jiménez Rodríguez, Asesor Responsable del Área de Defensa e Interior y don Ángel Luis Ortiz González, Asesor Responsable del Área de Justicia y Violencia Doméstica.

La redacción de algunos capítulos ha contado con la aportación de doña María Desamparados Carranza Simón, Letrada del Colegio de Abogados de Madrid y de don Rodrigo Martín Jiménez, Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid. La Asesora de la Institución doña Eugenia Relaño Pastor ha contribuido a la preparación de los apartados estadísticos. Las menciones al Derecho comparado se basan en un trabajo de doña Bárbara Maurer. La edición final de textos ha estado a cargo de doña Julia Callejo Callejo y doña Ascensión Reina Carrilero, administrativas de la Institución.

El informe ha quedado finalmente dividido en seis partes. El primer apartado tiene carácter introductorio y se aborda la configuración de la asistencia jurídica como derecho. El segundo de esos apartados es el más extenso de todos,

ya que en él se concentran todas las materias sustantivas, tanto en el campo de la extranjería como en el del asilo. Por este orden, han sido tratadas la asistencia letrada en los supuestos de rechazo en frontera y retorno, la asistencia letrada en los casos de devolución, la asistencia letrada en los casos de expulsión, la asistencia letrada a los extranjeros sometidos a internamiento, la asistencia letrada en los casos de asilo, la asistencia letrada en los procedimientos judiciales, la asistencia letrada a los menores extranjeros y, finalmente, bajo el epígrafe de otras cuestiones, se ha prestado principalmente atención a los servicios de orientación jurídica.

En el tercero de los apartados, bajo la denominación de cuestiones organizativas, se han abordado los aspectos estructurales de los servicios y turnos de oficio en materia de extranjería, la formación de los letrados y las cuestiones económicas y financieras.

El informe contiene tres apartados más, que en cierto modo constituyen su epítome, dedicados a las conclusiones, las recomendaciones del Defensor del Pueblo a las diversas administraciones públicas y a exponer unas reglas de buena práctica para el ejercicio profesional en el ámbito que nos ocupa.

Estas últimas constituyen otra de las novedades de este informe. De hecho es la primera vez que el Defensor del Pueblo se dirige directamente a los profesionales privados instándoles a adoptar una serie de medidas. El análisis realizado ha puesto de manifiesto que la asistencia jurídica a extranjeros debe en muchos casos ser llenada de contenido. Da la impresión de que durante años se ha cifrado la garantía máxima en consagrar este derecho y asegurar el acceso efectivo al mismo, con independencia del nivel de renta, dando por supuesto que existía una idea clara sobre lo que debía ser esta asistencia. Se ha confirmado la impresión de que esto no ha sido así y que, aún hoy, se registran significativas diferencias en función de la parte del territorio nacional en que se desarrollen los hechos. Prácticas que fueron en su día conocidas y evaluadas por esta Institución, según constan en los últimos informes anuales a las Cortes Generales, y que en ocasiones han llegado a vaciar de contenido la propia esencia de la asistencia letrada, para convertirla en pura y rituaria presencia letrada.

Se impone, pues, mejorar sustancialmente tal estado de cosas y a ese empeño se consagra este informe. Por ello el Defensor del Pueblo no ha eludido la responsabilidad de hacer patente lo que considera que debe ser el contenido material de la asistencia que se preste en cada uno de los trámites de extranjería y asilo. Ahora bien, la Institución concibe este trabajo como una aportación a una tarea que le corresponde protagonizar a los profesionales y a las organizaciones en que se integran. Por ello estas reglas parten de lo ya hecho por los letrados expertos en extranjería en el Congreso celebrado en Córdoba en el año 2004, y se confían a ellos con vocación de que sean un instrumento objeto de actualización periódica, de modo que aporten seguridad a profesionales y asistidos, al tiempo que permitan objetivar una práctica profesional de calidad.

I. CONFIGURACIÓN DE LA ASISTENCIA JURÍDICA COMO DERECHO Y SU APLICACIÓN A LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS

1. INMIGRACIÓN Y EXTRANJERÍA

El fenómeno de la inmigración, que hunde sus raíces en las épocas más remotas de la civilización, obedece a una lógica inversa a la que rige para la riqueza económica. La riqueza de las naciones depende esencialmente de la capacidad de los individuos para generarla. Pero es evidente que esta capacidad depende también en gran medida del medio (social, político, cultural, económico) en el que se desarrolla, de ahí que los lugares con elevados índices de riqueza resulten propicios para el desarrollo de actividades económicas y productivas, que son la base de la prosperidad individual y social.

El progresivo crecimiento económico de nuestro país ha dado lugar a un importante cambio en la estructura y configuración de los movimientos migratorios. Tradicionalmente España ha sido —y en alguna buena medida sigue siéndolo— un país de emigración, si bien las circunstancias y condiciones en las que ésta se produce han variado con el tiempo. En efecto, la emigración típica de la posguerra, motivada por la búsqueda en otros países de recursos económicos con el fin de satisfacer las necesidades económicas básicas ha dado paso a una nueva emigración, más evolucionada y selectiva, vinculada a la cualificación y especialización de los trabajos, al aumento de las empresas transnacionales y de las transacciones e intercambios comerciales entre países, etc., todo lo cual determina que el número de ciudadanos españoles radicados en el extranjero se sitúe por encima del millón de personas.

Desde la otra perspectiva de los movimientos migratorios —la inmigración— España se ha convertido en los últimos años, muy especialmente en los últimos cinco, en uno de los mayores receptores de ciudadanos extranjeros en el ámbito comunitario europeo, debido fundamentalmente al crecimiento económico de nuestro país y a las expectativas de desarrollo que ha ofrecido, todo lo cual ha hecho necesario adaptar la normativa sobre extranjería a la nueva situación, siendo la vigente Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, el marco jurídico básico que regula tan relevante materia.

El fenómeno de la inmigración responde en la mayoría de los casos a la pretensión de encontrar un horizonte personal y familiar que permita un desarrollo sostenible y una estabilidad económica. La realidad de la inmigración en España es y ha de ser una crónica de la convivencia, puesto que los inmigrantes comparten con los españoles, vida, trabajo y preocupaciones, al tiempo que con su aportación robustecen el bienestar social y amplían nuestras perspectivas. La inmigración resulta, pues, a todas luces un fenómeno positivo. A juicio del Defensor del Pueblo ésta ha de ser la premisa de la que debe partirse en todo análisis referido a la inmigración, que por complejo que sea nunca puede perder de vista el horizonte de la convivencia y el respeto al extranjero. Como es notorio, los inmigrantes tienen una gran importancia en el desarrollo económico de nuestro país, tal y como se desprende de la notable aportación a las cotizaciones del sistema público de la Seguridad Social y del saldo netamente positivo del balance entre los gastos ocasionados por la inmigración y los ingresos proporcionados por ella. También debe atenderse a la situación de ciertos sectores de actividad que, como el agrario, necesitan mano de obra extranjera dada la carencia (en muchos casos ausencia) de trabajadores nacionales; lo mismo debe decirse de los llamados «servicios de la vida diaria», que comprende la atención a la infancia, la asistencia a personas mayores o el cuidado de discapacitados o enfermos crónicos.

El Defensor del Pueblo entiende que la inmigración debe asumirse con un carácter de política de Estado y dentro de la misma han de apoyarse decididamente los esfuerzos de las Administraciones municipales en materia de integración social. Del mismo modo, debe intensificarse y perfeccionarse la coordinación interadministrativa que debe producirse no sólo en el momento de la llegada o acogida sino también en otros campos tales como la reagrupación familiar, la educación, la sanidad, la vivienda o la participación activa en la vida social, a fin de contribuir lo más posible a sentar las bases para que el proceso de integración social de los inmigrantes en nuestra sociedad pueda desarrollarse de forma natural y gradual, como fruto de una convivencia pacífica.

Desde un punto de vista normativo, la antigua y ya derogada Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, se mostraba insuficiente para regular con las garantías necesarias las migraciones exteriores, debido a la rigidez del sistema implantado que se compadecía mal con una realidad cambiante en la que la inmigración, lejos de poder considerarse como marginal o secundaria, había pasado a convertirse en una realidad estructural. La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, intentó paliar los defectos de la Ley de 1985 regulando la inmigración desde una óptica más ajustada a la realidad social. La exposición de motivos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, reconoce expresamente que el hecho de que España se haya convertido «en un país de destino de los flujos migratorios y, por su situación, también en un punto de tránsito hacia otros Estados» permite deducir el carácter estructural del fenómeno.

Precisamente por ello, la regulación jurídica de la inmigración, no puede acometerse desde una perspectiva parcial —necesariamente incompleta— como puede ser la del control de flujos, la de la integración de residentes extranjeros, o la del desarrollo de los países de origen, sino que exige abordar todos sus frentes, de tal manera que la visión del fenómeno sea integrada y coordinada, global.

Al mismo tiempo, la normativa en materia de extranjería debe ser acorde con los compromisos asumidos por España y por otros Estados miembros de la Unión Europea respecto de los nacionales de terceros países que sean residentes legales. Una política de integración, como indica la exposición de motivos de la Ley Orgánica 8/2000, «debe encaminarse a conceder a estos residentes derechos y obligaciones comparables a los de los ciudadanos de la Unión, así como a fomentar la ausencia de discriminación en la vida económica, social y cultural y al desarrollo de medidas contra el racismo y la xenofobia».

La progresiva y cada vez más completa equiparación jurídica entre los nacionales y los extranjeros es consecuencia de la natural expansión de los derechos fundamentales a todas las personas por su condición de tales, al margen de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto. En este sentido, el artículo 9.2 de la Constitución encomienda a los poderes públicos «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas», removiendo a tal fin los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitando la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. La incardinación de este precepto en el título preliminar hace de él uno de los pilares básicos sobre los que se sustenta el Estado social y democrático de Derecho y, por consiguiente, constituye un canon de actuación para los poderes públicos en todas sus vertientes.

Descendiendo al plano puramente legal, la propia Ley Orgánica 4/2000 establece como criterio interpretativo general que «los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles» (art. 3.1) y, como norma de particular aplicación, reconoce en el mismo precepto que los extranjeros gozan «de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución». Es precisamente este reconocimiento el núcleo esencial del presente informe, pues la asistencia jurídica a los inmigrantes entronca con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución) y con el principio de igual trato recogido en el artículo 9.2 de la Constitución.

2. CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE LA ASISTENCIA JURÍDICA EN ESPAÑA. ALGUNAS CONSIDERACIONES DE DERECHO COMPARADO

2.1. Disposiciones constitucionales

El artículo 119 de la Constitución encomienda a la ley la regulación de la asistencia jurídica gratuita. Pero a diferencia de otros muchos casos en los que la norma fundamental deja completa libertad al legislador para regular una determinada materia o institución, el derecho a la asistencia jurídica gratuita debe reconocerse en todo caso —dice el art. 119 de la Constitución— a quienes acrediten la insuficiencia de medios o de recursos para litigar.

Adviértase que el contenido que puede asignarse a la asistencia jurídica gratuita es sumamente amplio y variable, pues aquel no se proyecta necesario —aunque sí estricta y naturalmente— en un litigio en sentido técnico, es decir, en un proceso judicial encaminado a la resolución de aquel. La asistencia jurídica (gratuita o no) puede aplicarse a cuestiones o problemas susceptibles de ser resueltos a través de medios de solución extrajudicial, ya sean los clásicos de la conciliación, la mediación o el arbitraje, los recursos administrativos o las reclamaciones previas al ejercicio de acciones civiles o laborales. Por otra parte, no debe desdeñarse la importancia desigual de los derechos que pueden tutelarse eficazmente a través de la asistencia jurídica de los profesionales, lo que permitiría establecer distintas prioridades en orden a la concesión del derecho regulado en el artículo 119 de la Constitución. Por todo ello es fundamental determinar del modo más exacto y preciso posible el contenido y alcance del derecho a la asistencia jurídica gratuita y su aplicación, en concreto, a los ciudadanos extranjeros.

El punto de partida para aproximarse a tan importante cuestión es, sin lugar a dudas, el artículo 119 de la Constitución. Este precepto, desde un punto de vista sistemático, se integra en el Título VI, referido al Poder Judicial; de ahí que resulte lógico que la asistencia jurídica gratuita se proyecte en los procesos judiciales, donde la tutela efectiva es un derecho fundamental (art. 24 de la Constitución). La conexión entre la asistencia jurídica gratuita y la tutela judicial efectiva permite observar, como lo ha hecho nuestro Tribunal Constitucional, que no puede haber efectividad en la tutela del derecho fundamental si no se dispensa aquélla gratuitamente ante supuestos de insuficiencia o ausencia de recursos económicos. La consecuencia de este planteamiento es el reforzamiento del derecho (en principio común u ordinario) de la asistencia jurídica gratuita debido a su vinculación con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Así se explica que el derecho a la asistencia jurídica gratuita, aunque de configuración legal según el propio artículo 119 de la Constitución («La justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley...»), entronca en lo más hondo con el núcleo esencial del derecho a obtener la tutela efectiva de los tribunales.

La asistencia jurídica gratuita se proyecta, como decimos y como veremos en profundidad más adelante, en los procesos judiciales, pero el propio enunciado del artículo 119 de la Constitución («la justicia...») permite plantear la cuestión —práctica y legalmente resuelta— relativa a la posible extensión del beneficio de la justicia gratuita a los procedimientos administrativos, a partir de los mimbres que aportan los preceptos constitucionales. Esta cuestión es de una gran relevancia, pues si titulares del derecho a la tutela judicial efectiva (y, por ende, a la asistencia jurídica gratuita) lo son tanto los españoles como los extranjeros, en igualdad de condiciones, estos últimos se ven afectados de un modo muy intenso por la actuación de las administraciones públicas en la concreta parcela de la inmigración y la extranjería. Esta circunstancia, unida a la brevedad de los plazos en materia de extranjería y al hecho de que un porcentaje elevado de inmigrantes se encuentran en situación de pobreza (en sus diferentes grados), precariedad (en sus diversas modalidades) y, en definitiva, exclusión social, permite justificar la extensión del beneficio desde un punto de vista constitucional a ciertos procedimientos administrativos (asilo, sanciones, etcétera).

A este respecto, la encomienda a los poderes públicos (incluido el legislativo) de la promoción de «las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas», removiendo a tal fin cualquier obstáculo que impida o dificulte su plenitud (art. 9.2 de la Constitución) permite justificar el establecimiento de mecanismos compensadores de la desigualdad originaria entre nacionales y extranjeros, de tal forma que no resulte contrario a la Constitución sino, antes al contrario, acorde con ella, un tratamiento diferenciado de los extranjeros que acuden a instancias administrativas en defensa de sus derechos.

Por otra parte, el beneficio de asistencia jurídica es un derecho fundamental reconocido por el Consejo de Europa, y multitud de convenios y tratados internacionales ratificados por nuestro país establecen previsiones directa o mediatamente relacionadas con tal derecho. Así, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado por todos los Estados miembros de la Unión Europea, establece, en su artículo 6, que toda persona tendrá derecho a que su causa sea oída equitativamente. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea prevé, en el apartado 3 de su artículo 47, la concesión de asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes, siempre que dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del derecho de acceso a la justicia. Una mención especial debe hacerse al Convenio de La Haya de 1980, tendente a facilitar el acceso internacional a la justicia, ya que establece el principio de igualdad de trato, no sólo para los nacionales de los Estados contratantes, sino también para las personas que residan habitualmente en uno de tales Estados.

En el ámbito de la Unión Europea se cuenta con la Directiva 2003/8/CE, del Consejo de 27 de enero, con objeto de mejorar el acceso a la justicia en los asuntos transfronterizos, mediante el establecimiento de normas mínimas co-

munes relativas a la justicia gratuita. La Directiva garantiza la concesión de una asistencia judicial adecuada, en determinadas condiciones, a las personas que no puedan hacer frente a los costes de un proceso debido a su situación económica y establece mecanismos de cooperación entre las autoridades de los Estados miembros. En concreto, se establecen mecanismos de cooperación judicial destinados a facilitar la transmisión de información y tramitar las solicitudes de asistencia jurídica gratuita, de tal modo que sea posible solicitar el beneficio en el país de residencia y obtenerlo en otro Estado.

En suma, las normas constitucionales contenidas en los artículos 9.2, 24 y 119, así como otras normas supranacionales (internacionales y comunitarias), amparan un sistema de asistencia jurídica gratuita en el que los extranjeros que se encuentren en situación de necesidad tengan acceso a los tribunales y, por tanto, obtengan la tutela judicial efectiva, pero también puedan solicitar y obtener el beneficio de la justicia gratuita en el ámbito de los procedimientos administrativos, teniendo en cuenta los dos factores ya indicados: la brevedad y perentoriedad de los plazos administrativos y la situación de vulnerabilidad que padecen los extranjeros en ocasiones.

2.2. Regulación normativa

Descendiendo al plano de la legalidad estricta, la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, conecta estrechamente en su artículo 20.2 el «sistema de justicia gratuita» con la efectividad del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva: «Se regulará por ley un sistema de justicia gratuita que dé efectividad al derecho declarado en los artículos 24 y 119 de la Constitución, en los casos de insuficiencia de recursos para litigar». En términos análogos, a estos efectos, se manifiesta el artículo 441 de la misma Ley: «Es obligación de los poderes públicos garantizar la defensa y la asistencia de abogado, en los términos establecidos en la Constitución y en las leyes».

Pero es la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, la que, partiendo de la configuración de los derechos consagrados en los artículos 24 y 25 de la Constitución como corolario de la concepción social o asistencial del Estado democrático de Derecho (art. 1 de la Constitución), articula un sistema prestacional público encaminado «a la provisión de los medios necesarios para hacer que este derecho sea real y efectivo incluso cuando quien desea ejercerlo carezca de recursos económicos» tal y como indica su exposición de motivos. La Ley 1/1996 regula un sistema de justicia gratuita que permite a los ciudadanos que acrediten insuficiencia de recursos defender sus derechos e intereses legítimos. Se trata, pues, de una ley cuyos beneficiarios y destinatarios directos son todos los ciudadanos que, en condiciones de igualdad (art. 9.2 de la Constitución), no pueden ver obstaculizado el acceso a los tribunales de justicia por la sola circunstancia de su precaria situación económica. Es una ley, por tanto, que conecta la asistencia jurídica gratuita con la tutela judicial (art. 24 de

la Constitución) y, más ampliamente, con la tutela jurídica y la dignidad humana (art. 10.1 de la Constitución).

Uno de los principales problemas de índole práctica que plantea la asistencia jurídica gratuita es su extensión al campo de los recursos administrativos. Estos problemas fueron denunciados en la jornada de trabajo celebrada en la sede de la Institución con administraciones competentes para aplicar las leyes de extranjería y asilo. En concreto, se apuntaba que la Ley de asistencia jurídica gratuita está configurada sobre la base de los procesos judiciales, lo que da lugar a una inadaptación de las previsiones legales a los trámites administrativos típicos de la extranjería. Ello se debe fundamentalmente a la perentoriedad de los plazos y especialización requerida en los procedimientos administrativos y a la circunstancia de que la actuación letrada no sea obligatoria en estos casos.

En los epígrafes que siguen se exponen los elementos configuradores de la asistencia jurídica gratuita a partir de las normas contenidas en la Ley y en su Reglamento de desarrollo, complementando lo anterior con referencias puntuales a la regulación de este derecho en otros ordenamientos jurídicos distintos del nuestro.

2.3. Ámbito subjetivo

El artículo 2 de la Ley de asistencia jurídica gratuita reconoce el derecho o beneficio, en los términos y con el alcance previstos en ella, a los ciudadanos españoles, a los nacionales de los demás Estados de la Unión Europea y a los extranjeros que se encuentren en España, siempre que, en todo caso, carezcan de recursos suficientes. Específicamente se prevé que en el orden jurisdiccional social se reconocerá también este derecho a los trabajadores y beneficiarios del sistema de Seguridad Social; en el orden penal este derecho se reconoce de modo expreso a los ciudadanos extranjeros; por último, en el contencioso-administrativo, así como en la vía administrativa previa, pueden disfrutar del derecho, además de quienes cumplan los requisitos generales, los ciudadanos extranjeros en los procesos relativos a la solicitud de asilo [1].

El Reglamento de asistencia jurídica gratuita, aprobado por el Real Decreto 2103/1996, de 20 de septiembre, establece normas de organización y el funcionamiento de las comisiones de asistencia jurídica gratuita y de los servicios de asistencia letrada, defensa y representación gratuitas y regula el procedimiento para la concesión del beneficio, pero no establece previsión alguna sobre el ámbito subjetivo.

---

[1] Sobre este particular hay que tener en cuenta que el Tribunal Constitucional, a través de un recurso presentado por esta Institución declaró inconstitucional en STC 95/2003, el término «legalmente» que se incluía en el apartado *a)* del artículo 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.

Las comunidades autónomas, por su parte, han dictado normas relativas a la asistencia jurídica gratuita, si bien referidas a aspectos organizativos y procedimentales, en la línea trazada por el Reglamento de asistencia jurídica gratuita. Con todo, puede encontrarse alguna norma autonómica que contiene previsiones relativas al ámbito subjetivo de aplicación del beneficio de justicia gratuita. Así, el Decreto 29/2001, de 30 de enero, de la Consejería de Justicia y Administraciones Públicas de la Comunidad Valenciana modificado por el Decreto 28/2003, de 1 de abril. En dicho Decreto se alude a que los extranjeros que no residan legalmente en España, además del derecho a la asistencia, defensa y representación gratuitas en el orden jurisdiccional penal, tendrán derecho también a la asistencia, defensa y representación gratuitas en el orden contencioso-administrativo, y en la vía administrativa previa, en cuantas actuaciones incidan directamente en su situación de irregularidad en territorio nacional [2].

En el panorama normativo del Derecho comparado, las restricciones subjetivas son, por lo común, mayores. Así, en Alemania, la Ley sobre ayuda y pago de las costas procesales de 1980 (modificada en 1994) establece que los beneficiarios —que pueden ser nacionales o extranjeros— además de carecer de recursos, no deben tener otro medio disponible para iniciar un proceso judicial, como podría ocurrir, por ejemplo, en el caso de haber suscrito un seguro de protección jurídica o de disponer de los servicios jurídicos de un sindicato. Además, la asistencia jurídica gratuita no se otorga a los sujetos que ejercen abusivamente sus derechos y sólo ampara la defensa de los que tienen suficientes posibilidades de éxito, en el sentido de que la pretensión ha de ser razonable y defendible. Sobre estos extremos, en concreto, el relativo a la corrección del enfoque jurídico de la pretensión, la posibilidad de defensa adecuada de los hechos expuestos, así como la corrección formal de las pruebas presentadas, deberá pronunciarse el tribunal con carácter previo al otorgamiento del beneficio. En todo caso, el derecho a la asistencia jurídica gratuita se concede a quienes han sido arrestados en el país acusados de haber cometido un delito, aunque, con carácter general, se excluyen las personas acusadas en el marco de los procesos penales (amparados por una regulación específica de defensa de oficio) y los deudores incursos en un procedimiento de quiebra o de liquidación (que cuenta con plazos específicos para pagar las costas procesales).

---

[2] En concreto, se prevé para los procesos penales que se tramiten como consecuencia de casos de violencia doméstica, por razón de sexo o familiar, las víctimas y sus representantes legales, y guardadores de hecho, tendrán todos los derechos contemplados en la Ley 1/1996, incluidas la defensa y representación gratuitas por abogado y procurador, aun cuando se pretenda la personación como acusación particular o los hechos denunciados no sean constitutivos de delito y deban resolverse por los trámites del juicio de faltas. Se indica, además, en su artículo 2.1, que tendrán la consideración de víctimas los que hayan sufrido por cualquier medio malos tratos o cualquier tipo de violencia física o psíquica, siempre que los hechos se imputen a sus cónyuges, o a quienes lo hayan sido, o a las personas que estén o hayan estado vinculadas de forma estable por análogas relaciones de afectividad o a los ascendientes, descendientes, colaterales hasta el tercer grado, acogidos, pupilos, tutores, curadores o guardadores de la persona agredida, aunque no convivan con ella.

En Bélgica, en el artículo 667 y siguientes del *Code Judiciaire* se reconoce (total o parcialmente) el beneficio a quienes justifiquen ausencia de recursos y ejerciten pretensiones que parezcan justas y, en concreto, a los ciudadanos belgas, a los extranjeros que tengan derecho en virtud de lo dispuesto en los tratados internacionales, a cualquier nacional de un Estado miembro del Consejo de Europa y, por ultimo, a todo extranjero incluido en el ámbito de aplicación de la Ley sobre el ingreso a territorio, la estancia, el establecimiento y la expulsión de los extranjeros.

La Ley francesa número 91-647, relativa a la justicia gratuita, configura la ayuda jurídica como un beneficio que pueden disfrutar las personas que se encuentren en la imposibilidad total o parcial de hacer valer sus derechos en justicia en razón a la insuficiencia de recursos. El artículo 3 de la Ley extiende el beneficio a los ciudadanos franceses y a cualquier nacional de un Estado miembro de la Unión Europea. Además, todo extranjero que resida habitualmente en el país es igualmente titular del derecho. Por último, la asistencia gratuita se concede a los extranjeros, sin exigir residencia habitual, cuando sean menores, testigos, asistidos, imputados reos, acusados, condenados, partes civiles o, en fin, objeto de alguno de los procedimientos establecidos en la Ordenanza número 45-2658, de 2 de noviembre de 1945 (arts. 18 bis, 22 bis, 24 y 35 bis) relativa a las condiciones de entrada y estancia de los extranjeros en Francia.

En Inglaterra y Gales, la *Access to Justice Act* de 1999 intentó modernizar el viejo sistema de protección legal de pobres regulado mediante la *Legal Aid Act* de 1988 que, a su vez, reemplazó a la *Legal Aid and Advice Act* de 1949 con el fin de ensanchar el acceso a la justicia. En la actualidad, la *Legal Services Commission* coordina servicios y financia los contratos con los abogados y las organizaciones voluntarias que deseen proporcionar servicios jurídicos. Beneficiarios de la ayuda jurídica proporcionada por la *Legal Services Commission* son todos los ciudadanos, con independencia de su nacionalidad o residencia.

En Italia, todos los ciudadanos italianos sin recursos económicos pueden solicitar la asistencia jurídica gratuita para los procesos civiles y en los de jurisdicción voluntaria, por ejemplo, en supuestos de separación, custodia de menores o patria potestad. El artículo 24 de la Constitución italiana garantiza a quienes carecen de recursos económicos *(non abbienti)*, mediante las instituciones adecuadas, los medios para demandar y defenderse ante cualquier jurisdicción. El artículo 119 (L) del Decreto Legislativo número 113 de 30 de mayo de 2002, sobre el patrocinio *a spense dello Stato* extiende el beneficio, asimismo, a los extranjeros y apátridas que residan regularmente en el territorio nacional en el momento en que surja la relación o el hecho objeto del procedimiento que vaya a ponerse en marcha.

En Portugal, el acceso al derecho y a la tutela jurisdiccional efectiva regulado en el artículo 20 de la Constitución, se concreta en el artículo 50 de la Ley número 34/2004, de 29 de julio, que transpone la Directiva 2003/8/CE ya citada, cuyo objeto es mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos

mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita en dichos litigios. La aprobación de esta reciente Ley supone la derogación de la Ley número 30-E/2000, de 20 de diciembre, en todas sus previsiones. El beneficio de justicia gratuita (que comprende asesoramiento jurídico y ayuda judicial) se otorga a los nacionales portugueses y de la Unión Europea y a los extranjeros y apátridas que residan legalmente en un Estado miembro de la Unión Europea que acrediten no disponer de medios económicos suficientes para hacer frente a los honorarios de los profesionales del foro ni para costear, total o parcialmente, los gastos ordinarios o comunes de un proceso judicial. Asimismo, los extranjeros sin título de residencia válido en un Estado miembro de la Unión Europea tienen derecho a la protección jurídica, en la medida en que les sea reconocida a los portugueses por las leyes de los respectivos Estados. No se concede la protección jurídica a quienes alienen todo o parte de sus bienes para colocarse en condiciones de obtener un beneficio ni, tratándose de apoyo judicial, a los cesionarios del derecho u objeto controvertido, cuando la cesión haya sido realizada con el propósito de obtener aquel beneficio.

2.4. Contenido material

El artículo 6 de la Ley de asistencia jurídica gratuita permite a los beneficiarios del derecho disfrutar de las siguientes prestaciones:

— Asesoramiento y orientación gratuitos previos al proceso a quienes pretendan reclamar la tutela judicial de sus derechos e intereses, cuando tengan por objeto evitar el conflicto procesal o analizar la viabilidad de la pretensión.
— Asistencia de abogado al detenido o preso que no lo hubiera designado para cualquier diligencia policial que no sea consecuencia de un procedimiento penal en curso o en su primera comparecencia ante un órgano jurisdiccional o cuando ésta se lleve a cabo por medio de auxilio judicial y el detenido o preso no hubiere designado letrado en el lugar donde se preste.
— Defensa y representación gratuitas por abogado y procurador en el proceso judicial cuando la intervención de estos profesionales sea legalmente preceptiva o, cuando no siéndolo, sea expresamente requerida por el órgano jurisdiccional mediante auto motivado para garantizar la igualdad de las partes en el proceso.
— Inserción gratuita de anuncios o edictos en el curso del proceso que preceptivamente deban publicarse en periódicos oficiales.
— Exención del pago de depósitos necesarios para la interposición de recursos.
— Asistencia pericial gratuita en el proceso a cargo del personal técnico adscrito a los órganos jurisdiccionales o, en su defecto, a cargo de funcionarios, organismos o servicios técnicos dependientes de las adminis-

traciones públicas. Excepcionalmente se prevé la designación de técnicos privados.

— Obtención gratuita de copias, testimonios, instrumentos y actas notariales.
— Reducción del 80 por 100 de los derechos arancelarios que correspondan por el otorgamiento de escrituras públicas y por la obtención de copias y testimonios notariales cuando tengan relación directa con el proceso y sean requeridos por el órgano jurisdiccional.
— Reducción del 80 por 100 de los derechos arancelarios que correspondan por la obtención de notas, certificaciones, anotaciones, asientos e inscripciones en los Registros de la Propiedad y Mercantil cuando tengan relación directa con el proceso y sean requeridos por el órgano jurisdiccional.

Se prevé en el artículo 7 de la Ley de asistencia jurídica gratuita que concedida ésta para un proceso se extienda a todos sus trámites e incidencias en una misma instancia, incluida la ejecución, pero no puede aplicarse a un proceso distinto. El derecho se mantiene para la interposición y sucesivos trámites de los recursos que quepan en cada caso hasta poner fin al proceso, salvo que la pretensión no sea razonablemente sostenible (art. 32 de la Ley).

La Ley no establece parámetros relativos a la forma en que debe prestarse la asistencia jurídica, ni indica qué prácticas, por incorrectas, suponen la negación del derecho. Es muy posible que la regulación de esta cuestión mediante ley desborde la función propia de la norma y del contexto en el que se enmarca, pues aunque ello contribuiría decisivamente a mejorar la prestación de la asistencia jurídica, la práctica forense forma parte de la deontología profesional, siendo (o debiendo ser) los colegios de abogados los encargados de impartir las directrices adecuadas y de fiscalizar las actuaciones concretas, sin perjuicio en último término de la actividad jurisdiccional en este ámbito.

Nada hay previsto tampoco sobre la posibilidad de libre elección de letrado, al menos en determinados trámites no urgentes en los que no exista detención por parte del interesado. A criterio del Defensor del Pueblo, la introducción de esta posibilidad en el sistema de asistencia jurídica resultaría muy beneficiosa y redundaría en una mayor calidad global del servicio. Por otra parte esta fórmula no es desconocida en otros ámbitos prestacionales, aunque seguramente en este caso habría que ajustarla a las particulares exigencias derivadas de la urgencia que preside muchos de los procedimientos de extranjería y asilo.

Desde la perspectiva del Derecho comparado, en Alemania, el parágrafo 114 de la Ley sobre ayuda y pago de las costas procesales reconoce a «la parte que, debido a su situación personal y económica, no pueda pagar el total de las costas o sólo pueda afrontar una parte de ellas o pueda pagarlas en cuotas», el derecho a recibir una ayuda de costas *(Prozesskostenhilfe),* previa su solicitud y «siempre que el ejercicio o la defensa de los derechos tengan suficientes posibilidades de éxito y no sean abusivos». Por otra parte, en lo que se refiere a la asistencia jurídica en sentido estricto, procede el otorgamiento de la ayuda en

cualquier tipo de litigio civil, en especial de jurisdicción voluntaria. Sin embargo, la ayuda permite únicamente elegir a un abogado a los puros fines de asesoramiento jurídico, sin que pueda ampliarse al campo de la representación procesal; esto sucede, salvo excepción, en los ámbitos penal, administrativo y fiscal. Eventualmente, en algunos *Länder* es posible obtener la asistencia procesal de un abogado nombrado por el propio tribunal, con funciones de coadyuvante en las peticiones formuladas al órgano jurisdiccional o al Ministerio Fiscal.

En Bélgica, la ayuda consiste en la dispensa total o parcial del pago de los gastos de timbre, registro, secretaría, expedición de documentos, etc., tanto en los procesos judiciales como extrajudiciales (arts. 664 a 699 del *Code Judiciaire*). En concreto, la asistencia judicial se concede para todos los actos procedimentales o procesales relacionados con demandas presentadas ante un órgano jurisdiccional ordinario o administrativo o ante una instancia arbitral, los actos de ejecución de sentencias, los procesos iniciados a instancia de parte, los recursos, los actos de procedimiento que sean competencia de un miembro de la carrera judicial o precisen la intervención de un funcionario de la Administración de justicia y, en fin, los procedimientos de mediación en materia de familia.

En Francia, la Ley número 91-647, relativa a la justicia gratuita, la configura como un beneficio para quienes se encuentran total o parcialmente en una situación que les imposibilita hacer valer sus derechos por razón de la insuficiencia de sus recursos económicos. En líneas generales, la asistencia jurídica se concede a quienes van a ser o son demandantes o demandados, tanto en procedimientos voluntarios como contenciosos, ante cualquier tipo de jurisdicción, ya sea para todo el proceso o para parte del mismo. También está prevista la asistencia para los actos previos con la finalidad de obtener un acuerdo extrajudicial previo a la demanda. El beneficio también cubre el coste de la ejecución de sentencias o de cualquier otro título ejecutivo. Como regla, la apelación no está cubierta por el beneficio, salvo que se presenten motivos de fondo que hagan viable el recurso. En caso de que el tribunal ante el que se presenta la demanda se declare incompetente, el beneficio se mantiene, sin que sea preciso otro otorgamiento, en la nueva jurisdicción.

En la legislación gala el beneficio de justicia gratuita comprende ayuda financiera concedida para la celebración de un juicio ante cualquier jurisdicción, así como la representación mediante abogado para determinados procedimientos de concertación, conciliación y mediación. Se otorga también en supuestos de detención preventiva y, en el ámbito penitenciario, en la comisión de disciplina. Por último, se contempla también el acceso a la información, orientación y consulta jurídica gratuita, de tal modo que la asistencia permite al beneficiario recibir gratuitamente la ayuda de un abogado o la de otro auxiliar de justicia (secretario judicial, procurador, notario, experto tasador, etc.) y quedar exonerado del pago de las costas judiciales [3].

---

[3] Según el artículo 695 del nuevo Código de Enjuiciamiento Civil, las costas —que corren a cargo de quien pierde el pleito (art. 696)— comprenden los derechos, tasas, cánones o emolu-

En Inglaterra y Gales, la *Access to Justice Act* de 1999 diseña un sistema de ayuda en cuestiones civiles estructurado en tres grandes niveles: el básico *(Legal Help)*, en el que la ayuda incluye el asesoramiento inicial y la asistencia jurídica gratuita frente a cualquier problema legal; el superior *(Help at Court),* que incluye la representación ante los tribunales, que no es necesaria en todas las fases del proceso; y el que podría llamarse de familia *(Approved Family Help),* que incluye, además de los servicios de asistencia jurídica gratuita, auxilio jurídico en procedimientos en materia de familia y la representación en estos procesos, cuando sea necesario obtener información de la otra parte con el fin de lograr un acuerdo y poner así fin a la disputa.

La representación legal tiene, a su vez, dos modalidades: ayuda de investigación *(Investigation Help)* y representación plena *(Full Representation).* Tanto la ayuda legal como la ayuda en los tribunales permiten resolver problemas jurídicos sobre algunas cuestiones civiles comunes: divorcio, pensión alimenticia, deudas, inmigración, etcétera. Sin embargo, no cubre otros asuntos, como los relativos a difamación, medianerías, escrituras de traspaso (excepto en ejecución de sentencia con garantía de fondos públicos), testamentos (salvo mayores de setenta años, discapacitados o ascendientes en primer grado de discapacitado), fideicomisos, daños causados por negligencia (salvo médica) o daños a la propiedad, creación de empresas o sociedades.

Todos los niveles de ayuda permiten actuar en la mayoría de las instancias judiciales: Cámara de los Lores *(House of Lords),* Tribunal de Apelación *(Court of Appeal),* Tribunal Superior *(High Court),* tribunales de condado *(County Court),* tribunales de procedimientos de familia, en casos de matrimonio incluida la separación, los alimentos, la residencia y la adopción, tribunales de apelación en lo laboral, tribunales de revisión para casos de demencia y tribunales de protección del menor. Sin embargo, no está prevista esta asistencia para la corte de instrucción y para los tribunales no señalados con anterioridad, así como para actuar ante los comisionados generales y especiales de impuestos y los tribunales aduaneros, en procesos de faltas. La asistencia jurídica siempre permite cubrir los costes de la preparación de los procesos judiciales, aunque luego pueda darse el caso de que el pleito en concreto esté excluido. Con todo, ninguna de las exclusiones es absoluta, pues el *Lord Chancellor* tiene la potestad de autorizar fondos extraordinarios para casos de esta misma naturaleza; en este caso, los solicitantes tienen que pasar por un examen de comprobación de recursos *(Means Test)* y sobre el fondo del litigio *(Merit Test).*

---

mentos percibidos por los secretarios judiciales o la Administración tributaria, a excepción de los derechos, tasas y penalizaciones eventualmente devengados respecto de los documentos y títulos aportados en apoyo de las pretensiones de las partes, las indemnizaciones a los testigos, los honorarios de los peritos, los desembolsos sujetos a arancel, los emolumentos de los funcionarios públicos o ministeriales y los honorarios de los abogados, en la medida en que estuvieran sujetos a regulación, incluidos los derechos derivados de la defensa. En el ámbito penal, el Estado fija los gastos judiciales; el condenado deberá pagar unos gastos judiciales fijos, cuya cuantía dependerá del delito o infracción cometida.

En Italia, la asistencia jurídica gratuita se lleva a cabo a través de la exención del pago de algunos gastos o del adelanto de otros gastos. En cuanto a las exenciones, quedan comprendidas la contribución unificada, los gastos fijos por notificaciones de oficio, algunas tasas (de registro, hipotecaria y catastral) y los derechos de copia. Respecto de los adelantos, el Estado realiza los siguientes: honorarios y gastos de abogado, dietas y gastos de viaje de magistrados y funcionarios judiciales o de los testigos y auxiliares del magistrado y peritos de las partes (cuando proceda), gastos de publicidad legal que impliquen las disposiciones de los tribunales y los gastos por notificaciones de oficio. La asistencia jurídica gratuita también comprende el abono de los gastos periciales, cuando así lo prevea la ley. En cuanto al ámbito objetivo o material del beneficio, la asistencia jurídica puede obtenerse para cualquier tipo de litigio civil o de jurisdicción voluntaria, con exclusión de los procesos por cesiones de créditos y deudas de terceros, salvo que la cesión se haya efectuado como pago de créditos o de deudas previamente contraídas.

En Portugal, la asistencia puede darse a través de dos modalidades: información jurídica o asistencia en sentido técnico. Mediante la primera, se da a conocer al interesado el ordenamiento jurídico aplicable, facilitándole un mejor ejercicio de los derechos a través de los servicios jurídicos de acogida existentes en los tribunales. La asistencia jurídica se integra por dos tipos de actuación: asesoría jurídica (llevada a cabo por bufetes de abogados a los que el interesado puede acudir gratuitamente solicitando asesoramiento jurídico) y ayuda judicial, que implica la exención total o parcial de la tasa judicial y demás derechos en el proceso, el aplazamiento del pago de la tasa judicial y demás derechos en el proceso, así como la designación del letrado y el pago de sus honorarios.

2.5. Requisitos de los beneficiarios

El artículo 3.1 de la Ley de asistencia jurídica gratuita, reconoce el derecho a los beneficiarios cuyos recursos e ingresos económicos, computados anualmente por todos los conceptos y por unidad familiar, no superen el doble del salario mínimo interprofesional vigente en el momento de efectuar la solicitud. A estos efectos, se tendrán en cuenta, además de las rentas y otros bienes patrimoniales o circunstancias que declare el solicitante, los signos externos que manifiesten su real capacidad económica, negándose el derecho a la asistencia si dichos signos revelan que dispone de medios económicos que superan el límite fijado por la ley (art. 4 de la Ley). Los medios económicos pueden ser valorados individualmente cuando el solicitante acredite la existencia de intereses familiares contrapuestos en el litigio para el que se solicita la asistencia (art. 3.3 de la Ley). Excepcionalmente, en atención a las circunstancias familiares del solicitante, número de hijos o familiares a su cargo, estado de salud, obligaciones económicas que pesen sobre él, costes derivados de la iniciación del proceso u otras de análoga naturaleza y, en todo caso, cuando el solicitante

sea ascendiente de una familia numerosa de categoría especial, la comisión de asistencia jurídica gratuita que resulte competente podrá reconocer el beneficio de justicia gratuita aunque se superen los indicados límites, siempre que los recursos e ingresos no excedan en todo caso del cuádruplo del salario mínimo interprofesional.

La ausencia de recursos no será de obligada acreditación previa cuando se trate de detenidos o presos, sin perjuicio de lo cual, si no se le reconoce con posterioridad el derecho a la asistencia jurídica gratuita, deberá abonar al abogado los honorarios devengados por su intervención (art. 3.5 de la Ley). También se prevé la concesión del beneficio en supuestos de insuficiencia económica sobrevenida cuando, tras haberse agotado la primera instancia (no, por tanto, si la demanda ya se ha presentado o si se ha formulado la contestación) se recurra la resolución judicial en segunda instancia (art. 7 de la Ley).

En el Derecho comparado no se establecen, por lo común, normas rígidas que contemplen supuestos taxativos, sino que prevalece la discrecionalidad (administrativa o judicial, según los casos) en la apreciación de la situación de necesidad, presupuesto para la concesión del beneficio de justicia gratuita. Excepción a esta regla la constituye el sistema francés, donde anualmente se fija mediante ley el límite de recursos económicos personales necesarios para que se otorgue la asistencia jurídica.

2.6. Procedimiento para el reconocimiento del beneficio

En nuestro país, corresponde a las comisiones de asistencia jurídica gratuita —de demarcación territorial provincial— el reconocimiento del derecho a esta asistencia. La organización y el funcionamiento de estas comisiones se regula no sólo en la Ley de asistencia jurídica gratuita y en su Reglamento de desarrollo sino también en las normas dictadas por varias comunidades autónomas: Decreto 216/1999, de 26 de octubre, de la Consejería de Gobernación y Justicia de la Junta de Andalucía, modificado por el Decreto 273/2001, de 18 de diciembre, y desarrollado por las Órdenes de 11 de junio de 2001, 20 de noviembre de 2002 y 30 de septiembre de 2002; Decreto 57/1998, de 28 de abril, de la Vicepresidencia del Gobierno de Canarias, modificado por los Decretos 50/2000, de 10 de abril; 74/2003, de 12 de mayo, y 44/2004, de 15 de abril; Decretos 252/1996, de 5 de julio, del Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña y 187/2003, de 1 de agosto, del Departamento de Justicia e Interior; Decreto 146/1997, de 22 de mayo, de la Consejería de Justicia, Interior y Relaciones Laborales de la Junta de Galicia, desarrollado por las Órdenes de 18 de septiembre de 2001 y 9 de diciembre de 2003; Decreto 86/2003, de 19 de junio, de la Consejería de Justicia y Administraciones Públicas de la Comunidad de Madrid; Decreto Foral 80/2001, de 9 de abril, del Gobierno de Navarra, modificado por el Decreto Foral 707/2003, de 22 de diciembre, y desarrollado por el Decreto Foral 266/2003, de 28 de julio (modificado a su vez por el Decreto

Foral 224/2004, de 7 de junio) y por la Orden Foral 406/2001, de 26 de diciembre; Decreto 210/1996, de 30 de julio, del Departamento de Justicia, Economía, Trabajo y Seguridad Social del País Vasco y el Decreto 29/2001, de 30 de enero, de la Consejería de Justicia y Administraciones Públicas de la Generalidad Valenciana, modificado por el Decreto 28/2003, de 1 de abril.

La solicitud de la prestación de asistencia jurídica gratuita no suspenderá el curso del proceso salvo excepción fundada en el perjuicio de la acción (art. 16 de la Ley). Los solicitantes deben presentar una instancia ante el colegio de abogados del lugar en que se halle el juzgado o tribunal competente para conocer del proceso principal o el de su domicilio, debiendo en este último caso dar traslado al colegio que corresponda (art. 12 de la Ley). La solicitud es individual, lo que significa que si son varios los litigantes concurrentes en un mismo proceso, cada uno de ellos debe solicitar el reconocimiento del derecho, computándose, a estos efectos, los ingresos de forma unitaria en caso de que la representación y defensa sea conjunta.

En la solicitud (formalizada de acuerdo con los requisitos establecidos en el anexo I del Reglamento de asistencia jurídica gratuita, se hará constar los datos que permitan apreciar la situación económica del interesado y de los integrantes de su unidad familiar, sus circunstancias personales y familiares, la pretensión que quiere hacerse valer y la parte o partes contrarias en el litigio, si las hubiere (art. 13 de la Ley). Tras la subsanación de las deficiencias que se aprecien, el colegio de abogados procederá, en el plazo máximo de quince días, a la designación provisional de abogado, comunicándolo inmediatamente al colegio de procuradores para que, si es preceptivo, se designe procurador en el plazo máximo de tres días. Si el colegio de abogados estima que el solicitante no cumple los requisitos señalados o si la pretensión es manifiestamente insostenible o carente de fundamento, lo notificará en el plazo de cinco días al interesado y dará traslado de la solicitud a la comisión de asistencia jurídica gratuita. En todo caso, del expediente y de las designaciones provisionales se dará traslado a la comisión a los efectos de su verificación y resolución.

Si el colegio de abogados no dictara resolución expresa en el plazo de quince días, el interesado podrá reiterar su solicitud ante la comisión de asistencia jurídica gratuita quien inmediatamente recabará el expediente y procederá a la designación provisional de abogado y procurador (art. 15 de la Ley) y dictará resolución en el plazo de treinta días, tras haber verificado la exactitud y realidad de los datos declarados por el solicitante (art. 17 de la Ley).

La resolución confirmará las designaciones provisionales efectuadas por el colegio de abogados y, en su caso, el de procuradores, o desestimará la solicitud. En este caso el beneficiario deberá abonar los honorarios y derechos económicos ocasionados por la intervención de los profesionales. Asimismo, el Reglamento de la Ley de asistencia jurídica gratuita establece en su artículo 18.3 que los beneficiarios deberán reintegrar una cantidad equivalente al resto de las prestaciones obtenidas en razón de la concesión, pudiendo la Administración competente exigir dicho reembolso mediante el procedimiento

administrativo de apremio previsto en el Reglamento general de recaudación. Frente a la resolución dictada cabe interponer los recursos administrativos y judiciales oportunos.

En Francia, el procedimiento (regulado en los arts. 4 y 5 de la Ley núm. 91-647, relativa a la justicia gratuita) es semejante al descrito en el caso español. Así, el solicitante debe justificar que la media de sus recursos por cualquier concepto y de cualquier naturaleza percibidos durante el año civil anterior (con exclusión de los subsidios familiares y determinadas prestaciones sociales) no supera un determinado importe, fijado anualmente mediante ley. Para efectuar el cómputo de los recursos, se tienen en cuenta los bienes muebles e inmuebles, produzcan o no rentas, con exclusión de aquellos que pueden ser vendidos o dados en prenda sin causar un problema grave al interesado. Asimismo se tomarán en consideración los recursos del cónyuge del solicitante y los de las personas que viven habitualmente en su hogar, a no ser que en el proceso los cónyuges sean partes en litigio, o que por el objeto de éste, la divergencia de intereses haga necesaria una apreciación distinta de los recursos. El artículo 6 de la citada Ley establece que las personas cuyos recursos superen los máximos fijados anualmente pueden ser admitidas, a título excepcional, si su demanda es considerada especialmente digna de interés a la luz del objeto del litigio o el coste previsible del juicio.

En otros países, el procedimiento para la concesión del beneficio de la asistencia jurídica gratuita es más sencillo, pues normalmente es el propio interesado quien se encarga de localizar al asesor jurídico y, en su caso, al representante en juicio, viniendo los poderes públicos obligados únicamente a sufragar —total o parcialmente— los gastos derivados de su actuación. Así ocurre en Alemania (salvo en los Estados federados de Hamburgo y Bremen, donde la ayuda se presta por servicios públicos de asesoramiento jurídico), Bélgica e Italia.

En Bélgica es posible solicitar este beneficio, en casos urgentes dentro de cualquier ámbito. En estos casos, el presidente del tribunal y, en la instancia, el juez que conoce de la causa pueden conceder el beneficio para los actos que consideren pertinentes, siempre a instancia del interesado, que podrá efectuar la petición incluso de forma verbal (art. 673 del *Code Judiciaire*). En Italia, quienes gocen de la asistencia jurídica gratuita podrán nombrar un abogado defensor entre todos los que figuren dentro de las listas existentes, creadas a tal efecto en los colegios de abogados correspondientes al distrito del tribunal de apelaciones donde tenga sede el juez competente para conocer del fondo del litigio.

2.7. Mecanismos de control

El artículo 19 de la Ley de asistencia jurídica gratuita prevé en supuestos de declaraciones erróneas, falseamiento u ocultación de datos determinantes del

reconocimiento del beneficio, la revocación del derecho por la comisión de asistencia jurídica gratuita. Ello traerá consigo la obligación del pago de todos los honorarios de abogado y procurador devengados desde la concesión del derecho, así como la cantidad equivalente al coste de las demás prestaciones obtenidas en razón de dicha concesión, sin perjuicio de las responsabilidades que correspondan en otro orden.

En otros países, los mecanismos de control son, por lo general, más amplios. Así, en Alemania, se exige que la pretensión (y las pruebas encaminadas a su consecución) sea viable y no suponga un ejercicio abusivo de derechos. Además, como en España, existen mecanismos de control *ex post* como la revocación de la ayuda cuando se aporten datos inexactos (personales, financieros, etc.) con el fin de simular las condiciones requeridas para la concesión de la ayuda en el litigio de que se trate, o cuando se incumplan los plazos para reembolsar las sumas adelantadas por la Administración.

En Bélgica, la asistencia judicial puede revocarse si se comprueba que el beneficiario ha modificado su situación patrimonial, de rentas o de cargas, y se encuentra en condiciones de sufragar los gastos que implican los procesos. También se establecen reglas concretas para la devolución de los anticipos que se hubiesen abonado.

En Francia, se exige que la pretensión contenida en la demanda no carezca manifiestamente de fundamento o razón, sin que pueda aplicarse esta exigencia al demandado, al responsable civil, al testigo asistido, al inculpado, al reo, al acusado y al condenado.

En Inglaterra y Gales existe un cierto tipo de control para algunos procesos excepcionales pero, en general, los criterios económicos o de renta no son determinantes para la concesión del beneficio.

En Italia, se prevé un mecanismo que permite al Estado el resarcimiento de los gastos ocasionados por la asistencia jurídica gratuita, sufragada por la parte vencida, pudiendo ésta reclamar a su vez tales gastos a quien venció y solicitó la asistencia jurídica gratuita, siempre que haya obtenido un mínimo de seis veces el importe de los gastos. En aquel país el juez competente podrá revocar la concesión de la asistencia jurídica gratuita si, a su criterio, no subsisten los presupuestos que determinaron en su momento la concesión. También podrá revocarse si se detecta una elevación en la renta del beneficiario o si se aprecia que éste ha actuado en el juicio con mala fe o culpa grave. La revocación tiene efectos retroactivos, lo que permite a los poderes públicos recuperar las cantidades entregadas.

En Portugal, la ayuda judicial puede revocarse si el solicitante adquiere los medios económicos suficientes para sufragar los gastos de asistencia y asesoramiento jurídico, si se comprueba, mediante nuevos documentos, que no subsisten las razones por las que se concedió la ayuda judicial o, en fin, si por decisión judicial se declara la falsedad de los documentos que sirvieron como base para la concesión de la misma.

3. LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Hace dos décadas, razonaba nuestro Tribunal Constitucional en las sentencias 107/1984 y 99/1985, que existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros, y cuya regulación ha de ser igual para ambos. Esto sucede con los derechos fundamentales que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano o, dicho de otro modo, con aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que, conforme al artículo 10.1 de la Constitución, constituye uno de los fundamentos del orden político español.

A juicio del Tribunal Constitucional, el derecho a la asistencia jurídica gratuita (art. 119 de la Constitución), en conexión con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución) no es un derecho de libertad —susceptible de ser ejercitado sin más a partir de la propia Constitución—, sino un derecho prestacional y de configuración legal, cuyo contenido y concretas condiciones de ejercicio corresponde delimitarlos al legislador atendiendo a los intereses públicos y privados implicados y a las concretas disponibilidades presupuestarias (STC 16/1994). Pero el legislador no goza de una libertad absoluta a la hora de regular el derecho, pues siempre ha de respetar el contenido esencial de los derechos fundamentales (art. 53.1 de la Constitución).

En relación con el respeto al contenido esencial del derecho que se viene analizando, el propio Tribunal Constitucional ha recordado que el artículo 119 de la Constitución declara que la gratuidad de la justicia se reconocerá «en todo caso» respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar. De este modo, se establece un contenido o núcleo constitucional indisponible para el legislador (SSTC 16/1994 y 117/1998). Pero es que, además, la garantía esencial del derecho no puede quedar menoscabada por la acción contraria del legislador, quien está vinculado por el referido contenido esencial de modo que, en concreto, no es disponible por el legislador la cobertura de los gastos originados por el proceso, incluidos los honorarios de los abogados y los derechos arancelarios de los procuradores, cuando su intervención sea preceptiva o necesaria en atención a las características del caso [4].

La circunstancia de que se trate de un derecho de configuración legal implica que su contenido y concretas condiciones de ejercicio corresponde delimitarlos al legislador, quien podrá atribuir el beneficio de justicia gratuita a quienes reúnan las características y requisitos que considere relevantes, podrá modular la gratuidad en función del orden jurisdiccional afectado —penal, laboral, civil, etc.—, o incluso del tipo concreto de proceso y, por supuesto, en función de los recursos económicos de los que pueda disponer en cada momento. Sin embar-

[4] La relación existente entre el derecho a la asistencia jurídica gratuita de quienes carecen de recursos económicos para litigar y el derecho a la tutela judicial efectiva ha sido puesta de manifiesto, entre otras, en las sentencias del Tribunal Constitucional 117/1998 y 183/2001.

go, como se ha dicho, el contenido esencial del derecho (el acceso a la justicia de los más desfavorecidos) no puede resultar menoscabado por una acción restrictiva del legislador que desemboque, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar, en la denegación de la tutela por un problema económico.

En la sentencia 16/1994, el Tribunal Constitucional consideró que el contenido necesario de tal derecho «supone, sin duda, que la justicia gratuita debe reconocerse a quienes no puedan hacer frente a los gastos originados por el proceso (incluidos los honorarios de los abogados y los derechos arancelarios de los procuradores, cuando su intervención sea preceptiva o necesaria en atención a las características del caso) sin dejar de atender a sus necesidades vitales y a las de su familia, al objeto de que nadie quede privado del acceso a la justicia por falta de recursos económicos». En otras palabras del alto intérprete de la Constitución, «deben sufragarse los gastos procesales a quienes, de exigirse ese pago, se verían en la alternativa de dejar de litigar o poner en peligro el nivel mínimo de subsistencia personal o familiar».

De lo anterior se deduce que toda persona física que sea titular del derecho a la tutela judicial efectiva habrá de gozar del derecho a la justicia gratuita si carece de los recursos suficientes para litigar, según disponga el legislador ordinario, respetando el contenido esencial del derecho a la gratuidad de la justicia en los términos señalados. Quiere con ello decirse que corresponde al legislador precisar la fórmula que permita determinar desde un punto de vista estrictamente económico los sujetos beneficiarios de la justicia gratuita, sin que sea posible —dada la amplitud subjetiva del derecho a la tutela judicial efectiva— que el legislador niegue con arreglo a otros criterios la gratuidad de la justicia a quien acredite la insuficiencia de rentas. Así, es admisible elaborar dicha fórmula «a partir de criterios objetivos, como el de una determinada cantidad de ingresos, u optar por un sistema de arbitrio judicial dejándolo a la decisión discrecional de los jueces o de éstos y otras instancias, o puede utilizar fórmulas mixtas limitándose a establecer las pautas genéricas que debe ponderar el juez al conceder o denegar las solicitudes de gratuidad (número de hijos o parientes a cargo del solicitante, gastos de vivienda, características del proceso principal, etcétera)» [5] .

Ahora bien, una vez determinada la «insuficiencia de recursos para litigar», todas las personas físicas titulares del derecho a la tutela judicial efectiva habrán de poderse beneficiar del derecho prestacional a la gratuidad de la justicia si en ellas concurre tal insuficiencia de recursos, de donde se sigue que «la privación por el legislador del derecho a la gratuidad de la justicia a un grupo de personas físicas que reúnan las condiciones económicas previstas con carácter de generalidad, para acceder a tal derecho, implica una lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva al que, de forma instrumental, ha de servir el desarrollo legislativo del artículo 119 de la Constitución, pues si no se les reconociese el derecho a la gratuidad de la justicia su derecho a la tutela

[5] (SSTC 16/1994 y 95/2003).

judicial efectiva resultaría meramente teórico y carecería de efectividad» (STC 95/2003).

En cuanto a la gratuidad de la justicia para los ciudadanos extranjeros sin recursos, las sentencias del Tribunal Constitucional 99/1985 y 115/1987, reconocieron a los ciudadanos extranjeros, con independencia de su situación jurídica, la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva. Con carácter general, el elemento de extranjería deviene irrelevante en relación con el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva y con el de los demás derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución. Es más, incluso admitiendo que en supuestos excepcionales los tratados internacionales y la ley interna española pueden atemperar el contenido del derecho, ni siquiera esta modulación o atemperación es posible en relación con todos los derechos, pues «existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos» (STC 107/1984).

Uno de estos derechos es el que todas las personas tienen a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales. Y ello es así, no sólo por la dicción literal del citado articulo («todas las personas...»), sino porque a esa misma conclusión se llega interpretándolo, según exige el artículo 10.2 de la Constitución, de conformidad con los artículos 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 6.1 del Convenio de Roma, de 4 de noviembre de 1950, y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, de 19 de diciembre de 1966. En todos estos textos el derecho equivalente al que nuestra Constitución denomina tutela judicial efectiva es reconocido a todas las personas, sin que quepa hacer distinción por la nacionalidad (SSTC 99/1985 y 95/2003).

En relación con la situación de los extranjeros que no sean residentes legales también se ha pronunciado recientemente el Tribunal Constitucional en la sentencia 95/2003, que declaró la inconstitucionalidad del artículo 2 *a)* de la Ley de asistencia jurídica gratuita, eliminando de este modo la potencial indefensión de estos ciudadanos. Tal pronunciamiento se debió al recurso de inconstitucionalidad presentado por el Defensor del Pueblo el 12 de abril de 1996 contra el artículo 2 de la Ley 1/1996. El citado recurso se mantuvo en el tiempo, al sostener esta Institución ante el tribunal que no procedía que quedara sin objeto el recurso, ya que las reformas legales y especialmente los artículos relativos a la asistencia jurídica gratuita de las leyes de extranjería suponían un avance parcial pero no daban una respuesta total a la tacha de inconstitucionalidad planteada en su día. Descendiendo a las razones de la inconstitucionalidad, el alto tribunal tiene en cuenta situaciones fácticas de evidente desprotección como son, por ejemplo, las del extranjero irregular que quiere ejercitar sus derechos de defensa en un procedimiento de expulsión. La imposibilidad de acudir al proceso (contencioso-administrativo en este caso) asistido de abogado y procurador (art. 23 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa) determina que no pueda tener lugar el proceso y, por tanto, no pueda emitirse una resolución sobre el fondo del asunto. De la necesidad de comparecer en el proceso debidamente representado se desprende que, si el extranjero no reside

legalmente en España y no dispone de recursos suficientes para procurarse abogado y procurador, verá cerrado su acceso a la jurisdicción y no podrá someter a control judicial la legalidad de la actuación administrativa (art. 106.1 de la Constitución) en un aspecto que le concierne directamente. Ello supone, sin duda, una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución, del que son titulares todas las personas, incluidos los extranjeros no residentes legalmente en España.

En relación con la inconstitucionalidad parcial del artículo 2 *a)* de la Ley de asistencia jurídica gratuita, el Tribunal Constitucional ha precisado que la expresión «que residan [en España]» ha de entenderse referida a la situación puramente fáctica de los que se hallan en territorio español, sin que quepa atribuir a la referida expresión un significado técnicamente acuñado de residencia autorizada administrativamente al que se refería el artículo 13.1 *b)* de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, y al que hoy alude el artículo 30 bis de la vigente Ley de extranjería, de lo contrario, se vaciaría por completo el sentido y alcance de la declaración de inconstitucionalidad de aquel precepto.

Por último, en cuanto a la extensión de los procesos en que se reconoce el derecho a la asistencia jurídica gratuita como consecuencia de la parcial declaración de inconstitucionalidad del precepto impugnado, los extranjeros que se encuentren en España y reúnan las condiciones requeridas legalmente para ello podrán acceder a la asistencia jurídica gratuita, en relación con cualquier tipo de proceso en el que gocen de legitimación.

II. CUESTIONES SUSTANTIVAS

1. INTRODUCCIÓN

Es intención del presente informe mantenerse a lo largo de sus páginas en una línea discursiva que conecte la regulación normativa de la asistencia jurídica a los extranjeros en España con la realidad en que dicha asistencia se presta. Esta relación entre el deber ser y el ser, que a veces es de correspondencia y a veces de tensión, constituye una fuente rica para el análisis.

La voluntad de descender al terreno operativo obliga a centrar el informe, por medio de esta parte que se ha denominado sustantiva, en aquellas actuaciones para las que se ha previsto en nuestro ordenamiento la asistencia letrada para los ciudadanos extranjeros.

De esta suerte, los capítulos segundo a cuarto abordan los supuestos de denegaciones de entrada, devoluciones y expulsiones. Por su parte, el capítulo sexto se dedica al asilo y en él también se incluyen algunas reflexiones sobre el régimen de protección temporal, recientemente incorporado a nuestro Derecho interno.

Para facilitar el seguimiento de la exposición se han redactado estos cuatro capítulos partiendo de una estructura básica común. Dicha estructura se inicia con la definición de los términos más específicos de cada ámbito, puesto que se ha comprobado que el manejo de los mismos no siempre es unívoco entre los diversos operadores jurídicos y sociales. A continuación se recuerda y determina la regulación normativa, para pasar, acto seguido, a ofrecer unos datos cuantitativos que permitan al lector contextualizar la incidencia general de los procedimientos que se están analizando. Sobre esa base se estudian con detalle los diversos procedimientos, procurando significar en lo posible las variaciones y matices que esta Institución ha constatado que existen por razones diversas en las distintas zonas del territorio español. La última parte se consagra a examinar de forma pormenorizada las cuestiones que tienen, o pueden tener, una incidencia más directa en el desarrollo de la asistencia letrada.

Por razones sistemáticas el capítulo quinto, dedicado al internamiento de extranjeros, se ha ubicado detrás de los que se ocupan de la devolución y la

expulsión. Aunque se ha procurado mantener en lo posible la estructura básica enunciada, se han realizado algunas adaptaciones para facilitar la comprensión de la peculiar naturaleza de esta medida, que no puede constituir un fin en sí misma. Ello obliga a efectuar una conceptualización muy detallada de sus características y alcance.

El capítulo séptimo agrupa las cuestiones relevantes que afectan a la asistencia letrada en relación con los procesos judiciales. No obstante ha de señalarse que algunos asuntos relacionados con la tutela judicial figuran, por su especificidad, en otros capítulos, puesto que se ha estimado preferible no desgajarlos para favorecer una visión de conjunto. En este ámbito se ha estimado que debía partirse de una reflexión preliminar de carácter común, para pasar luego a abordar los temas de mayor interés que se suscitan en los diversos órdenes jurisdiccionales. Ahora bien, dadas las pretensiones de este informe y su finalidad, se ha puesto énfasis en aquellas cuestiones que se plantean ante los juzgados y tribunales donde la condición de extranjero tiene una relevancia específica, bien porque lo que se ventile sea precisamente la regularidad de su presencia en España, bien porque la permanencia en territorio español dependa de la propia decisión judicial. Por este motivo se ha prestado interés principalmente a los órdenes contencioso-administrativo y penal.

La especial situación de los menores, y muy particularmente de los menores extranjeros no acompañados, así como la experiencia acumulada por esta Institución en relación con los problemas que tienen que ver con la determinación de su edad, declaración de desamparo y, en caso de que resulte procedente, la reintegración a su país, ha hecho que se haya considerado conveniente tratar esta cuestión en un capítulo específico, siempre en la perspectiva de alentar una mejora de la asistencia jurídica a estas personas.

Por último, se estimó que un análisis en esta materia no podría estar completo sin una mención a la orientación jurídica, que actúa en la doble dimensión de constituir un vehículo para el acceso a la asistencia jurídica en aquellos procedimientos para los que está prevista y, al tiempo, se proyecta en otra serie de ámbitos en los que también se producen actuaciones letradas, muchas de ellas de gran relevancia. El enfoque adoptado en el capítulo noveno se ha variado respecto de los demás capítulos, para, de una parte, reparar en la orientación jurídica como instrumento práctico al servicio de la integración de los extranjeros en nuestra sociedad y, de otra, para desgranar una serie de problemas con los que los letrados manifiestan encontrarse en el desarrollo de su actividad profesional a favor de los derechos e intereses de los ciudadanos extranjeros.

Esta Institución no desea omitir que el enfoque global que gravita en las páginas tiene un objetivo último: constituir una aportación relevante que permita definir qué tiene que ser en cada caso la asistencia letrada a extranjeros y cómo debe prestarse.

2. ASISTENCIA LETRADA EN LOS SUPUESTOS DE DENEGACIONES DE ENTRADA

2.1. Precisiones terminológicas y conceptuales

Antes de abordar el estudio y análisis de la asistencia letrada en los supuestos de denegaciones de entrada, resulta conveniente aclarar, en primer término, el significado de los principales conceptos jurídicos que se utilizan en los procedimientos de denegación de entrada y retorno. Este esfuerzo descriptivo y de precisión cumple una doble función: de un lado, facilitar la comprensión de cuanto se dirá más adelante sobre la denegación de entrada; de otro, servir como referencia para detectar posibles desviaciones o usos inadecuados de los procedimientos.

La elección de los términos y conceptos que se definen a continuación no obedece a razones de mera conveniencia u oportunidad, sino que se fundamenta en criterios objetivos que responden a la frecuencia del uso o a la complejidad de aquellos. Para facilitar la consulta los conceptos definitivos se exponen en orden alfabético.

Autorización de entrada: Decisión adoptada por los funcionarios responsables del control de las fronteras que permite el acceso a territorio nacional de ciudadanos extranjeros. La concesión de la autorización está condicionada al cumplimiento de los siguientes requisitos: titularidad del pasaporte o documentos de viaje; titularidad del correspondiente visado; justificación del objeto y las condiciones de la estancia; acreditación, en su caso, de medios económicos suficientes para su sostenimiento durante el período de permanencia en España, o de estar en condiciones de obtenerlos, así como para el traslado a otro país o el retorno al de procedencia; presentación, en su caso, de los certificados médicos oportunos; no estar sujeto a una prohibición de entrada y, en fin, no suponer un peligro para la salud pública, el orden público, la seguridad nacional o las relaciones internacionales de España o de otros Estados con los que el nuestro tenga un convenio en tal sentido.

La autorización de entrada se materializa mediante la estampación en el pasaporte o título de viaje del sello, signo o marca de control establecido, salvo que las leyes internas o los tratados internacionales en los que España sea parte prevean su no estampación, con lo que, previa devolución de la documentación, quedará franco el paso al interior del país. Cuando el acceso se efectúe mediante documento de identidad o de otra clase que impida la estampación del sello de entrada, el interesado deberá cumplimentar el impreso correspondiente para dejar constancia de la entrada, que deberá conservar en su poder y presentar junto a la documentación identificativa, si le fuese requerida.

Autorización de entrada por razones excepcionales: Excepción a la regla general, por la que se permite el ingreso en el territorio a los extranjeros que no

reúnan los requisitos exigidos en atención a razones de índole humanitaria, de interés público o para asegurar el cumplimiento de compromisos adquiridos por España. En estos casos se entregará al extranjero una resolución que contenga la autorización de entrada y exprese la razón en la que se fundamenta.

Declaración de entrada: Obligación de todo ciudadano extranjero que accede a territorio español procedente de un Estado con el que España no haya firmado un acuerdo de supresión de controles fronterizos, consistente en manifestar ante las autoridades policiales españolas su pretensión de acceder a territorio español o su presencia en el mismo. El Reglamento ha establecido con carácter general la obligatoriedad de que se efectúe mediante declaración personal, bien en el momento mismo de la entrada o, en todo caso, en el plazo de tres días hábiles a partir de aquélla en cualquier comisaría del Cuerpo Nacional de Policía u oficina de extranjeros.

Denegación de entrada: Decisión que corresponde adoptar a los funcionarios responsables del control de fronteras, por la que se impide la entrada en territorio español a los extranjeros que se estima que no reúnen los requisitos exigidos reglamentariamente. La denegación se realiza mediante resolución motivada y conlleva la obligación de permanecer en las instalaciones destinadas al efecto en el puesto fronterizo hasta que, a la mayor brevedad posible, se haga efectivo el retorno al lugar de procedencia o la continuación del viaje hacia otro país que admita al interesado.

Entrada en tránsito: Situación en la que se encuentran los extranjeros habilitados para atravesar el Espacio Schengen en viaje desde un tercer Estado hacia otro que admita a dicho extranjero, o para permanecer en la zona de tránsito internacional de un aeropuerto español, sin acceder al territorio nacional, durante las escalas o enlaces de vuelos. La entrada en tránsito exige, por lo común, visado. Este puede ser de dos clases: de tránsito territorial o de tránsito aeroportuario. En supuestos excepcionales, los responsables de los servicios policiales a cargo del control de entrada de personas en territorio nacional podrán expedir en frontera las autorizaciones de tránsito o, si cuentan con una encomienda del Ministerio de Asuntos Exteriores, los visados.

Justificación del objeto y de las condiciones de la entrada: Obligación de los ciudadanos extranjeros que pretenden acceder a España, cuya exigencia puede ser adoptada por los funcionarios responsables del control de entrada y que está dirigida a esclarecer el motivo en que se fundamenta la solicitud de entrada. A tal fin podrá exigirse la presentación de documentos que demuestren o permitan sostener la verosimilitud del motivo de entrada invocado (profesional, turístico, privado o de otro). También será obligatorio que el extranjero acredite, en el momento de la entrada, la disponibilidad de recursos económicos o medios de vida suficientes para su sostenimiento y el de las personas que viajen a su cargo, durante el período de permanencia en España, o la situación de encontrarse en condiciones de obtener legalmente dichos medios, así como para cubrir el traslado a otro país o el retorno al de procedencia.

Lugar de internamiento: En este contexto designa la dependencia destinada a la permanencia transitoria de los extranjeros pendientes de ser retornados a su punto de origen. Durante su estancia en estas instalaciones los extranjeros tan sólo quedarán privados de su derecho deambulatorio. Los lugares de internamiento para extranjeros no tienen carácter penitenciario y han de estar dotados de servicios sociales, jurídicos, culturales y sanitarios. Lugar de internamiento y centro de internamiento de extranjeros no son conceptos necesariamente sinónimos.

Prohibición de entrada: En este ámbito de la denegación de entrada en frontera se alude a la previsión que impide el acceso a territorio español de los ciudadanos extranjeros, aunque reúnan los requisitos exigidos con carácter general para la entrada. El artículo 10 del Reglamento de extranjería contempla los siguientes supuestos:

— Los que hayan sido previamente expulsados de España y se encuentren dentro del plazo de prohibición de entrada determinado en la resolución de expulsión, o cuando haya recaído sobre el extranjero una resolución de expulsión.
— Los que hayan sido objeto de una medida de devolución y se encuentren dentro del plazo de prohibición de entrada determinado en el correspondiente acuerdo de devolución.
— Si se tiene conocimiento por cualquier vía de cooperación internacional, judicial o policial, de que los interesados se encuentran reclamados, en relación con causas criminales derivadas de delitos comunes graves, por las autoridades judiciales o policiales de otros países, siempre que los hechos por los que figuran reclamados constituyan delito en España.
— Los que hayan sido objeto de prohibición expresa de entrada por sus actividades contrarias a los intereses españoles o a los derechos humanos o por sus notorias conexiones con organizaciones delictivas u otras razones judiciales o administrativas que justifiquen la adopción de esta medida.
— Los que tengan prohibida la entrada en virtud de convenios internacionales en los que España sea parte, salvo que se considere necesario establecer una excepción por motivos humanitarios o de interés nacional.

Puesto habilitado o puesto fronterizo: Según el artículo 25 de la Ley de extranjería, «el extranjero que pretenda entrar en España deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto». Por puesto habilitado ha de entenderse la instalación administrativa de control de las fronteras y límites exteriores de un Estado cuyo fin es, a estos efectos, la vigilancia e inspección de los movimientos de personas, especialmente la inmigración. Los puestos habilitados o puestos fronterizos pueden ser de tres tipos: terrestres, marítimos o aeroportuarios. La habilitación de los puestos en frontera terrestre se adoptará, de conformidad con el interés nacional y con lo dispuesto en los convenios internacionales en los que España sea parte, previo acuerdo con las autoridades del país limítrofe correspondiente, mediante orden del Ministro de la Presidencia, a propuesta conjunta

de los Ministros de Asuntos Exteriores y de Cooperación, de Economía y Hacienda, y del Interior. La habilitación de puestos en puertos o aeropuertos se adoptará a propuesta conjunta de los Ministros de Asuntos Exteriores y de Cooperación, de Economía y Hacienda, y del Interior, previo informe favorable del departamento ministerial del que dependa el puerto o el aeropuerto en cuestión.

Retorno: Constituye la consecuencia jurídica inmediata de la denegación de entrada, que se lleva a cabo mediante la repatriación de un ciudadano extranjero al punto de origen de su viaje en el plazo más breve posible. El retorno se acuerda por la autoridad gubernativa competente, siendo la resolución inmediatamente ejecutiva. Si el retorno no puede ejecutarse en el plazo de setenta y dos horas o está prevista la demora más allá de ese plazo, la autoridad que lo acuerde debe dirigirse al juez de instrucción para que determine el lugar donde hayan de ser internados los extranjeros hasta la materialización del mismo.

Visado: Documento que autoriza a acceder a un extranjero a territorio español a través de un puesto habilitado o a transitar por el mismo o por el territorio nacional hacia otro destino. Debe extenderse en el pasaporte, en el documento de viaje que lo supla o en un documento específico. Por acuerdo o tratado internacional puede eximirse de esta obligación a nacionales de terceros Estados. No será exigible el visado cuando el extranjero sea titular de una autorización de residencia en España o documento análogo que le permita la entrada en territorio español. Asimismo están exentos de la obligación de presentar el visado los extranjeros que soliciten acogerse al derecho de asilo en el momento de su entrada en España.

Existe una variada tipología de visados [6] algunos de los cuales incorporan directamente el derecho de residencia y trabajo.

---

[6] Haciendo un compendio de los visados aludidos por la normativa pueden distinguirse básicamente los siguientes:

Visado de tránsito: Los visados de tránsito permiten transitar una, dos o, excepcionalmente, varias veces por el territorio español. El visado de tránsito territorial habilita al extranjero (o extranjeros, caso de ser colectivo) para atravesar el territorio español en viaje, de duración no superior a cinco días, desde un tercer Estado a otro que lo admita. El de tránsito aeroportuario permite al extranjero permanecer en la zona de tránsito internacional de un aeropuerto español, sin acceder al territorio nacional, durante escalas o enlaces de vuelo.

Visado de estancia: Puede ser de dos clases; para estancia de corta duración de un máximo de tres meses (con una, dos o varias entradas), que excepcionalmente puede ser colectivo e incluir un grupo entre 5 y 50 extranjeros (en tal caso para estancias no superiores a treinta días) y para estancia múltiple, que autoriza a permanecer hasta noventa días por semestre durante un año. Este último excepcionalmente, podrá ser expedido para un periodo de varios años.

Visado de cortesía: Puede ser expedido por el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación a las personas excluidas del ámbito de aplicación de la Ley de extranjería (agentes diplomáticos, funcionarios consulares, etc.) o a los titulares de pasaporte oficial diplomático o de servicio. La prórroga del mismo corresponde también al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación.

Visado de residencia temporal: Los extranjeros que deseen residir temporalmente en España, sin realizar actividades laborales, deben solicitar personalmente el correspondiente visado en la misión diplomática u oficina consular española de su demarcación de residencia.

2.2. Regulación normativa

En este apartado se da cuenta de manera sumaria, de las normas que afectan a los trámites de denegación de entrada y retorno, sin aludir específicamente a la asistencia jurídica gratuita en estos supuestos. El enfoque adoptado es principalmente expositivo, en coherencia con la finalidad que se persigue, que no es otra que la de dar noticia de la regulación normativa sobre el particular.

Antes de entrar en el análisis y la exposición de las normas que regulan los diferentes trámites de la denegación de entrada, es preciso aludir a las previsiones generales contenidas en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (CE). Según lo dispuesto en el artículo 61 *a)* de la versión consolidada de dicho Tratado, se prevé la adopción de medidas destinadas a garantizar la libre circulación de personas, conjuntamente con otras medidas de acompañamiento relativas a los controles de fronteras exteriores, asilo e inmigración, todo ello con el fin de establecer progresivamente un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia. Asimismo se prevé la adopción de medidas en materia de asilo, inmigración y protección de derechos de los nacionales de terceros países [art. 61 *b)*], concretadas, en lo que a inmigración se refiere, en las condiciones de entrada y de residencia, en los procedimientos de expedición por los Estados miembros de visados de larga duración y de permisos de residencia, incluidos

---

Visado por reagrupación familiar: Es una modalidad del visado de residencia temporal. En el plazo de dos meses desde la notificación al reagrupante de la concesión de la autorización, el familiar que vaya a ser reagrupado deberá solicitar personalmente el visado en la misión diplomática u oficina consular en cuya demarcación resida.

Visado de residencia y trabajo por cuenta ajena: Este tipo de visado incorpora la autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena, comenzando su vigencia desde la fecha en que se efectúe la entrada en España, que necesariamente deberá hacerse constar en el pasaporte o título de viaje del extranjero.

Visado de residencia y trabajo por cuenta propia: Este visado incorpora la autorización inicial de residencia y trabajo, comenzando su vigencia desde la fecha en que se efectúe la entrada, que obligatoriamente deberá hacerse constar en el pasaporte o título de viaje del extranjero.

Visado de residencia y trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de servicios: Este visado tiene la consideración de autorización inicial de residencia y trabajo, comenzando su vigencia desde la fecha en que se efectúe la entrada y así se haga constar en el visado, pasaporte o título de viaje.

Visado para contingente de trabajadores extranjeros: Este visado se concede en el marco del acuerdo que cada año establece el contingente de trabajadores extranjeros. A él se incorpora la autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena. Además del visado de carácter general existen dos modalidades adicionales: visado para la búsqueda de empleo dirigido a hijos o nietos de español de origen, y visado para búsqueda de empleo para determinados sectores de actividad u ocupaciones.

Visado de estudios: Habilita para la entrada y permanencia en el territorio nacional de los extranjeros que deseen realizar trabajos de investigación o formación no remunerados laboralmente o cursar o ampliar estudios, en cualesquiera centros docentes o científicos españoles, públicos o privados, oficialmente reconocidos. Los extranjeros que hayan solicitado un visado de estudios podrán solicitar los correspondientes visados de estancia para que sus familiares entren y permanezcan legalmente en España mientras duren los estudios o la investigación del reagrupante.

los destinados a la reagrupación familiar [art. 63.3 *a)*], en la repatriación de residentes ilegales [art. 63.3 *b)*] y en la definición de los derechos y condiciones con arreglo a los cuales los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro puedan residir en otros Estados miembros (art. 63.4).

Por otra parte, el artículo 62 del Tratado CE prevé, en su apartado 1, la adopción de medidas encaminadas a garantizar la ausencia de controles sobre personas en el cruce de fronteras interiores, tanto de ciudadanos de la Unión, como de los nacionales de terceros países. También se establece la posibilidad de adoptar medidas sobre el cruce de las fronteras exteriores de los Estados miembros en las que se determinen las normas y procedimientos que deben aplicarse para la realización de controles sobre las personas y para la expedición de visados para estancias de duración no superior a tres meses (apartado 2). Finalmente, se prevé la adopción de medidas relativas a las condiciones en que los nacionales de terceros países puedan viajar libremente en el territorio de los Estados miembros durante un período no superior a tres meses (apartado 3).

Todas estas previsiones de los artículos 61 a 63 del Tratado CE deben entenderse sin perjuicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros en relación con el mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior (art. 64.1). En este sentido, si uno o más Estados miembros se enfrentan a una situación de emergencia caracterizada por la llegada repentina de nacionales de terceros países, el Consejo podrá adoptar, por mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión, medidas provisionales por un período máximo de seis meses en beneficio de los Estados miembros afectados (art. 64.2).

2.2.1. Acceso

Según el artículo 6 del Convenio [7] de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, la circulación transfronteriza en las fronteras exteriores estará sujeta al control de las autoridades competentes. El control se efectuará con arreglo a principios uniformes [8] para los territorios de las partes contratan-

---

[7] El Acuerdo de Schengen relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, se firmó entre los países del Benelux, Alemania y Francia el 14 de julio de 1985. Con posterioridad se han adherido Italia, España (instrumento de ratificación en el *BOE* núm. 81, de 5 de abril de 1994), Portugal, Grecia y Austria. El Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen (en adelante Convenio Schengen) se firmó el 19 de junio de 1990. Con ocasión del Tratado de Amsterdam que modificó el derecho primario de la Unión Europea, se firmó un protocolo a través del cual se integró «acervo Schengen» en el marco de la Unión Europea. Este protocolo cuenta a su vez con diversas declaraciones. Cuatro de ellas matizan diversos artículos de dicho protocolo.

[8] Estos principios son los siguientes: *a)* El control de las personas incluye no sólo la comprobación de los documentos de viaje y de las restantes condiciones de entrada, de residencia, de tra-

tes, en el marco de las competencias nacionales y de la legislación nacional, teniendo en cuenta los intereses de los Estados.

En cuanto a la forma de efectuar la entrada, el Convenio de Schengen dispone (art. 2.1) que las fronteras interiores podrán cruzarse en cualquier lugar, sin que se realice, salvo que lo exija el orden público o la seguridad nacional, control alguno de las personas. Las fronteras exteriores, sólo podrán cruzarse por los pasos fronterizos y durante las horas de apertura establecidas (art. 3). Como regla especial se prevé que «los pasajeros de un vuelo procedente de terceros Estados que embarquen en vuelos interiores serán sometidos previamente, a la entrada, a un control de personas y a un control de los equipajes de mano en el aeropuerto de llegada del vuelo exterior. Los pasajeros de un vuelo interior que embarquen en un vuelo con destino a terceros Estados serán sometidos previamente, a la salida, a un control de personas y a un control de los equipajes de mano en el aeropuerto de salida del vuelo exterior» (art. 4).

La entrada en España debe hacerse por los puestos habilitados. El Reglamento de extranjería reitera el mismo criterio: «el extranjero que pretenda entrar en territorio español deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto» (art. 1.1). Excepcionalmente podrá autorizarse el cruce de fronteras por las autoridades o funcionarios responsables, fuera de los puestos habilitados o de los días y horas señalados, en dos casos: personas a las que les haya sido expedida una autorización extraordinaria para cruzar la frontera ante una necesidad concreta y beneficiarios de acuerdos internacionales en tal sentido con países limítrofes (art. 1.2).

---

bajo y de salida, sino también la investigación y la prevención de peligros para la seguridad nacional y el orden público de las partes contratantes. Dicho control se referirá asimismo a los vehículos y los objetos que se hallen en poder de las personas que crucen las fronteras, y cada Estado miembro lo efectuará de conformidad con su legislación, en particular en lo que se refiere al registro de los mismos; *b)* Todas las personas deberán ser objeto de al menos un control que permita determinar su identidad tras haber exhibido o presentado documentos de viaje; *c)* A la entrada deberá someterse a los extranjeros a un control minucioso; *d)* A la salida se procederá al control que exija el interés de todos los países miembros en virtud del Derecho de extranjería y en la medida en que sea necesario para investigar y prevenir peligros para la seguridad nacional y el orden público de las partes contratantes. Dicho control se efectuará sobre los extranjeros en todos los casos; *e)* Si no pudieran efectuarse dichos controles por circunstancias especiales se establecerán prioridades. A este respecto, el control de la circulación a la entrada tendrá prioridad, en principio, sobre el control a la salida. Las autoridades competentes vigilarán con unidades móviles los espacios de las fronteras exteriores situados entre los pasos fronterizos, así como los pasos fronterizos fuera de las horas normales de apertura. Dicho control se efectuará de tal manera que no se incite a las personas a evitar el control en los pasos fronterizos. Por último, los Estados se comprometen a disponer de personal adecuado y en número suficiente para ejercer el control y la vigilancia de las fronteras exteriores, ejerciéndose en las fronteras exteriores un nivel equivalente de control.

2.2.2. Acreditación y justificación de los requisitos de entrada

El artículo 5 del Convenio de Schengen distingue entre entradas de corta duración [9], para estancias no superiores a tres meses y entradas de larga duración. El incumplimiento de cualquiera de las condiciones salvo excepción acordada por un Estado parte fundada en motivos humanitarios o de interés nacional, dará lugar a la denegación de la entrada. Se admitirá en tránsito al extranjero titular de una autorización de residencia o de un visado de regreso expedidos por una de las partes contratantes. Para estancias de larga duración, el Convenio de Schengen se remite a que los visados sean visados nacionales, expedidos por cada Estado con arreglo a su propia legislación.

La Ley de extranjería, establece que los extranjeros deben hallarse provistos del pasaporte o documento de viaje (válidos en ambos casos) que acredite su identidad; además, el extranjero no debe estar sujeto a prohibiciones expresas; en fin, deben presentar los documentos que justifiquen el objeto y las condiciones de estancia y acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretendan permanecer en España, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios (art. 25.1). Por otra parte, salvo que se establezca lo contrario en los convenios internacionales o en la normativa comunitaria, será preciso, además, un visado. No será exigible el visado a los extranjeros que se encuentren provistos de la tarjeta de identidad de extranjero o, excepcionalmente, de una autorización de regreso (art. 25.2). Los requisitos exigidos para la entrada no serán de aplicación a los extranjeros que soliciten acogerse al derecho de asilo en el momento de su entrada en España, cuya concesión se regirá por lo dispuesto en la normativa específica (art. 25.3). De modo excepcional, podrá autorizarse la entrada de los extranjeros que no cumplan los requisitos y condiciones señaladas, cuando existan razones de índole humanitaria, interés público, o cumplimiento de compromisos adquiridos por España, en cuyo caso se procederá a hacer entrega al extranjero de la documentación establecida en el Reglamento de extranjería.

El Reglamento de extranjería exige (art. 4) los mismos requisitos ya señalados, si bien desarrolla o precisa el contenido de algunos de ellos. Así, en cuanto a la documentación (pasaporte, título de viaje), se exige que estén expedidos por las autoridades competentes del país de origen o de procedencia de sus titulares o por las organizaciones internacionales habilitadas para ello, debiendo

---

[9] Se exige el cumplimiento de las siguientes condiciones: *a)* Poseer un documento o documentos válidos que permitan el cruce de la frontera, determinados por el Consejo; *b)* Estar en posesión de un visado válido cuando éste sea exigido; *c)* En su caso, presentar los documentos que justifiquen el objeto y las condiciones de la estancia prevista, así como disponer de medios adecuados de subsistencia, tanto para el periodo de estancia previsto como para el regreso al país de procedencia o el tránsito hacia un tercer Estado en el que su admisión esté garantizada, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios; *d)* No estar incluido en la lista de no admisibles; en fin, *e)* No suponer un peligro para el orden público, la seguridad nacional o las relaciones internacionales de una de las partes contratantes.

contener en todo caso datos suficientes para la determinación de la identidad y la nacionalidad de los titulares. Respecto de la exigencia de visado, el artículo 6 del Reglamento excluye algunos supuestos (nacionales de países con los que se haya acordado su supresión, refugiados, miembros de tripulaciones de barcos, etc.). La justificación del objeto y condiciones de la entrada se detallan en el artículo 7 del Reglamento, distinguiendo varios supuestos: viajes de carácter profesional, de carácter turístico o privado, o por otros motivos.

La exigencia de acreditación de medios económicos se recoge en el artículo 8 del Reglamento. Para la acreditación de los mismos se aplica actualmente la Orden del Ministerio del Interior de 22 de febrero de 1989 [10], que en su precepto segundo precisa lo siguiente: que se requerirá para el sostenimiento una cantidad equivalente a 30 € por persona y día; que en todo caso la cantidad mínima que deberá acreditarse, con independencia del tiempo de estancia previsto, no será inferior a 300 € por persona. Para regresar al país de procedencia o para trasladarse en tránsito a terceros países, el billete o billetes nominativos, intransferibles y cerrados, en el medio de transporte que pretendan utilizar. Además, esta disponibilidad de medios «deberá acreditarse mediante exhibición de los mismos, en el caso de que los posean en efectivo, o mediante la presentación de cheques certificados, cheques de viaje, cartas de pago, cartas de crédito o mediante certificación bancaria de tales extremos; admitiéndose, en su defecto, cualquier otro medio de acreditación que se considere suficiente por las autoridades policiales españolas de fronteras».

Por último, el propio Reglamento de extranjería establece la posibilidad de que se requiera la presentación de un certificado sanitario expedido por los servicios médicos del país de procedencia que designe la misión diplomática u oficina consular española (art. 9).

En el ámbito judicial, la sentencia [11] del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Madrid, de 1 de diciembre de 2003, se ha pronunciado

---

[10] *BOE* núm. 55, de 6 de marzo de 1989.

[11] En relación con el caso concreto, se señala que según resulta del expediente administrativo, el pasajero (que por vez primera llega a España) manifiesta que el motivo de su visita es por turismo (aunque no es capaz de concretar los lugares turísticos o de interés cultural o artístico que desea visitar, señalando que no ha contratado con ninguna agencia turística ningún tipo de viaje programado), siendo el tiempo de estancia previsto de veinte días; carece de reserva hotelera teniendo pensado quedarse hospedado en el domicilio de su tía, que se encuentra en nuestro país trabajando en el cuidado de niños; el extranjero indica el domicilio y teléfono del familiar, de quien manifiesta no haber recibido carta de invitación; aparte de este familiar, manifiesta no conocer a nadie más en nuestro país; está casado y tiene dos niños, respecto de lo cual manifiesta que no han podido viajar con él por motivos escolares; en su país trabaja como vendedor de joyas y ropa, con unos ingresos aproximados de 300 dólares mensuales; dispone de billete de avión de retorno. Pues bien, con estos datos, el Magistrado entiende que el recurso debe prosperar, pues la actuación administrativa, lejos de someterse a las exigencias legales y reglamentarias, se basa en puras presunciones y no en argumentaciones o hechos que desvirtúen la legalidad de la entrada. De lo contrario, si se admitieran como válidas y suficientes las argumentaciones de la Administración, «se estaría admitiendo y entronizando la más absoluta arbitrariedad» de los poderes públicos. Así, en concreto, de la falta de reserva hotelera para la totalidad de la estancia no cabe

sobre la adecuación a Derecho de una resolución de 17 de diciembre de 2002, en la que se desestimó un recurso de alzada interpuesto contra la resolución denegatoria de entrada y retorno a su país de procedencia, dictada por la Dirección General de la Policía, Puesto Fronterizo del aeropuerto de Madrid-Barajas.

2.2.3. Obligaciones de información de los transportistas

Por transportista se entiende toda persona física o jurídica que realice, con carácter profesional, el transporte de personas por vía aérea, marítima o terrestre (art. 1 del Convenio de Schengen).

En cuanto a sus obligaciones, el artículo 66 de la Ley de extranjería prevé, tras la reforma efectuada por la Ley 14/2003, la posibilidad, respecto de las rutas procedentes de fuera del Espacio Schengen, de que toda compañía, empresa de transporte o transportista, en el momento de finalización del embarque y antes de la salida del medio de transporte, remita a las autoridades españolas encargadas del control de entrada la información relativa a los pasajeros que vayan a ser trasladados, por cualquier medio y con independencia de que el viaje sea en tránsito o tenga como destino final, el territorio español. La información será comprensiva del nombre y apellidos de cada pasajero, de su fecha de nacimiento, nacionalidad, número de pasaporte o del documento de viaje que acredite su identidad.

Respecto a estas exigencias no puede dejar de señalarse la preocupación que suscita la incidencia de esta normativa para la situación de los potenciales solicitantes de asilo que pueden quedar trabados en sus países de origen.

De otro lado se han detectado ya algunos problemas por la deficiente comprensión de los agentes de compañías transportistas, especialmente aéreas, de todas las peculiaridades que puede tener el acceso a territorio nacional que han tenido como consecuencia la imposibilidad fáctica de efectuar viaje a España.

Por todo ello, a criterio de esta Institución, debería haberse puesto igual énfasis que el dispensado al contemplar las obligaciones de control por parte de los transportistas, en asegurar que las personas que puedan ser objeto de una decisión del transportista contraria a sus intereses tengan una posibilidad de

---

inferir, si es parcial, que la situación es irregular o carente de documentación, por lo que no es en sí motivo suficiente de rechazo, como tampoco lo es el hecho de que se aloje en el domicilio de un familiar, quien, según los estándares sociales no tiene por qué cursar una carta de invitación formal. En resumen, la Administración ha aplicado un estándar social erróneo, lo que determina la inadecuación a Derecho de la resolución. Este criterio se refuerza a partir de la conformación del rechazo en frontera como un supuesto de limitación de derechos, lo que exige la prueba contrastada —no sustentada meramente en indicios— de los hechos impeditivos del acceso al territorio. Por último, se señala en la sentencia que las circulares e instrucciones internas (como la Circular 3/95, de 3 de marzo, de la Secretaría de Estado de Interior) tienen validez interadministrativa, pero *ad extra* carecen de ella.

presentar su caso a las autoridades españolas, exigiendo la norma la necesaria y ágil cooperación del transportista que debería facilitar los correspondientes medios técnicos (fax, correo electrónico, etc.), a fin de que se le permita presentar sus argumentos ante la Administración española, responsable en último término de la aplicación objetiva de la norma. Esta parece, en último término, la única forma de asegurar la cláusula de salvaguardia prevista en el párrafo final del artículo 14 del Reglamento de extranjería.

En general, el apartado 2 del artículo 66 dispone que toda compañía, empresa de transporte o transportista estará obligada a enviar a las autoridades españolas, encargadas del control de entrada, la información comprensiva del número de billetes de vuelta no utilizados por los pasajeros que previamente hubiesen transportado a España, ya sea por vía aérea, marítima o terrestre, y con independencia de que el transporte sea en tránsito o como destino final, de rutas procedentes de fuera del Espacio Schengen. Cuando así lo determinen las autoridades españolas, en los términos y a los efectos indicados en el apartado anterior, la información comprenderá, además, para pasajeros no nacionales de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de países con los que exista un convenio internacional que extienda el régimen jurídico previsto para los ciudadanos de los Estados mencionados, el nombre y apellidos de cada pasajero, su fecha de nacimiento, nacionalidad, número de pasaporte o del documento de viaje que acredite su identidad. La información señalada deberá enviarse en un plazo no superior a cuarenta y ocho horas desde la fecha de caducidad del billete.

Asimismo, el apartado 3 del artículo 66 de la Ley de extranjería establece que los transportistas están obligados a:

— Realizar comprobaciones sobre la validez y vigencia de los títulos de identidad y, en su caso de los visados de los que habrán de ser titulares los extranjeros.
— Hacerse cargo inmediatamente del extranjero que hubiese trasladado hasta la frontera aérea, marítima o terrestre correspondiente del territorio español, si a éste se le deniega la entrada por deficiencias en la documentación.
— Tener a su cargo al extranjero que haya sido trasladado en tránsito hasta una frontera aérea, marítima o terrestre del territorio español, si el transportista que deba llevarlo a su país de destino se negara a embarcarlo, o si las autoridades de este último país le hubieran denegado la entrada y lo hubieran devuelto a la frontera española.
— Transportar a los extranjeros a los que se refieren los dos párrafos anteriores hasta el Estado del que hayan partido, o bien hasta el Estado que haya expedido el documento de viaje con el que ha viajado, o a cualquier otro Estado que garantice su admisión y un trato compatible con los derechos humanos.

La compañía, empresa de transportes o transportista que tenga a su cargo un extranjero en virtud de alguno de los supuestos previstos en este apartado debe-

rá garantizar al mismo unas condiciones de vida adecuadas mientras permanezca a su cargo.

Las previsiones anteriores han de entenderse aplicables también al transporte aéreo o marítimo desde Ceuta o Melilla hasta cualquier otro punto del territorio español (art. 66.4).

Por su parte, el artículo 14 del Reglamento de extranjería regula de una manera detallada el modo en que deberán proceder los transportistas para atender su obligación de comprobar la documentación de los viajeros. Tales comprobaciones podrán realizarse con carácter previo al viaje o mientras este se está llevando a cabo. El texto del precepto es categórico sobre cómo ha de procederse ante deficiencias en la documentación, indicando que «cuando se constate que un extranjero no dispone de la documentación necesaria, no deberá ser admitido a bordo del vehículo y, si hubiera iniciado la marcha, deberá abandonarlo en la parada o lugar adecuado más próximo en el sentido de la marcha fuera del territorio de los países en los que esté en vigor el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen». Si «el extranjero con documentación aparentemente deficiente decidiese embarcar o no abandonar el vehículo, el conductor o el acompañante, al llegar a la frontera exterior, deberán comunicar a los agentes encargados del control las deficiencias detectadas a fin de que adopten la decisión que resulte procedente».

Considera el Defensor del Pueblo que existe el peligro de que esta previsión pueda utilizarse de manera extensiva, de modo que un ciudadano llegue a ver impedida su intención de viajar hasta España, antes incluso de iniciar el viaje.

En atención a lo expuesto, el Defensor del Pueblo entiende que debe hacerse un uso muy prudente de la información que faciliten los transportistas con carácter previo a la llegada de los viajeros. Es asimismo preciso señalar que, a criterio de esta Institución, tal información no podrá en modo alguno emplearse para girar instrucciones a las compañías de transporte, sus empleados o agentes cuya finalidad sea impedir el viaje de determinadas personas que se presuma puedan ser objeto de rechazo en frontera.

A esta solución conduce necesariamente, en primer término, la consideración de que el contrato de transporte es una relación entre terceros, que no puede verse condicionada en cuanto a su materialización por la decisión de una parte ajena al mismo. Pero principalmente ha de tenerse en cuenta que, de admitirse la posibilidad de que las autoridades españolas comunicaran al transportista el previsible rechazo en frontera del interesado, se estaría permitiendo la adopción de una resolución restrictiva de los eventuales derechos o legítimos intereses de quienes pretenden acceder a territorio nacional, sin haber instruido el necesario expediente administrativo, ni permitido al interesado valerse de los medios necesarios para defender su derecho. Todo ello convertiría tal decisión en arbitraria.

2.2.4. Denegación de entrada

El procedimiento de denegación de entrada debe entenderse que comienza en el momento en que el extranjero es interrogado por las autoridades competentes y es requerido para la entrega de la documentación reglamentariamente establecida. Así se deduce del artículo 13.1 del Reglamento de extranjería, aunque ese artículo no contiene previsión alguna indicativa del momento exacto en que comienza dicho procedimiento.

No se prevé en nuestra legislación que la entrevista haya de realizarse necesariamente a cabo en presencia o con la asistencia de un letrado. Únicamente se reconoce el derecho a solicitar la asistencia letrada de oficio, siendo este derecho posterior a la resolución por la que se acuerda la denegación de entrada.

En el plano formal, la denegación de entrada conlleva la estampación en el pasaporte de un sello de entrada tachado con una cruz de tinta indeleble negra. En el plano sustantivo o material, la denegación de entrada supone el retorno del extranjero al punto de origen en el plazo más breve posible.

La denegación de entrada conlleva la obligación de permanecer en las instalaciones destinadas al efecto en el puesto fronterizo hasta que, con la mayor brevedad posible, el extranjero retorne al lugar de procedencia o continúe viaje hacia otro país donde sea admitido. Si el retorno fuese a demorarse más de setenta y dos horas, la autoridad gubernativa se dirigirá al juez de instrucción a fin de que determine el lugar donde haya de ser internado hasta que llegue el momento del retorno (art. 60.1 de la Ley de extranjería). Durante su internamiento el extranjero se encontrará en todo momento a disposición de la autoridad judicial que lo autorizó, debiéndole comunicar la autoridad gubernativa cualquier circunstancia en relación a la situación de los extranjeros internados (art. 60.3 de la Ley de extranjería).

La denegación se realiza mediante resolución motivada que se notifica al interesado indicando los recursos que pueden interponerse contra ella, el plazo para hacerlo, la autoridad ante la que debe formalizarse, así como, el derecho a la asistencia letrada, que podrá ser de oficio si el interesado acredita la carencia de medios económicos suficientes (art. 13 del Reglamento).

En cuanto al régimen de recursos, el artículo 26.2 de la Ley de extranjería establece que la resolución por la que se acuerde la denegación de entrada indicará los recursos que pueden interponerse frente a ella, el plazo para hacerlo y la autoridad ante la que deben formalizarse aquellos. Desde luego, aunque en ningún otro pasaje de la Ley se indican los recursos administrativos y jurisdiccionales que cabe interponer frente a la resolución por la que se acuerda la denegación de entrada (sí, en cambio, para las resoluciones administrativas sancionadoras: art. 65.1 de la Ley), la vía administrativa previa (recurso de alzada) y la judicial (recurso contencioso-administrativo) están expeditas de acuerdo con las previsiones generales del procedimiento administrativo y el acceso a la jurisdicción.

En todo caso —advierte el art. 65.2 de la Ley de extranjería—, «cuando el extranjero no se encuentre en España, podrá cursar los recursos procedentes tanto en vía administrativa como jurisdiccional, a través de las representaciones diplomáticas o consulares correspondientes, quienes los remitirán al organismo competente».

2.3. Magnitudes generales

El número de entradas registradas en el año 2004 fue de 38.684.213; lo que implica un descenso de más de dos millones y medio de visitantes, respecto del año anterior.

En el año 2003 el mayor número de entradas corresponde a los nacionales de Gran Bretaña con 16.482.388, seguido de Marruecos (14.907.068). El tercer puesto lo ocupa Alemania (2.151.165) y el cuarto Irlanda (1.041.354). Si se prescinde de los ciudadanos procedentes de Europa, se observa que el primer puesto de entradas corresponde a Marruecos (14.907.068), seguido de Estados Unidos (625.938), Rusia (178.697) y Argelia (154.927).

Respecto del año 2004 las nacionalidades más relevantes de las personas que accedieron siguieron el mismo orden que las descritas en el año 2003. Gran Bretaña sigue ocupando el primer puesto en la nacionalidad de las entradas en nuestro país (16.813.912); Marruecos el segundo (11.980.202); Alemania el tercero (1.943.006) e Irlanda el cuarto (1.172.914). Se observa un descenso de entradas de nacionales marroquíes. Igualmente, hay que resaltar que los nacionales procedentes de Ecuador han disminuido en un 27,3 por 100 en el año 2004 respecto del año precedente, lo que obviamente se explica como consecuencia de la imposición de visado. En cuanto a las entradas de nacionales de otros países distintos a los europeos, hay un aumento de argelinos y argentinos y un descenso de nacionales rusos. El orden sería el siguiente: 1. Marruecos (11.980.202); 2. Estados Unidos (697.871); 3. Argelia (163.529); 4. Argentina (159.698); y 5. Rusia (143.484).

Asimismo destaca especialmente, en el último año, el aumento de entrada de ciudadanos colombianos en un 36,9 por 100 y de ciudadanos rumanos en un 46,5 por 100 con respecto a 2003.

La mayoría de entradas en España se producen durante todo el periodo 2003-2004 por medios aéreos: un 50 por 100 en 2003 y un 53 por 100 en 2004. En 2003 el aeropuerto que registró más entradas fue el de Palma de Mallorca (2.840.728) seguido muy de cerca por el de Málaga (2.792.345). Tenerife-Sur (2.067.999) y Las Palmas (2.080.603) ocupan el tercer y cuarto puesto, respectivamente. Le siguen Lanzarote (2.000.759), Alicante (1.734.170), Fuerteventura (1.432.602) y en octava posición, Madrid-Barajas (1.314.689). Se aprecia que el volumen de entradas se concentra en los aeropuertos de zonas turísticas, los cuales no registran la mayoría de las denegaciones de entradas.

ENTRADAS DE EXTRANJEROS EN TERRITORIO ESPAÑOL
AÑO 2003

RESUMEN GENERAL	ENE.	FEB.	MAR.	ABR.	MAY.	JUN.	JUL.	AGO.	SEP.	OCT.	NOV.	DIC.	TOTAL
FRONTERA ANDORRANA	85.344	169.948	99.868	87.086	93.464	80.074	129.437	136.849	103.499	83.892	81.280	93.430	**1.244.171**
FRONTERA MARROQUÍ	1.442.888	1.197.786	1.393.945	1.390.968	1.220.370	1.217.198	1.226.434	1.188.945	1.031.358	830.219	717.718	799.458	**13.657.287**
CONTROL POLICIAL LA LÍNEA	128.611	137.830	128.744	125.059	149.131	178.252	178.026	212.764	208.465	172.907	154.213	161.721	**1.935.723**
PUERTOS	185.179	132.024	175.445	214.431	288.026	225.498	311.890	823.691	447.729	364.525	203.282	203.884	**3.575.604**
AEROPUERTOS	1.120.269	1.333.448	1.394.667	1.511.962	2.268.948	2.234.952	2.381.966	2.691.451	2.013.685	1.817.353	1.207.800	1.024.573	**21.001.074**
TOTAL	**2.962.291**	**2.971.036**	**3.192.669**	**3.329.506**	**4.019.939**	**3.935.974**	**4.227.753**	**5.053.700**	**3.804.736**	**3.268.896**	**2.364.293**	**2.283.066**	**41.413.859**

AÑO 2004

RESUMEN GENERAL	ENE.	FEB.	MAR.	ABR.	MAY.	JUN.	JUL.	AGO.	SEP.	OCT.	NOV.	DIC.	TOTAL
FRONTERA ANDORRANA	60.570	84.139	159.078	92.383	83.628	78.694	138.983	170.079	108.656	98.274	84.735	85.391	**1.244.610**
FRONTERA MARROQUÍ	763.386	714.811	953.553	822.869	824.217	880.100	915.251	1.276.709	989.069	902.194	808.995	871.768	**10.722.922**
CONTROL POLICIAL LA LÍNEA	163.273	171.608	177.732	170.612	178.065	180.186	179.068	220.858	207.014	178.805	149.295	166.019	**2.142.535**
PUERTOS	172.979	154.664	176.741	249.267	309.439	253.674	338.792	850.139	481.960	324.049	215.513	188.902	**3.716.119**
AEROPUERTOS	1.194.281	1.262.831	1.435.890	1.529.358	1.931.785	2.167.657	2.423.657	2.381.818	2.122.309	1.859.391	1.215.146	1.333.904	**20.858.027**
TOTAL	**2.354.489**	**2.388.053**	**2.902.994**	**2.864.489**	**3.327.134**	**3.560.311**	**3.995.751**	**4.899.603**	**3.909.008**	**3.362.713**	**2.473.684**	**2.645.984**	**38.684.213**

Fuente: Comisaría General de Extranjería y Documentación.

El año 2004 no registra grandes diferencias ni en el volumen de entradas ni en los puestos fronterizos utilizados para estas entradas. En el 2004, pasa a primer puesto de número de entradas el aeropuerto de Málaga (2.885.293), seguido muy de cerca por el de Palma de Mallorca (2.790.665). Lanzarote se sitúa en tercer lugar (2.104.173) y Tenerife-Sur (2.030.295) pasa del tercer puesto en 2003 al cuarto; Las Palmas el quinto (1.995.140); Alicante y Fuerteventura se mantienen en el sexto (1.730.327) y séptimo puesto (1.340.016), respectivamente y Madrid-Barajas (1.331.412) en el octavo.

La frontera terrestre marroquí sigue registrando el mayor número de entradas terrestres, un 32,9 por 100 del número total de las entradas en el 2003 con un ligero descenso al 27,7 por 100 en el siguiente año.

En cuanto a las denegaciones de entrada y retorno, en el periodo 2003-2004, se observa que disminuye el número de denegaciones en un 23 por 100 en el año 2004 con respecto a las del año anterior.

En el año 2003 del total de entradas se registraron 14.750 denegaciones, lo que supone un 0,03 por 100. Si nos detenemos en las nacionalidades, de cerca de los 14.907.068 millones de entradas de marroquíes se les denegó la entrada a 4.682, un 0,03 por 100. En segundo lugar se sitúa Ecuador con 93.351 entradas y 4.950 denegaciones, un 5,3 por 100. Y en tercer lugar, los nacionales bolivianos que registraron 20.580 entradas en nuestro país y 870 denegaciones, un 4,2 por 100.

Respecto del año 2004 del total de entradas se registraron 11.280 lo que equivale al 0,02 por 100. Si nos detenemos en las nacionalidades, de cerca de los 11.980.202 millones de entradas de marroquíes se les denegó la entrada a 3.325, un 0,02 por 100. En segundo lugar se sitúa Ecuador con 107.798 entradas y 1.733 denegaciones, un 1,6 por 100. Y en tercer lugar, los nacionales bolivianos que registraron 33.593 entradas en nuestro país y 1.525 denegaciones, un 4,5 por 100.

DENEGACIONES DE ENTRADA POR TIPO DE PUESTO FRONTERIZO

PUESTOS	AÑO 2003	AÑO 2004
Aéreos	10.000	7.796
Marítimos	4.461	3.009
Terrestres	289	475

Fuente: Comisaría General de Extranjería y Documentación.

El mayor porcentaje de denegaciones de entrada en frontera se produce en los aeropuertos: un 67 por 100 en el 2003 y un 69 por 100 el siguiente año. El aeropuerto de Madrid-Barajas concentra el 85 por 100 de estas denegaciones en 2003 con un descenso al 83 por 100 en el año 2004.

Obviamente ese primer puesto de Madrid-Barajas que no guarda relación con su posición en el número de entradas de extranjeros está justificado por la tipología de los vuelos que llegan a ese puesto fronterizo procedentes en mayor medida que en ningún otro aeropuerto, de países de fuera del Espacio Schengen.

Con referencia a las denegaciones de entrada en puestos marítimos, el puerto de Algeciras está a la cabeza con un 23 por 100 respecto del número global de denegaciones tanto marítimas como terrestres y aéreas en 2003, disminuyendo considerablemente al 13 por 100 en 2004. La casi totalidad de estas denegaciones son de nacionales marroquíes. Es significativo que, en el año 2003, el puerto de Algeciras registraba un 76 por 100 de las denegaciones de entradas marítimas, siendo Almería el segundo puerto con un 20,8 por 100. Sin embargo, el año siguiente se equiparan en porcentajes prácticamente ambos puertos con un 50 por 100 en Algeciras y un 45 por 100 en el de Almería.

Las denegaciones de entradas terrestres se producen en su totalidad en Ceuta en 2003, mientras en 2004 el 88,8 por 100 de las mismas se registran en Ceuta y un 11,2 por 100 en La Seo de Urgel (Lleida).

En cuanto a nacionalidades, los ecuatorianos son el grupo con el mayor número de denegaciones, un 30 por 100 del total en el 2003, mientras que en el 2004 constituyen un 0,4 por 100, constatándose el efecto que tuvo la obligación de visado para estancias cortas que se impuso a los ciudadanos de aquel país en agosto de 2003. En 2004 los brasileños ocupan el primer puesto en las denegaciones con un porcentaje del 14,4 por 100.

Si se atiende a los motivos en que la autoridad policial fundamentó las denegaciones puede observarse que en 2003 un 48,7 por 100 carecía de documentación justificativa de la visita, mientras que un 20,6 por 100 portaban documentación falsa. La causa más frecuente de denegación en fronteras terrestres es la documentación falsa —80,9 por 100—. En puerto marítimo el porcentaje es del 62 por 100. El 71 por 100 de las denegaciones de entradas aéreas corresponde a dificultades en la justificación de los motivos de la estancia. Si comparamos estos datos con los de 2004 se observa que carecer de documentación justificativa de estancia sigue siendo la causa principal de denegación (más de la mitad de las denegaciones en Madrid-Barajas que es la frontera aérea con mayor número de denegaciones de entrada). Sorprende que las denegaciones en el puerto de Algeciras en 2003 por documentación falsa fuese un 76 por 100 y en 2004 descienda hasta el 12,3 por 100, al tiempo que el puerto de Almería se mantiene en valores similares a los del 2003, pero con una tendencia ascendente (un 23 por 100 en 2003 y un 29 por 100 en 2004).

Por último, si se estudian las denegaciones adoptadas en fronteras terrestres, cabe observar que el 81 por 100 obedece a portar documentación que se consideró falsa en 2003 pero desciende en el 2004 a un 35 por 100.

MOTIVOS ADUCIDOS POR LA ADMINISTRACIÓN PARA LA DENEGACIÓN DE ENTRADA POR PUESTOS FRONTERIZOS

AÑO 2003

FRONTERAS	TOTAL	MOTIVOS						
		DOCUM. NO VÁLIDA	CARECER VISADO	CARECER MEDIOS ECON.	DOCUM. FALSOS	S.I.S [12]	CARECER DOCUM. JUST.	OTROS
Ceuta	**289**	12	3	3	234	35	2	– –
TERRESTRES	**289**	**12**	**3**	**3**	**234**	**35**	**2**	**0**
Alicante	**279**	1	8	3	– –	– –	267	– –
Barajas	**8.566**	642	521	382	17	245	6.157	602
Barcelona	**688**	84	48	7	– –	21	523	5
Bilbao	**1**	– –	1	– –	– –	– –	– –	– –
Ibiza	**3**	– –	2	– –	– –	– –	– –	1
Las Palmas	**72**	9	36	5	1	2	11	8
Málaga	**245**	25	20	59	1	5	135	– –
P. Mallorca	**16**	7	6	1	– –	– –	2	– –
Sevilla	**4**	– –	4	– –	– –	– –	– –	– –
Tenerife (Los Rodeos)	**68**	1	– –	2	1	– –	62	2
Tenerife (Reina Sofía)	**45**	2	8	17	3	1	10	4
Valencia	**13**	2	– –	– –	– –	– –	11	– –
AÉREAS	**10.000**	**773**	**654**	**476**	**23**	**274**	**7.178**	**622**
Algeciras	**3.412**	512	522		2.133	232	1	12
Alicante	**105**	45	26	20	4	– –	8	2
Almería	**941**	251	22	10	655	3	– –	– –
P. Mallorca	**3**	1	– –	– –	– –	– –	2	– –
MARÍTIMAS	**4.461**	**809**	**570**	**30**	**2.792**	**235**	**11**	**14**
TOTAL	**14.750**	**1.594**	**1.227**	**509**	**3.049**	**544**	**7.191**	**636**

Fuente: Comisaría General de Extranjería y Documentación.

[12] Alude a figurar como no admisible en el Sistema de Información Schengen.

MOTIVOS ADUCIDOS POR LA ADMINISTRACIÓN PARA LA DENEGACIÓN DE ENTRADA POR PUESTOS FRONTERIZOS

AÑO 2004

FRONTERAS	TOTAL	MOTIVOS						
		DOCUM. NO VÁLIDA	CARECER VISADO	CARECER MEDIOS ECON.	DOCUM. FALSOS	S.I.S [13]	CARECER DOCUM. JUST.	OTROS
Ceuta	**422**	23	58	5	167	126	1	42
Seo de Urgel	**53**	6	4	20		5	14	4
TERRESTRES	**475**	**29**	**64**	**25**	**167**	**131**	**15**	**44**
Alicante	**19**	2	12	2	– –	2	– –	1
Barajas	**6.513**	24	528	195	564	227	4.036	939
Barcelona	**868**	10	84	1	6	33	664	70
Ibiza	**7**	1	4	– –	– –	1	1	– –
Las Palmas	**59**	3	23	2	9	2	10	10
Málaga	**223**	1	– –	27	10	3	170	12
P. Mallorca	**9**	– –	7	– –	– –	1	1	– –
Santiago	**10**	– –	– –	– –	10	– –	– –	– –
Sevilla	**13**	1	1	1	10	– –	– –	– –
Tenerife– – (Los Rodeos)	**51**	2	– –	2	6	– –	23	18
Tenerife (Reina Sofía)	**15**	1	6	3	1	– –	1	3
Valencia	**9**	– –	– –	3	2	– –	2	2
AÉREAS	**7.796**	**45**	**665**	**236**	**618**	**264**	**4.908**	**1.055**
Algeciras	**1.517**	393	297		369	234	2	222
Alicante	**105**	5	48	9	10	8	7	18
Almería	**1.385**	94	37		922	15	44	273
Santurce	**2**	– –	– –	– –	– –	– –	– –	2
MARÍTIMAS	**3.009**	**492**	**382**	**9**	**1.301**	**257**	**53**	**515**
TOTAL	**11.280**	**566**	**1.111**	**270**	**2.086**	**657**	**4.976**	**1.614**

Fuente: Comisaría General de Extranjería y Documentación.

[13] Alude a figurar como no admisible en el Sistema de Información Schengen.

Pasando a otra cuestión, de acuerdo a los datos proporcionados por la Comisaría General de Extranjería y Documentación, durante el año 2003 se adoptaron un total de 14.750 resoluciones de denegación de entrada y retorno, presentándose contra las mismas 8.337 recursos de alzada, lo que representa un 62,62 por 100. En el año 2004, las resoluciones de denegación de entrada y retorno ascienden a 11.280, interponiéndose contra ellas 9.237 recursos de alzada, que representan un 81,88 por 100 del total. De todos los recursos interpuestos, tanto en 2003 como en 2004, no fue estimado ninguno.

2.4. Fases del procedimiento de denegación de entrada

Tanto por razones cuantitativas cuanto sistemáticas se va a adoptar como patrón tipo el procedimiento seguido en el aeropuerto de Madrid-Barajas, sin perjuicio de hacer las oportunas salvedades a propósito del análisis de otros supuestos cuando se considere necesario.

Los controles policiales se realizan con los medios materiales y humanos disponibles. No es posible controlar de modo absoluto la regularidad del fenómeno inmigratorio. Por esta razón, la operativa policial se centra en aquellos vuelos que se consideran de mayor incidencia en cuanto a inmigración irregular se refiere. A este respecto, hay que hacer referencia al efecto preventivo y disuasorio que persigue la actual normativa respecto de las obligaciones de remisión previa y simultánea de información de los transportistas (art. 66.1 de la Ley de extranjería, en la redacción dada por la Ley Orgánica 14/2003) y concretadas en el artículo 15 del Reglamento de extranjería.

El procedimiento de denegación de entrada comienza materialmente en el momento en que llegan los viajeros al punto de control (filtro) y se inician las actividades de control policial de la documentación y las verificaciones sobre la justificación del objeto y las condiciones de la entrada. Este primer contacto entre las autoridades españolas y los extranjeros se realiza, en principio, sin intervención de terceros; es decir, el control se lleva a cabo por el funcionario policial sin que esté presente un intérprete o un letrado. Las razones que permiten justificar esta práctica están fundamentalmente vinculadas al gran volumen de entradas y a la celeridad que exige el tránsito fluido de los pasajeros. No existe norma legal ni reglamentaria que establezca la forma, el contenido y la naturaleza de las preguntas que deben realizarse en ese primer contacto.

Si, tras ese primer contacto, los funcionarios consideran suficientes los documentos presentados, convincentes las razones justificativas de los motivos del viaje, y acreditados los medios de subsistencia, permitirán al extranjero la entrada en el territorio nacional. En caso contrario, comenzará el proceso de denegación de entrada propiamente dicho. Dentro del procedimiento de denegación de entrada, se prestará especial atención a la organización y al funcionamiento del servicio de asistencia jurídica gratuita.

En la mayoría de los puestos fronterizos de España, con la excepción de Madrid, los letrados son convocados en función de las necesidades, lo que se justifica en muchos casos en el elevado coste de los letrados de guardia, en relación con el escaso volumen de entradas y, consiguientemente, de denegaciones. En el puesto fronterizo de Madrid-Barajas, el alto número de denegaciones ha dado lugar al establecimiento de un sistema permanente de asistencia letrada con varios letrados de guardia. El Colegio de Abogados de Madrid dictó unas normas de turno de oficio de 16 de octubre de 2003, que han vertebrado un Turno de Extranjería y Refugio como una especialidad del turno contencioso-administrativo. En la fecha del informe emitido por el citado colegio profesional había inscritos 341 abogados en ese turno. Diariamente 11 letrados están de servicio exclusivo para todas las cuestiones de extranjería, desplazándose algunos de ellos al aeropuerto de Madrid-Barajas.

Previamente a la entrevista, los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía pueden hacer comprobaciones sobre los datos (verbales o documentales) facilitados por los interesados. Si de las comprobaciones efectuadas se llega a la conclusión de que el interesado cumple los requisitos legales y reglamentarios para el acceso al territorio español, el procedimiento de denegación de entrada se interrumpe, permitiendo el acceso de los interesados.

El procedimiento continúa ordinariamente con el desarrollo de una entrevista —o audiencia— entre un funcionario del Cuerpo Nacional de Policía y el ciudadano extranjero. Esta entrevista se lleva a cabo habitualmente en presencia del letrado. Con carácter general en el curso de la misma se pregunta al interesado sobre los motivos de su viaje, los documentos que porta, los medios de vida de que dispone y las personas con las que tiene relación en España. Sin embargo, de los datos facilitados por otros colegios de abogados (en concreto, el de Valencia, respecto del aeropuerto de Manises) se desprende que esta entrevista no siempre se produce, o se reduce a una mera formalidad, en la que la presencia del letrado se limita a la estampación de su firma, a fin de ratificar la celebración de aquélla, sin poder ejercer sus funciones básicas de asistencia y asesoramiento al extranjero. La sensación general transmitida a lo largo de las jornadas de trabajo promovidas por esta Institución para la elaboración de este informe es que el papel de los letrados queda relegado al cumplimiento de funciones meramente formales y no sustanciales, como debería suceder, habida cuenta de la importancia de la asistencia y asesoramiento jurídico en una fase tan determinante como ésta.

Como caso singular cabe referir el del puerto de Algeciras. Estas dependencias fueron visitadas por los asesores del Defensor del Pueblo [14], los cuales pudieron comprobar que las entrevistas no se documentaban. El procedimiento que realizaban las autoridades portuarias era el siguiente: una vez efectuada la interceptación por el funcionario de policía de servicio en el control fronterizo, el extranjero era conducido al interior de las dependencias del Cuerpo Nacional

[14] Puede verse en extenso en el Informe anual 2003.

de Policía, donde se esperaba a la llegada del letrado de guardia, caso de que el interesado lo hubiera solicitado. La plantilla del puerto contaba con la asistencia de cuatro intérpretes, convocados según las necesidades del servicio. Los asesores de esta Institución indicaron a los funcionarios competentes que era necesario recoger por escrito las manifestaciones realizadas por los interesados, así como permitirles que ofrecieran cuantas explicaciones estimaran oportunas, bien por propia iniciativa, bien a instancia del funcionario instructor o del letrado asistente, a fin de que los servicios policiales pudieran luego contrastar debidamente la información facilitada antes de adoptar una decisión. La importancia de la documentación de la entrevista es capital de cara a un eventual proceso judicial, ya que sin ella muy difícilmente podrá el juez formarse un criterio sobre las circunstancias en que se produjo el hecho, además se carecería de la versión documentada de los hechos acaecidos según el propio interesado.

Siguiendo con el procedimiento, tras la entrevista el funcionario instructor realizará un informe-propuesta que eleva al Jefe de Servicio del Puesto Fronterizo para su resolución. La resolución de denegación de entrada a territorio español, dictada por el Jefe de Servicio del Puesto Fronterizo, debe ir acompañada de un acuerdo de retorno en el que se indica la fecha y hora en que se realizará. Acordada la denegación de entrada, la vía para oponerse jurídicamente a la misma es la formulación de un recurso de alzada ante la Dirección General de la Policía, tal y como establece la disposición adicional décima del Reglamento de extranjería, cuando recoge que el régimen de recursos será el previsto por las leyes. Existe práctica unanimidad, entre las fuentes jurídicas consultadas para la realización de este informe sobre la escasa efectividad de este sistema para asegurar una tutela suficiente.

Obviamente, frente a la denegación del recurso de alzada cabe interponer recurso contencioso-administrativo. Sin embargo y, aun en el caso de que este recurso fuera favorable a los intereses del administrado, su repercusión práctica aparece mermada, por las dificultades para mantener una comunicación entre el interesado, que está en su país, y el letrado que dirige el proceso en España.

2.5. Cuestiones necesitadas de especial análisis

2.5.1. Forma de iniciación del procedimiento

Según la forma de proceder más habitual, los extranjeros retenidos por la policía en los puntos fronterizos de entrada a nuestro país son sometidos a un interrogatorio en las dependencias policiales en las instalaciones aeroportuarias, marítimas o terrestres. Este interrogatorio, que es el primero que se hace en territorio español, se lleva a cabo sin presencia de letrado. La razón de tal actuación quizá se encuentre, como mantiene la Dirección General de la Policía, en que el criterio seguido para concebir la participación de los abogados en los procedimientos de denegación de entrada y retorno está tomado conceptual-

mente de las declaraciones en los procesos penales. Este criterio no tiene en cuenta, en cambio, que el control de la inmigración en las fronteras es una materia de índole administrativa y no penal, de tal manera que la intervención de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado no se produce en la esfera de lo punitivo sino en la puramente administrativa.

Las cuestiones que se formulan a los inmigrantes responden a un patrón-tipo idéntico. En esta primera entrevista el inmigrante es interrogado sin tener en cuenta las circunstancias especiales que pudieran ser relevantes a los efectos de realizar una actuación más personalizada. Las respuestas a las preguntas que formula la policía se recogen en una nota. Esta nota inicial refleja las primeras impresiones de la policía acerca de los motivos de la estancia, la duración, los contactos (personales o familiares) que pudiera tener el inmigrante en nuestro país, etc. y es determinante de lo que pueda suceder más adelante en fases posteriores del procedimiento.

La cuestión central radica en que la nota manuscrita que refleja las primeras impresiones de la policía se pasa a otro funcionario. Sin embargo, los datos que obran en poder de la policía relativos a los motivos, duración de la estancia, recursos económicos, etc., así como los que debieran permitir identificar al funcionario actuante, no se comunican al letrado, que en una fase posterior ejerce los derechos de defensa, con lo que la eficacia de la asistencia letrada se reduce notablemente. Quiere decirse con ello que cuando la comparecencia del abogado se realiza con desconocimiento de estos datos, la igualdad en la defensa de los derechos no pasa de ser una ilusión, pues el funcionario se limita a comprobar si las contestaciones en presencia del letrado difieren de las de la primera entrevista, mientras que el letrado carece de los datos necesarios para defender adecuadamente al extranjero.

Como queda expuesto, hasta el momento de la formalización de la entrevista, la actividad policial se desarrolla principalmente como una vía fáctica. Los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía interrogan, verifican datos y los contrastan pero, por lo general, no queda constancia escrita o documental de estas actuaciones.

Algunos letrados han manifestado que la ausencia de abogado en la primera entrevista constituye un obstáculo para poder ejercer de manera correcta la defensa. La consecuencia de tal situación es que el papel del letrado, cuando empieza su intervención, queda limitado al tener severas limitaciones de todo lo actuado. El documento inicial en el que se recogen las primeras impresiones de la policía obtenidas en el filtro de entrada no se pone habitualmente a disposición de los letrados. El abogado asume el papel de mero testigo, puesto que desconoce el contenido de lo que sucedió en el primer contacto y, en concreto, las respuestas dadas por el extranjero. En caso de contradicción entre el testimonio de la primera entrevista y el de la celebrada en presencia del letrado, éste carece de toda posibilidad de defensa eficaz, pues tiene que reaccionar de forma instantánea ya que desconoce las respuestas dadas por el extranjero en la entrevista previa, o primer contacto.

Quizá la razón de tal proceder se encuentre en el mínimo valor formal o procedimental que posee o se atribuye a tal documento en la medida en que no forma parte del procedimiento administrativo. No cabe duda, sin embargo, de que la información contenida en ese documento tiene una gran importancia, por lo que sería conveniente que cualquier información previa de la que la policía disponga se pusiera a disposición de los letrados a fin de garantizar una defensa más eficaz de los intereses del extranjero que es asistido. En todo caso, sería muy positivo que tales impresiones se recogiesen en un documento del que se diera conocimiento al letrado y que contuviera toda la información recabada previamente.

En otro orden de consideraciones, uno de los problemas que plantea la ausencia de un trámite reglado de esta fase es que, en los ulteriores procesos judiciales que puedan entablarse, los órganos jurisdiccionales están obligados a tomar como referente el expediente administrativo en sentido técnico y no los datos obrantes con anterioridad a aquél. En este sentido, los jueces desconocen los hechos anteriores a la iniciación del procedimiento administrativo en sentido estricto.

Debe tenerse en cuenta, que la Administración tiene la facultad de efectuar comprobaciones previas a la apertura de expediente propiamente dicho (art. 69.2 de la Ley 30/1992), de modo que la presencia del letrado en esta fase previa no sería exigible. No obstante, hay que dejar sentado que ha de darse a la posibilidad de apertura de un periodo de «información previa» un carácter restrictivo, ya que eso no habilita a dilatar indefinidamente el momento de la iniciación del procedimiento, sino que tal procedimiento deberá abrirse con celeridad luego que de las primeras comprobaciones resulten dudas que aconsejen proseguir el expediente de denegación de entrada.

Para esta Institución el momento en que ha de entenderse iniciado el expediente no puede ser otro que aquel en que el funcionario de policía actuante en el filtro de entrada impide el acceso a territorio nacional del interesado, pues hasta ese momento se trata de una actuación de verificación de la policía de fronteras. A partir de ahí da comienzo propiamente el procedimiento que puede conducir a la denegación de entrada, procedimiento en el que está establecida la posibilidad de asistencia jurídica. Las actuaciones previas deberán documentarse debidamente pues de lo contrario su uso en el procedimiento resulta, cuando menos, discutible y puede llegar a vulnerar el «principio de igualdad de armas».

2.5.2. Determinación de la gratuidad de la asistencia letrada como criterio general en este trámite

Durante la jornada de trabajo desarrollada por esta Institución, con representantes de órganos administrativos competentes en materia de extranjería, se argumentó que podría resultar excesivo e incluso contradictorio ofrecer asisten-

cia jurídica gratuita a todo extranjero que intenta entrar en nuestro país por los puestos habilitados al efecto, con independencia de la causa o motivo de la entrada. Se abundaba en el hecho de que una persona que manifestaba venir a España de turismo, cabe presumir que dispone de medios suficientes para abonar los servicios de un abogado.

Sin embargo, hay que reparar en varios hechos que justifican la amplia interpretación que han efectuado las distintas comisiones de asistencia jurídica gratuita, para establecer la asistencia de oficio en el caso de las denegaciones de entrada.

En primer término, se trata de personas que se encuentran en puestos fronterizos sin poder acceder al territorio nacional en tanto no se aclare su situación. Por tanto, cualquier petición de justicia gratuita por los procedimientos habituales resultaría inviable. Hay que tener en cuenta que el trámite de designación precisaría de un tiempo mayor del que cabe emplear en el procedimiento para el que se designa al abogado. Dicho procedimiento de designación, si se quiere que sea mínimamente riguroso, requerirá de más tiempo que el que se tarda en instruir normalmente el propio procedimiento de denegación de entrada.

La situación de los extranjeros que se encuentran en estas condiciones, bajo custodia policial, es muy especial y requiere de una atención prioritaria, pues aun disponiendo de capacidad económica, el acceso a los recursos materiales necesarios para, en su caso, costear la asistencia de un abogado, se ve imposibilitado por la circunstancia de que en los puestos fronterizos habilitados el ciudadano extranjero tiene limitada su capacidad de movimientos y además no resulta fácil acceder a entidades financieras o a otros medios de pago.

Pero es que, además, aun disponiendo de dinero para costear su defensa, ordinariamente estas personas no conocerán letrados que puedan hacerse cargo de la misma, sobre todo si no tiene vínculos con nuestro país.

Asimismo este procedimiento se desarrolla, o debe desarrollarse al menos, con la mayor rapidez posible (art. 60.1 de la Ley de extranjería), por lo que el tiempo realmente disponible para buscar y designar un letrado es sumamente limitado.

El conjunto de estos argumentos abonan la conveniencia de efectuar, tal y como se viene haciendo, una interpretación amplia en el acceso al beneficio de asistencia jurídica gratuita para este procedimiento, pues de otra forma el proclamado derecho a tal asistencia se vería seriamente comprometido en la práctica.

2.5.3. Primer contacto del letrado con su asistido

Una vez iniciado el procedimiento, se trata ahora de determinar el alcance de la actuación del letrado con anterioridad al momento de la entrevista o

audiencia del interesado, asumiendo desde luego que el letrado debe ser convocado en el momento en que se produzca el inicio del procedimiento y no cuando tenga que desarrollarse la entrevista con el instructor.

Como punto de partida, ha de afirmarse la capacidad del letrado para acceder a los antecedentes del expediente de su asistido con anterioridad al momento de la celebración de la entrevista. Este acceso ha de entenderse permitido, dado que nos encontramos en un ámbito propiamente administrativo donde, por tanto, resulta aplicable el artículo 35 *a)* de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante Ley 30/1992).

Otro tanto debe decirse de la posibilidad de que el letrado y el cliente se entrevisten con anterioridad a la comparecencia ante el instructor del expediente de denegación de entrada. Tal posibilidad constituye un derecho que no está impedido por norma alguna y que deriva también del propio concepto de asistencia jurídica que implica una actuación de defensa de los legítimos intereses del asistido. Si el letrado desconoce la situación y características del extranjero, es evidente que no podrá llevar a cabo de forma adecuada su defensa. En este sentido, debe indicarse que en el ámbito penal, donde tradicionalmente se ha mantenido el principio de que únicamente era posible la entrevista reservada del letrado con su asistido una vez concluida la declaración policial, la reforma de la Ley de enjuiciamiento criminal efectuada por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, ha admitido en el artículo 797.1.3 en relación con el 775, la posibilidad de la entrevista previa, además de la posterior, entre abogado y defendido en los casos que deben sustanciarse a través de los llamados juicios rápidos.

Es posible que este primer contacto precise de la intervención de un intérprete, en cuyo caso el problema más frecuente reside en determinar si ha de ser la Administración o el colegio de abogados competente quien debe aportarlo, como parte de los servicios auxiliares a la prestación de la asistencia jurídica. A juicio de esta Institución, lo fundamental es dar prevalencia a la situación del interesado. Si éste puede acudir libremente a cualquier lugar, parece más lógico que los servicios de interpretación se organicen por el colegio. En este caso, y dado que la Administración está legalmente habilitada para establecer una interdicción de la libertad de un ciudadano, parece oportuno que el servicio de intérprete deba estar a su cargo, todo ello sin perjuicio de que el letrado recurra a otros medios (los colegiales u otros de su confianza). Uno de los aspectos que deben tenerse en cuenta en este primer contacto entre el letrado y un asistido, es el que se refiere a la obligación que tiene el primero de identificarse ante la persona a la que asiste. Sobre este particular el Código Deontológico de la Abogacía, aprobado en el Pleno del Consejo General de la Abogacía de 27 de septiembre de 2002, establece en su artículo 13, que «es obligación del abogado identificarse ante la persona a la que se asesora...». Esta obligación comprende también la entrega al asistido de aquellos datos profesionales del letrado que permitan a aquél la localización del abogado.

Desde luego todos los puestos fronterizos deben contar con salas en donde puedan llevarse a cabo estas entrevistas letrado-cliente en cualquier momento del procedimiento en condiciones de privacidad [15].

En otro orden de consideraciones, numerosos abogados, representantes de organizaciones no gubernamentales, jueces y fiscales consultados por esta Institución insisten en que los extranjeros asistidos por abogados en los puestos fronterizos en procedimientos de denegación de acceso al territorio nacional, suelen desconocer el papel que debe desempeñar el letrado e incluso no lo identifican claramente. En otros casos se percibe una cierta desconfianza porque entienden los extranjeros que se trata de un letrado «de la Policía». Ese mismo desconocimiento y desconfianza se produce también entre los familiares, a lo que se une ciertas reservas a la hora de que se comunique el nombre del letrado interviniente. En este sentido, parece necesario que el letrado se identifique ante su asistido y le proporcione los datos de contacto necesarios (nombre y número de teléfono, dirección profesional, etc.) a fin de que se entable una relación profesional desde el primer momento. Por otra parte, han surgido problemas en la determinación de la identidad y el interés legítimo de algunas personas que se ponen en contacto con los letrados o con las autoridades competentes diciendo ser familiares de los sujetos implicados en este tipo de procedimientos. Evidentemente, la resolución de esta cuestión exige en todo caso la acreditación del vínculo familiar que une a quien solicita la información con el extranjero; sin embargo, acaba siendo un obstáculo insalvable en estos casos la perentoriedad de los plazos que hace difícil acreditar tal extremo. En cualquier caso antes de facilitar algún tipo de información acerca del ciudadano extranjero al que ha asistido el letrado, éste deberá recabar el correspondiente consentimiento de su defendido.

2.5.4. Entrevista del ciudadano extranjero con el instructor

La entrevista con el instructor tiene una clara justificación práctica. Sólo por este procedimiento es posible cumplir en condiciones mínimamente aceptables con el mandato de celeridad que la ley establece para la denegación de entrada, al tiempo que se atiende en la mejor forma posible al carácter indagatorio que esa entrevista debe tener.

Se ha denunciado ante esta Institución que la práctica de estas entrevistas, allí donde se producen, relega a los letrados al papel de meros espectadores. Incluso, se ha señalado que en algunas ocasiones los instructores impiden a los letrados formular preguntas o aclaraciones. Esta Institución entiende que la

[15] En los últimos informes del Defensor del Pueblo, al tiempo que se daba cuenta de las visitas realizadas a distintos puestos fronterizos, se constataba la carencia en muchos casos de lugares idóneos para este fin. Este era el caso de las instalaciones del aeropuerto de Manises, del puerto de Valencia o de la frontera terrestre de Melilla.

labor del letrado en este ámbito debe ser considerada bajo el principio de favorecer la mayor libertad de acción. Ha de asumirse que si la norma de extranjería establece para estos supuestos la previsión de asistencia letrada es en consideración a la contundencia de las atribuciones de la Administración, además de la rapidez que se pretende que tenga el procedimiento. Sin embargo, esta práctica debería corregirse pues, de lo contrario, la asistencia letrada no cumpliría su finalidad, limitándose a un aspecto puramente formal (la comparecencia) que es insuficiente para entender satisfecho el contenido del derecho fundamental al que se pretende atender.

En cuanto al contenido de la entrevista, es frecuente la utilización masiva de cuestionarios preconfeccionados. Estos cuestionarios no facilitan que los entrevistados realicen acotaciones o matizaciones que pueden ser de gran importancia. En este sentido, algunos letrados han comunicado a la Oficina del Defensor del Pueblo su percepción de que la rutina que preside las entrevistas también constituye un elemento que dificulta la posibilidad de que los extranjeros se expresen con naturalidad y libertad.

Esta Institución considera que la presencia y actuación de los letrados en las entrevistas debe contribuir a generar un clima de libertad y confianza para que el ciudadano extranjero efectúe cuantas declaraciones estime oportunas para justificar los motivos de la visita [16].

De acuerdo con las consideraciones expuestas, la adecuada realización de la asistencia jurídica (tanto más cuanto la resolución no pone fin a la vía administrativa y, por ello, un eventual error de la Administración será difícilmente reparable) implica necesariamente conceder al letrado la facultad para:

— Formular preguntas que aclaren o completen las hechas por el instructor.
— Eventualmente, solicitar que se haga constar sus objeciones a alguna de las preguntas formuladas por el instructor.
— Aconsejar a su cliente que no responda a determinadas preguntas.

---

[16] En el Informe del año 2003, en varias ocasiones se han planteado conflictos en relación con la inexactitud de las manifestaciones formuladas en las entrevistas con la policía. A título de ejemplo puede citarse el caso de una ciudadana ecuatoriana que en el curso de la entrevista que mantuvo en el aeropuerto de Madrid-Barajas no aclaró suficientemente que estaba casada con un ciudadano de su misma nacionalidad que residía legalmente en España. Una vez acreditado ante esta Institución el vínculo matrimonial, así como la situación de residencia legal de su esposo, se apuntó al letrado actuante que debía presentar estos documentos en el puesto fronterizo para que se tomaran en consideración a los efectos de evitar la denegación de entrada en territorio español. En un primer momento, la decisión de los funcionarios policiales fue mantener la resolución denegatoria de la entrada e inadmitir la documentación presentada. Esto motivó que la Oficina del Defensor del Pueblo se dirigiera directamente al puesto fronterizo para informar de las concretas circunstancias concurrentes en el caso. Al mismo tiempo, tras una conversación telefónica mantenida por la interesada con los asesores de esta Institución, la ciudadana extranjera reconoció su estado civil e indicó que portaba su equipaje con un certificado de matrimonio. A la vista de todo ello, el puesto fronterizo revocó la resolución denegatoria de la entrada, permitiendo el acceso de la interesada a territorio español.

— Leer la declaración, particularmente si su asistido no sabe leer o no comprende el idioma castellano y formular las objeciones que estime oportunas, solicitando su incorporación al acta en caso de no ser asumidas.
— Asegurarse de que en el expediente se ha dejado copia de los documentos que juzgue necesarios para la mejor valoración de la situación del interesado y solicitar la inclusión de aquellos que no figuren en él.
— Solicitar que se recojan e incorporen al acta sus razonamientos jurídicos sobre lo dicho por su cliente o sobre los documentos aportados al mismo.

Obviamente, la entrevista debe ser recogida en un acta, que deben firmar todos los intervinientes, como una garantía material de lo dicho y para poder así hacerlo valer en ulteriores recursos. Esta Institución considera que, sin perjuicio del derecho de obtener copias de los documentos que obren en el expediente hasta ese momento, a demanda del letrado, debe proporcionársele copia de este acta tras la realización de la misma.

También puede el letrado interviniente solicitar de su cliente que le otorgue la oportuna representación, conforme a lo previsto en el artículo 32.3 de la Ley 30/1992, a fin de que el profesional pueda seguir la vía de recurso correspondiente.

2.5.5. Actuaciones del letrado hasta la resolución administrativa

A juicio de esta Institución y para garantizar el principio de contradicción que ha de presidir los procedimientos administrativos en esta materia, como recuerda el artículo 20.2 de la Ley de extranjería, debe asegurarse que el interesado y su letrado tengan acceso al informe propuesto que eleve el instructor al jefe de servicio del puesto fronterizo como resultado de todo lo actuado. Obviamente respecto de dicho informe cabe la posibilidad de presentar las alegaciones oportunas ante el funcionario facultado para adoptar la resolución antes de que se dicte la misma.

En atención a la situación jurídica del interesado y a la naturaleza del procedimiento, es claro que el letrado ha de poder entrar en contacto en todo momento con su asistido sin restricción alguna. Esto implica que se le debe franquear el paso al puesto fronterizo siempre que conste su designación para asistir a un extranjero. Tal acceso incluye, desde luego, la posibilidad de reunirse reservadamente con su asistido cuando lo estime oportuno, en la forma ya descrita. El acceso al expediente debe seguir igualmente los criterios ya expuestos en el punto 2.5.3.

La relación entre el abogado y su defendido resulta esencial de cara a lograr una asistencia jurídica eficaz. A estos efectos el artículo 4 del Código Deontológico de la Abogacía, establece que esa relación se basa en la confianza y exige del abogado una conducta profesional íntegra, que sea honrada, leal, veraz y

diligente. Para lograr todo eso, resulta esencial el trato personal y la entrevista reservada entre el letrado y el ciudadano extranjero al que asesora.

2.5.6. Obligaciones del letrado nacidas de la asistencia en este procedimiento

La intervención profesional del letrado en este ámbito lo es para prestar su asistencia jurídica en un concreto procedimiento administrativo que presenta unas características muy peculiares, tanto en lo referente a sus plazos, como a la situación jurídica en la que permanece el interesado, como a las vías de recurso.

Por el hecho de asumir la asistencia jurídica del interesado el letrado adquiere una serie de obligaciones que deberá cumplir en el momento que considere más oportuno, en función del desarrollo peculiar de cada procedimiento.

Tales obligaciones, en tanto no se modifique la normativa existente, según lo solicitado en este capítulo, cuando menos, han de comprender:

— Identificarse ante el asistido, proporcionándole los medios para permitir ulteriores contactos (teléfono, fax, correo electrónico, etcétera).
— Recabar del asistido los medios para localizarlo y notificarle el resultado de las actuaciones que lleve a cabo, informándole de la conveniencia de que en caso de que cambie de domicilio, número de teléfono, etc., se ponga esta circunstancia en conocimiento del letrado [17].
— Requerir información sobre si el interesado autoriza que se facilite información sobre su situación jurídica a terceras personas que entren en contacto con el letrado (familiares que se encuentren en España, entidades no gubernamentales, etcétera).
— Explicar al asistido cuál es su situación jurídica y el procedimiento que se está siguiendo.
— Transmitir al asistido información sobre los recursos que caben contra la decisión de denegación de entrada, tanto en vía administrativa como judicial, el alcance que una eventual decisión favorable puede tener para el interesado, así como su criterio jurídico sobre la prosperabilidad de los mismos en el caso analizado [18].

---

[17] Sería aconsejable que el letrado, al recabar toda esta información, comunicara a su asistido las posibilidades que recoge la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, en cuanto a la modificación, cancelación y cesión de los datos que facilite la persona que recibe la asistencia jurídica.

[18] Esta actuación podría quedar documentada en la denominada «hoja de encargo». Este documento serviría de referencia a la relación que mantendrían abogado y defendido, pudiendo contener el mismo tanto las directrices o deseos que exprese el ciudadano como los criterios jurídicos que considere el letrado.

2.5.7. Régimen de recursos

La resolución que acuerda la denegación de entrada no pone fin a la vía administrativa y puede ser recurrida en alzada ante la Dirección General de la Policía. El acceso a la vía judicial no es, pues inmediato, sino que debe aguardar hasta la resolución o, en su caso, desestimación por silencio del recurso de alzada.

A este respecto, procede analizar si esta situación se compadece adecuadamente con la naturaleza del procedimiento descrito. A juicio del Defensor del Pueblo, esta realidad no es acorde con la naturaleza del procedimiento, y en ello pesan diversas razones:

— En primer lugar, la medida adoptada por la Administración implica en este caso, como consecuencia del sistema de recursos, una decisión en la práctica inatacable.
— Por otra parte, la existencia de un recurso de alzada, sin someterlo a un plazo específico ni adoptar medidas que aseguren la virtualidad de una eventual decisión estimatoria, no casa adecuadamente con el procedimiento de denegación de entrada cuya consecuencia natural es el retorno, el cual deberá —conforme a lo previsto en el art. 60.1 de la Ley de extranjería— llevarse a efecto en el plazo más breve posible. La celeridad, que es una característica central de este procedimiento, se quiebra en lo que al recurso se refiere.
— La imposición de un recurso de alzada como vía previa al acceso a la jurisdicción dificulta aquí la posibilidad de que el interesado pueda ver de algún modo satisfecha íntegramente su petición. Así las cosas, en el momento en que se resuelve el recurso de alzada —aun cumpliendo el plazo de tres meses para la resolución establecido en el art. 115.2 de la Ley 30/1992— el ciudadano extranjero que pretendía acceder a España ya habría sido retornado a su punto de origen.

En la jornada de trabajo mantenida con jueces y fiscales se puso de manifiesto que en supuestos de rechazo en frontera y retorno lo habitual es que la resolución administrativa por la que se acuerda el rechazo sea objeto de recurso de alzada por los abogados y, tras la desestimación del recurso por el superior jerárquico, se presente recurso contencioso-administrativo.

La lentitud de los trámites que caracterizan este procedimiento se agrava, como se ha indicado, por la necesidad de agotar la vía administrativa previa antes de acudir a los tribunales. Si bien es cierto que éste es el proceder común o habitual en el ámbito contencioso-administrativo, en materia de inmigración y extranjería —o, en concreto, en supuestos como éste en los que se acuerda el retorno al país de procedencia u origen— la exigencia de presentar recurso de alzada antes de acudir a la vía jurisdiccional contencioso-administrativa constituye un retraso importante. Desde luego, la Ley 30/1992 permite la suspensión de la ejecutividad de los actos administrativos, incluso en los casos de interpo-

sición del recurso de alzada, de tal manera que en hipótesis podría conseguirse el fin perseguido. La práctica administrativa, sin embargo, se muestra contraria a acordar la suspensión de la ejecución de las órdenes de retorno, tal y como pusieron de manifiesto algunos letrados en la reunión celebrada en su día.

De todas formas, como han manifestado algunos jueces, en estos casos lo cuestionable no es sólo la exigencia de interponer el recurso de alzada previo a la vía judicial, sino la eficacia misma de cualquier tipo de recurso (administrativo o judicial), porque el sujeto afectado ya se encuentra fuera de nuestras fronteras, siendo en muchos casos imposible la notificación de la resolución judicial (definitiva o firme) puesto que se desconoce su domicilio.

Se produce, así, una paradoja de difícil solución, porque los abogados se ven en la obligación de recurrir resoluciones contrarias a los intereses de sus defendidos, mientras que, por otro lado, los recursos —y su tramitación— son ineficaces, dado que una vez que el interesado abandona territorio español se pierde el contacto con él, de manera que las autoridades españolas no disponen de medios para conocer su domicilio.

A fin de evitar los perniciosos efectos derivados de la no suspensión de la ejecutividad del rechazo en frontera y retorno, algunos abogados asimilan estos casos a las detenciones ilegales, para lo cual es fórmula habitual de protección acudir al procedimiento de hábeas corpus. Sin embargo, debe señalarse que la solución a este problema ni puede ni debe venir a través del procedimiento de hábeas corpus, ya que la situación de falta de libertad del afectado se encuentra perfectamente prevista por nuestro ordenamiento.

Teóricamente hay una fase en la que la ejecución de la orden de retorno puede suspenderse; durante este tiempo el extranjero no puede entrar en territorio español, pero tampoco es retornado a su país de origen hasta que se produce la revisión judicial del caso. La obligatoriedad de interponer recurso de alzada imposibilita de hecho la suspensión del acto administrativo recurrido, porque cuando el caso accede al tribunal el extranjero se encuentra fuera de España y, por lo tanto, ya no es posible acordar la suspensión del acto. La necesidad de agotar la vía administrativa previa del recurso de alzada constituye en estos casos un obstáculo insalvable para acceder a la jurisdicción, a la que se llega en un momento en que la solución ya no es efectiva.

El resultado de este análisis permite afirmar que tal estado de cosas supone un freno real para el acceso a la tutela judicial, que no asume adecuadamente el mandato de efectividad del artículo 24.1 de la Constitución, cuando afirma el derecho de toda persona a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos.

Para el Defensor del Pueblo es evidente que debe encontrarse una vía que facilite el acceso de los extranjeros que son objeto de denegación de entrada a la revisión judicial, lo cual podría hacerse explorando algunas de estas vías:

— Establecer que la resolución de denegación de entrada ponga fin a la vía administrativa y frente a ella quepa recurso judicial preferente y urgente ante los juzgados de lo contencioso-administrativo. La asunción de esta posibilidad se vería acaso facilitada si la resolución de las denegaciones se residenciara en los delegados y subdelegados del Gobierno. En todo caso la decisión judicial deberá producirse encontrándose en el puesto fronterizo la persona afectada. Todo ello implica un cambio sustancial en el procedimiento, el cual deberá determinar como condición necesaria una duración máxima del procedimiento administrativo, una duración máxima para el procedimiento judicial, la suspensión del retorno hasta tanto se resuelva el mismo, y la previsión de que la no resolución en plazo de ese procedimiento supondrá la entrada del ciudadano extranjero en nuestro país. Por supuesto todo ello deberá implicar el establecimiento de un sistema de guardias en la jurisdicción contencioso-administrativa.
— Mantener el sistema actual, pero estableciendo un plazo mucho más reducido para la tramitación del recurso de alzada (por ejemplo, veinticuatro horas), complementado con una previsión de permanencia del interesado en las instalaciones del puesto fronterizo entre tanto se resuelve el recurso. También en esta vía podría desconcentrarse la resolución de recursos en las delegaciones y subdelegaciones del Gobierno como una forma de descongestionar la carga de la Dirección General de la Policía.

2.5.8. Previsiones del letrado respecto a la necesidad de tener que iniciar alguna actuación en la vía jurisdiccional

En el supuesto que se viene tratando el letrado que interviene asesorando al ciudadano extranjero tiene que tener en cuenta que, caso de agotar la vía administrativa sin lograr que esa persona pueda entrar en territorio español, es posible que se vea en la necesidad de tener que interponer la correspondiente demanda contencioso-administrativa. De ser ello así esa demanda se presentaría ante la jurisdicción contencioso-administrativa cuando el interesado se encuentra ya en su país. A estos efectos debe tenerse en cuenta que, según el artículo 23 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, al actuar un órgano unipersonal, necesariamente se requiere ser asistido por abogado, pudiéndose además conferir su representación también a dicho profesional. En definitiva la rapidez de los plazos con la que puede producirse el retorno de esa persona y la consiguiente salida de nuestro país, hacen que el letrado que intervenga tenga que mantener una especial diligencia a la hora de preparar algún documento o actuación que posteriormente le permita ante la jurisdicción contenciosa poder defender los derechos de su asistido.

Según la información obtenida por esta Institución, en el caso concreto de la ciudad de Madrid, los juzgados de lo contencioso-administrativo [19], realizan una interpretación flexible de la necesidad de aportar un poder general a favor del letrado que firma la demanda y admiten ésta al comprobar, tras recibirse el expediente administrativo, que el letrado que asistió en la fase administrativa al ciudadano extranjero que fue retornado es el mismo que el que firma la demanda. Solamente así es posible en estos supuestos admitir a trámite la demanda, ya que de exigir la aportación de un poder general o, en su defecto, una designación *apud acta*, tal requisito sería de difícil cumplimiento al encontrarse el interesado en su país.

En relación con esta cuestión el XIV Encuentro de Abogados sobre Derecho de Extranjería, que se celebró en Córdoba en el año 2004, en su mesa número 1, reflejó como conclusión, que ante las dificultades para la acreditación de la representación, especialmente en el turno de oficio, debía bastar con la acreditación de la intervención en el expediente administrativo o el oficio por parte del colegio, acreditativo de la designación. Lo contrario, se afirmaba en esa conclusión, supondría una vulneración de un derecho fundamental.

Como puede observarse, tanto la opción que aplican los juzgados de lo contencioso-administrativo de la ciudad de Madrid como la conclusión elaborada por los abogados de extranjería, coinciden en lo sustancial. En los procedimientos judiciales derivados de una decisión administrativa en la que se deniega la entrada de una persona, no es admisible que se exija al letrado que aporte un poder general ni resulta posible realizar un apoderamiento *apud acta*, ya que el interesado no se encuentra en España. En este punto sería deseable que esa forma de actuar, en la que coincidan jueces y abogados tuviera un reflejo en nuestro ordenamiento pues de lo contrario pudiera presentarse algún caso en el que, interpretando en su literalidad el artículo 23 de la Ley 29/1998, se inadmitiera a trámite una demanda por faltar un requisito esencial del proceso.

En el fondo el problema gira en torno al requisito del poder general como presupuesto o condición necesaria para acreditar que un abogado o un procurador actúan en nombre de la persona a la que defienden o representan (art. 25 de la Ley de enjuiciamiento civil). La exigencia de ese poder responde a una tradición en nuestro Derecho y es hoy un requisito que prácticamente ha desaparecido en el resto de los países europeos. La relación entre un profesional (abogado y procurador) y su cliente, no precisa de cara a su acreditación de ese documento solemne, bastaría con un simple escrito en el que quedara constancia clara de la designación que a favor de un determinado abogado o procurador realiza un

---

[19] Según el Acuerdo adoptado por la junta de jueces de lo contencioso-administrativo, el 12 de mayo de 2004, apartado *e)* «en los supuestos de rechazo en frontera, podrá aceptarse que la representación del recurrente corresponda al letrado que le asista, y que dicha representación se acredite mediante escrito o indicación de designación en que expresamente se otorguen facultades de representación, todo ello atendidas las circunstancias que concurran en ese supuesto particular y con el mismo carácter de excepcionalidad que en los supuestos previstos en el apartado *d)*».

ciudadano, tal y como actualmente se contempla en la jurisdicción penal. En todo caso resultaría más útil y clarificador para la relación abogado-defendido la existencia de la denominada «hoja de encargo», como documento que plasmaría la asistencia jurídica que desea recibir la persona que solicita ese servicio y que, al mismo tiempo, recogería las condiciones y la línea de actuación que ofrece el abogado.

La exigencia del «poder general» es por tanto un elemento que puede perturbar en muchos casos el inicio del proceso y que sin embargo nada aporta como garantía al mismo. Además, en el caso concreto de la extranjería, puede llegar a convertirse en un elemento que impida o dificulte hasta niveles insospechados el acceso a la jurisdicción; piénsese, por ejemplo en el caso de un abogado designado personalmente por un ciudadano extranjero al que se le deniega el acceso a nuestro país y que una vez retornado pretendiera ejercitar la oportuna acción ante la jurisdicción contenciosa. En este caso no existiría ningún documento acreditativo de la designación de oficio, ni sería posible que otorgara un poder en España ni que compareciera para efectuar una designación *apud acta*.

A juicio del Defensor del Pueblo, con carácter general, y de manera especial en materia de extranjería, el «poder general» a favor del letrado debería sustituirse, por las razones expuestas, bien por el documento acreditativo de la designación de oficio, bien por un escrito en el que el interesado exprese el nombre del profesional que quiere que le defienda.

3. ASISTENCIA LETRADA EN LOS SUPUESTOS DE DEVOLUCIÓN

3.1. Precisiones terminológicas y conceptuales

Con carácter previo al análisis de la asistencia letrada en los supuestos de denegaciones de devolución, resulta imprescindible definir los conceptos jurídicos más usuales y comunes a fin de facilitar la comprensión del tema.

Contravención de la prohibición de entrada en España: Situación fáctica en la que un extranjero afectado por una resolución de expulsión que le prohíbe el acceso y permanencia en territorio español durante un tiempo determinado incumple o transgrede dicha prohibición. En estos casos procede acordar la devolución del extranjero, sin que sea preciso iniciar de nuevo los trámites de la expulsión [art. 58.2 *a)* de la Ley de extranjería]. El artículo 157.1 *a)* del Reglamento de extranjería precisa que esta prohibición puede ser consecuencia de una expulsión dictada por las autoridades españolas o por las de algunos de los Estados con los que España tenga suscritos convenios en ese sentido, lo que inequívocamente alude a los Acuerdos de Schengen. En este caso, el hecho de que se aplique la devolución en vez de la expulsión del territorio, debe desvincularse de cualquier elemento de conexión con la inmediatez de la entrada o

con el hecho de que la misma se haya visto frustrada por la actuación de la fuerza pública, pues, la devolución se configura aquí como una reacción de afirmación de la vigencia de la expulsión que pretende asegurar su eficacia.

Devolución: Resolución dictada por la autoridad gubernativa competente, subdelegados del Gobierno o delegados del Gobierno en las comunidades autónomas uniprovinciales en el caso de que un extranjero pretenda entrar ilegalmente en nuestro país o contravenga una prohibición de entrada en España. En este sentido, la devolución pretende paralizar la consumación o evitar la contravención del ordenamiento jurídico de extranjería, sin necesidad de incoar un expediente de expulsión. A diferencia de ésta, la devolución no es, en sentido jurídico-técnico, 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.

Resulta fundamental distinguir la devolución de la expulsión, lo cual no siempre es tarea sencilla, habida cuenta de que ambas figuras pueden perseguir idénticos fines: impedir la permanencia en España de quien ha accedido irregularmente a territorio español. En este sentido, tal y como ha señalado la Fiscalía General del Estado en su respuesta a la Consulta 1/2001, de 9 de mayo, «sobre retorno de extranjeros que pretenden entrar ilegalmente en España: alcance y límites», la elección de la medida a adoptar (devolución o expulsión) exige una valoración de las concretas circunstancias fácticas concurrentes.

Pretensión de entrada ilegal: Actuación de un extranjero que ponga de manifiesto su intención de acceder a territorio español por un lugar distinto de los puestos habilitados. Para que pueda considerarse que concurre esta circunstancia será necesario que el extranjero sea sorprendido en una actitud que evidencie de manera inequívoca la intención de acceder a territorio español en forma irregular. Por último, se requiere como elemento de carácter objetivo, que la actuación de las fuerzas y cuerpos de seguridad frustre esa pretensión en algún momento previo o inmediato a la entrada en territorio español. El artículo 157.1 *b)* del Reglamento de extranjería se refiere a la «pretensión» de entrada y no a la entrada ya efectuada, de modo que, como indica el precepto citado, la pretensión se aplica «a los extranjeros que sean interceptados en la frontera o en sus inmediaciones». No obstante, debe recordarse que el Tribunal Supremo anuló en 2003 [20] la previsión contenida en el artículo 138.1 *b)* del antiguo Reglamento de extranjería, aprobado por el Real Decreto 864/2001, que equiparaba a efectos de entrada ilegal a aquellos extranjeros que fueran interceptados en la frontera o en sus inmediaciones o incluso en el interior del territorio nacional en tránsito o en ruta. Cabe inferir de esto que la referencia a las inmediaciones de la frontera permite incluir no sólo la frontera terrestre sino también el mar territorial, pudiendo incluso encontrar amparo en la norma las actuaciones que se llevan a cabo en alta mar, fuera de la línea de la jurisdicción española.

[20] Sentencia de 20 de marzo de 2003 de la Sección Sexta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

3.2. Regulación normativa y operativa de la devolución

Según el artículo 58.2 de la Ley de extranjería, procede la devolución en dos casos: extranjeros expulsados que contravengan la prohibición de entrada en España y extranjeros que pretendan entrar ilegalmente en el país. Resulta criticable la falta de un procedimiento ad hoc suficientemente pautado, tanto en la Ley de extranjería como en su Reglamento, a pesar de la frecuencia con que se producen entradas irregulares en nuestro territorio.

Por otra parte, el artículo 16.1 *c)* del Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, alude a la posibilidad de ordenar la devolución de personas a las que resulte de aplicación este régimen. Esta devolución tiene un régimen procedimental propio (arts. 16 a 18 del Real Decreto 178/2003) y unas causas tasadas (razones de orden público, seguridad pública y salud pública).

En el caso de extranjeros no residentes legales expulsados por aplicación de los artículos 89 y 108 del Código Penal, esto es, extranjeros condenados en España a una pena privativa de libertad o a una medida de seguridad inferior a seis años, en caso de contravención de la prohibición de entrada (cuya duración en este caso será de diez años), se procederá de igual forma reiniciando el cómputo de plazo de prohibición.

El artículo 157.2 del Reglamento de extranjería prevé que cuando los extranjeros pretendan entrar ilegalmente en territorio español, las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado encargadas de la custodia de costas y fronteras que hayan interceptado a los extranjeros en la frontera o en sus inmediaciones, con el fin de que pueda procederse a su identificación y, en su caso, a su devolución, los conducirán a la mayor brevedad posible a la correspondiente comisaría del Cuerpo Nacional de Policía.

Según el artículo 58.5 de la Ley de extranjería, en la redacción dada por la Ley Orgánica 14/2003, cuando la devolución no se pueda ejecutar en el plazo de setenta y dos horas, se solicitará de la autoridad judicial la medida de internamiento prevista para los expedientes de expulsión. Es obvio, por lo demás, que el internamiento puede acordarse en los dos casos en que puede producirse la devolución, conforme a lo dispuesto en el artículo 58.2 de la Ley de extranjería.

El artículo 157.5 del Reglamento de extranjería establece que la ejecución de la devolución conllevará el reinicio del cómputo del plazo de la prohibición de entrada contravenida, cuando se hubiese adoptado en virtud de una orden de expulsión dictada por las autoridades españolas. En un segundo párrafo añadido como consecuencia de la reforma legal llevada a cabo con la Ley Orgánica 14/2003 (art. 58.6), toda devolución acordada sobre extranjeros sor-

prendidos mientras pretenden entrar ilegalmente en España conllevará una prohibición de entrada a territorio español por un plazo máximo de tres años. A este respecto debe repararse en que la decisión legal que establece de manera terminante una prohibición de entrada vinculada a la mera pretensión de entrada irregular, puede suponer una transmutación de la naturaleza jurídica de este tipo de devolución, convirtiéndola en una medida materialmente sancionadora.

En todo caso, asumiendo lo establecido en el Reglamento de extranjería, resulta criticable que una medida con efectos tan intensos en la esfera jurídica de los extranjeros como lo es el reinicio del cómputo del plazo, se lleve a cabo sin establecer, al mismo tiempo, un procedimiento que asegure la posibilidad de que el extranjero sea oído y se realice un expediente que respete el principio de contradicción. Sería deseable, en este sentido, establecer unas pautas normadas para garantizar la efectividad del procedimiento administrativo por el que se acuerda esta medida. Debe indicarse que esta cuestión está pendiente de ser resuelta por el Tribunal Constitucional, a consecuencia del recurso de inconstitucionalidad presentado por el Parlamento Vasco frente a diversos preceptos de la Ley Orgánica 14/2003.

En el supuesto de que se formalice una solicitud de asilo por quienes, habiendo sido expulsados, contravengan la prohibición de entrada en España o por quienes pretendan entrar ilegalmente en el país, 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 asilo. Tampoco podrán ser devueltas las mujeres embarazadas cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre (arts. 58.3 de la Ley de extranjería y 157.6 del Reglamento).

Siguiendo las reglas de impugnación de las actuaciones administrativas sujetas al Derecho administrativo, la resolución por la que se acuerda la devolución no agota la vía administrativa, sino que frente a ella cabe recurso de alzada ante el superior jerárquico del órgano que la dictó (disposición adicional 10.ª del Reglamento de extranjería). Frente a la resolución en alzada cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante los órganos jurisdiccionales de ese orden.

3.3. Magnitudes generales

Los últimos datos relativos a la entrada ilegal y a la prohibición de entrada arrojan los siguientes resultados:

DEVOLUCIONES POR PROVINCIAS Y CAUSAS DE INCOACIÓN

PROVINCIA	2003		2004	
	PRETENSIÓN ENTRADA IRREGULAR	CONTRAVENCIÓN PROHIBICIÓN ENTRADA	PRETENSIÓN ENTRADA IRREGULAR	CONTRAVENCIÓN PROHIBICIÓN ENTRADA
Álava	– –	2	– –	5
Albacete	3	1	1	3
Alicante	– –	8	4	8
Almería	894	24	2.000	54
Asturias	2	– –	– –	2
Ávila	– –	1	– –	– –
Badajoz	– –	1	4	4
Barcelona	581	34	847	77
Burgos	4	4	– –	2
Cáceres	– –	2	– –	1
Cádiz	5.985	11	2.774	15
Cantabria	– –	2	– –	5
Castellón	– –	– –	– –	– –
Ceuta	3.106	15	2.538	46
Ciudad Real	– –	6	1	6
Córdoba	2	2	– –	11
Coruña, A	– –	– –	1	4
Cuenca	– –	– –	– –	5
Girona	– –	4	– –	3
Granada	1.910	12	2.615	22
Guadalajara	2	9	3	4
Guipúzcoa	1	2	1	10
Huelva	1	1	8	3
Huesca	– –	2	– –	7
Jaén	123	1	– –	– –
Illes Balears	1	2	9	3

DEVOLUCIONES POR PROVINCIAS Y CAUSAS DE INCOACIÓN *(Cont.)*

PROVINCIA	2003		2004	
	PRETENSIÓN ENTRADA IRREGULAR	CONTRAVENCIÓN PROHIBICIÓN ENTRADA	PRETENSIÓN ENTRADA IRREGULAR	CONTRAVENCIÓN PROHIBICIÓN ENTRADA
León	– –	1	– –	– –
Lugo	– –	– –	– –	1
Lleida	– –	– –	1	1
Madrid	93	5	182	24
Málaga	447	33	495	52
Melilla	1	199	93	481
Murcia	– –	8	– –	33
Navarra	2	1	– –	1
Palmas, Las	1	15	489	33
Pontevedra	3	1	1	2
Rioja, La	– –	10	– –	11
Salamanca	– –	4	– –	2
Santa Cruz de Tenerife	8	27	16	25
Segovia	– –	1	– –	2
Sevilla	1	– –	4	3
Soria	– –	2	– –	1
Tarragona	3	4	5	4
Toledo	– –	5	– –	4
Valencia	16	16	16	32
Valladolid	– –	5	– –	5
Vizcaya	1	2	3	3
Zamora	– –	– –	– –	1
Zaragoza	6	2	4	– –
Totales	**13.197**	**487**	**12.115**	**1.021**

Fuente: Comisaría General de Extranjería y Documentación.

En el año 2004 se registraron 1.082 devoluciones menos por entrada irregular que en 2003 mientras que las devoluciones por contravención de prohibición de entrada aumentaron considerablemente, llegando casi a triplicarse en 2004.

Llama la atención la existencia de una cifra apreciable de expedientes de devolución por pretensión de entrada irregular, incoados en provincias que no

están situadas junto a límites fronterizos. Ese es el caso de Jaén, que en el año 2003 incoaron 93 de estos expedientes. Un análisis más detallado permite comprobar que todos los expedientes se instruyeron por las plantillas policiales de esa provincia hasta el mes de junio, por lo que es plausible pensar que se trataba de devoluciones instruidas al amparo de la norma reglamentaria que permitía aplicar esta figura jurídica en lugar de la expulsión a los extranjeros que fueran sorprendidos en el interior del territorio nacional, en tránsito o en ruta, pretendiendo entrar irregularmente [art. 138.1 *b)* del Reglamento de extranjería aprobado por el Real Decreto 864/2001]. El inciso alusivo a la posibilidad de interceptación en tránsito o en ruta fue declarado nulo por sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 20 de marzo de 2003. La publicación oficial del fallo de dicha sentencia se produjo en mayo de ese año [21], lo que concuerda con la fecha en la que dejan de registrarse.

Menos explicable resultan los datos referidos a otras provincias con la misma situación geográfica, a partir de mediados del 2003 y todo el año 2004 (por ejemplo, Albacete, Ciudad Real, Guadalajara y, sobre todo, Barcelona y Madrid [22]). Las únicas explicaciones razonables para estos datos son la existencia de errores de cómputo o una utilización inadecuada del procedimiento.

Si nos detenemos en las devoluciones por entradas irregulares en ambos años, agosto y septiembre son los meses en los que se produjeron el mayor número aunque en 2004 las devoluciones en septiembre disminuyeron en un 7 por 100 con respecto a la cifra registrada en el mismo mes del año anterior. Es preciso señalar que las provincias en las que se producen los mayores índices de devoluciones son las andaluzas, con Cádiz y Granada a la cabeza, además de Ceuta. En ambos años Cádiz y Ceuta son las provincias que registran más devoluciones.

Es igualmente significativo que en Almería y Granada, las devoluciones aumentasen respectivamente en 2004, de 1.910 a 2.615, y de 894 a 2.000 —principalmente en agosto— a pesar de que en términos totales en ese año en España disminuyó el número total de devoluciones por entradas irregulares.

En la península, exceptuando las provincias andaluzas, Barcelona es la provincia con el mayor número de devoluciones en ambos años. Por último, es destacable que en Las Palmas se registrara en 2003 una devolución, y al año siguiente 489.

El incremento de las devoluciones por pretensión de entrada irregular puede deberse a la aplicación de esta figura exclusivamente a nacionales de Marruecos o de otros países con los que pueda ejecutarse una devolución con carácter

---

[21] Concretamente en el *BOE* núm. 117, de 16 de mayo de 2003.

[22] El caso de Madrid es particularmente extraño, puesto que comienza a registrar expedientes de devolución por pretensión de entrada irregular en octubre de 2003. En el año 2004, la práctica totalidad de la cifra ofrecida se concentra en el mes de noviembre.

inmediato, mientras que a las demás personas se les estaría abriendo expedientes de expulsión [23].

Como hemos señalado anteriormente, las devoluciones por contravención a la prohibición de entrada aumentan considerablemente en 2004, siendo Melilla la ciudad con el mayor número, 199 en 2003 y 481 en 2004. El número de devoluciones por meses se mantiene relativamente constante en los meses estivales. A Melilla le sigue Barcelona, Málaga y Ceuta.

En cuanto a las nacionalidades de las devoluciones por entrada irregular, en ambos años la mayoría corresponde a nacionales marroquíes, un 94 por 100 en 2003 y un 86 por 100 en 2004. El segundo grupo estaría compuesto en 2003 por ciudadanos ecuatorianos mientras en 2004 el segundo puesto lo ocupan los ciudadanos nigerianos. Es muy significativo el descenso de ciudadanos ecuatorianos, de 168 en 2003 a 15 en 2004 y el aumento de ciudadanos nigerianos, de 9 en 2003 a 348 en el año siguiente. También la nacionalidad marroquí es la que encabeza las devoluciones por prohibición de entrada con un 65 por 100 en 2003 y un 75 por 100 en 2004. El segundo lugar lo ocupan los nacionales de Rumanía: 12 por 100 en 2003 y 7,5 por 100 en 2004.

Estos datos pueden completarse con los publicados a comienzos del año 2005 por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales [24] relativos a la entrada por pateras, la situación que lógicamente debería dar lugar al mayor número de expedientes de devolución.

TOTAL TERRITORIO ESPAÑOL

	2003	2004	VARIACIÓN ABSOLUTA	VARIACIÓN PORCENTUAL
Embarcaciones	942	740	−202	−21
Ocupantes detenidos	19.176	15.675	−3.501	−18
Responsables embarcaciones detenidos	225	283	58	26
Naufragios	13	14	1	8
Cadáveres	101	81	−20	−20
Personas rescatadas	406	339	−67	−17
Personas desaparecidas	109	60	−49	−45

[23] Debe advertirse que el número de personas detenidas por intentos de entrada en patera en la provincia de Las Palmas, ascendió en los dos años que se están analizando, según los datos oficiales disponibles, a 17.632 personas. Ha de consignarse, no obstante, que la suma de los datos oficiales ofrecidos sobre las dos provincias canarias en el desglose provincial no cuadra con los datos globales por zona de llegada.

[24] http://extranjero.mtas.es/es/general/PATERAS_2003 Y 2004-2004.pdf.

DATOS POR ZONA DE LLEGADA

ISLAS CANARIAS	2003	2004	VARIACIÓN ABSOLUTA	VARIACIÓN PORCENTUAL
Embarcaciones	579	294	−285	−49
Ocupantes detenidos	9.382	8.426	−956	−10
Responsables embarcaciones detenidos	207	124	−83	−40

ILLES BALEARS	2003	2004	VARIACIÓN ABSOLUTA	VARIACIÓN PORCETUAL
Embarcaciones	0	1	1	100
Ocupantes detenidos	0	4	4	100
Responsables embarcaciones detenidos	0	0	0	

LITORAL SUR PENINSULAR	2003	2004	VARIACIÓN ABSOLUTA	VARIACIÓN PORCENTUAL
Embarcaciones	363	445	82	23
Ocupantes detenidos	9.794	7.245	−2.549	−26
Responsables embarcaciones detenidos	18	159	141	783

EMBARCACIONES

PROVINCIAS	2003	2004	VARIACIÓN ABSOLUTA	VARIACIÓN PORCENTUAL
Cádiz	130	75	55	−42
Málaga	25	32	7	28
Almería	101	89	−12	−12
Granada	99	103	4	4
Ceuta	5	143	138	2.760
Melilla	1	2	1	100
Murcia	1	1	0	
Las Palmas	32	36	4	13
Lanzarote	145	17	−128	−88
Fuerteventura	390	239	−151	−39
Sta. Cruz de Tenerife	13	2	−11	−85
Ibiza	0	1	1	100
TOTAL	**942**	**740**	**−202**	**−21**

OCUPANTES DETENIDOS

PROVINCIAS	2003	2004	VARIACIÓN ABSOLUTA	VARIACIÓN PORCENTUAL
Cádiz	5.035	1.295	−3.740	−74
Málaga	428	686	258	60
Almería	2.143	2.241	98	5
Granada	2.105	2.745	640	30
Ceuta	63	268	205	325
Melilla	10	8	−2	−20
Murcia	4	2	−2	−50
Las Palmas	180	373	193	107
Lanzarote	1.913	469	−1.344	−74
Fuerteventura	7.227	7.470	242	3
Santa Cruz de Tenerife	168	114	−54	−32
Ibiza	0	4	4	100
TOTAL	**19.176**	**15.675**	**−3.501**	**−18**

Si se examinan los datos sobre acceso irregular por las costas con las cifras provinciales de instrucción de expedientes de devolución se observa que guardan una relación coherente en la mayoría de los casos. La excepción está en las Islas Canarias, donde las devoluciones por pretensión de entrada irregular suponen en el año 2004, único relevante en esta provincia, el 5,88 por 100 de las entradas en patera. En Santa Cruz de Tenerife en 2003 el porcentaje de devoluciones en relación con las entradas irregulares por la costa fue de un 4,76 por 100, situándose al año siguiente en el 14 por 100, aunque todo ello está referido a cifras absolutas sin parangón con las de Las Palmas. Estos datos revelan la aplicación continuada de expedientes de expulsión a la mayor parte de ciudadanos que llegan en pateras, lo que presupone que la Administración actúa como si estuviera facultada para optar libremente por los procedimientos de devolución y expulsión.

En cuanto a las zonas de llegada, se observa que el número de embarcaciones [25] que alcanzan las costas canarias disminuyó en 2004 en casi la mitad (49 por 100) mientras las que llegan al sur de la península aumentaron en un 23 por 100. Además, si se repara en el número de embarcaciones en 2003 en Canarias

[25] Merece la pena destacar que los responsables de embarcaciones detenidos es muy superior en el Estrecho que en las Islas Canarias. En concreto, frente a la disminución en un 40 por 100 de éstos en Canarias, en el sur peninsular aumenta un 783 por 100. Este dato permite inferir que las embarcaciones que se dirigen a Canarias lo hacen sin patrón lo que obviamente incrementa el riesgo de la travesía.

y en el Estrecho, se observa que a las Islas Canarias llegan muchas más embarcaciones (578 frente a 363) pero el número de ocupantes detenidos es similar (9.382 frente a 9.794) lo que nos lleva a considerar que podría haber un alto número de desaparecidos en las Islas Canarias o que se trate de embarcaciones de menor tamaño [26].

Resulta de interés constatar que un gran número de los colegios de abogados consultados por esta Institución manifiestan que el procedimiento de devolución se utiliza muy poco. De igual modo, en algunos de los informes recibidos se transmiten dudas sobre la intervención del letrado, así como el alcance de la asistencia jurídica en este trámite [27].

3.4. Cuestiones necesitadas de especial análisis

3.4.1. Obligatoriedad de la asistencia jurídica en todas las devoluciones

En un primer momento, existieron algunas dudas sobre la obligatoriedad de esta asistencia. El artículo 20 de la Ley de extranjería, en su redacción original, dada por la Ley Orgánica 4/2000, reconocía a los extranjeros que se hallaran en España y que carecieran de recursos económicos suficientes el derecho a la asistencia jurídica gratuita en los supuestos de denegación de entrada, expulsión del territorio español y salida obligatoria del mismo. La referencia a la denegación de entrada o a la expulsión, unida al empleo de la expresión menos definida de «salida obligatoria», hizo deducir de contrario que la devolución, que no se encontraba expresamente aludida, no gozaba de ese derecho.

En todo caso, la Ley Orgánica 8/2000 vino a zanjar la cuestión al mencionar expresamente la devolución en el precepto, que pasó a numerarse como artículo 22. En consonancia con ello, el artículo 138.2 del Reglamento aprobado por

---

[26] El informe sobre la inmigración clandestina durante el año 2004 de la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía (Apdha) señala que 289 personas han muerto en el intento de llegar a costas españolas. Del análisis de las condiciones en las que se produce el siniestro, el mayor número de muertos se registra en los momentos iniciales cuando la embarcación sale de la costa, por lo tanto, se producen en las costas del Sahara y Marruecos (103 de los 289) y el segundo momento más peligroso parece ser, según esta Asociación, el de la interceptación de la embarcación en la operación de salvamento.

[27] Así en el informe del Colegio de Abogados de Murcia, consta: «Asistencia letrada en los casos de devolución: ¿se refiere a las diligencias abiertas en el Juzgado de Instrucción para la devolución del extranjero a su país? No tenemos control de los mismos, ya que para nosotros es un asunto penal más, en el caso de que den lugar a la intervención de Letrado».

También debe mencionarse lo consignado en el informe del Colegio de Abogados de Cantabria, donde se señala: «Concretamente en nuestra Comunidad Autónoma no han existido devoluciones, y de existir, aunque normalmente a los extranjeros que se encuentran en dicha situación se les informa de que, si es su deseo, pueden estar asistidos por letrados, lo cierto es que no es preceptiva dicha intervención en las mismas, ya que, no se tramita expediente alguno».

el Real Decreto 864/2001, refería el derecho de cualquier extranjero sometido a este trámite a la asistencia jurídica en condiciones de gratuidad, si no disponía de medios, «desde el momento inicial en que se proceda a su detención».

Las características de la devolución hacen inviable que pueda producirse con el extranjero en libertad, por lo que ya entonces el precepto venía a consagrar con alcance general por la vía práctica la asistencia jurídica para las devoluciones. Hay que tener en cuenta que desde el momento en que una persona que se encuentre en España es sometida a la custodia de los cuerpos y fuerzas de seguridad, su situación es la de detenido, con lo que debe prestársele asistencia jurídica.

Éste fue el criterio de esta Institución con ocasión de algunos casos que fueron denunciados en los que la asistencia letrada no se había prestado adecuadamente. Del máximo interés es, en este sentido, el caso de una ciudadana rumana respecto de la cual, en el curso de un procedimiento de devolución instruido en Ibiza por constar una orden de expulsión dictada por las autoridades alemanas, se pudo constatar que el letrado designado para asistirla de oficio no se presentó en la comisaría. Sin embargo, el informe requerido al Colegio de Abogados de Palma de Mallorca señalaba que el letrado de guardia declaró aquel día que no acudió a prestar asistencia por indicación de la propia comisaría de Policía. Con tales antecedentes, esta Institución remitió un recordatorio de deberes legales a la Comisaría de Ibiza y a la Delegación del Gobierno en Baleares en el que se les instaba a asegurar a la interesada el derecho a la asistencia letrada en el procedimiento de devolución a que estaba sometida. Una vez finalizada la investigación, se formuló una recomendación a la Delegación del Gobierno en Baleares, al objeto de que clarificara a las fuerzas y cuerpos de seguridad que el derecho de asistencia letrada rige tanto para procedimientos de expulsión como de devolución.

La configuración legal expuesta ha pasado sin novedad a la actual normativa (art. 153.3 del Reglamento). Incluso, cabe apreciar una mejora de la coherencia del sistema. Así el inciso 2.º del citado artículo dispone que en el supuesto de que los extranjeros pretendan entrar ilegalmente en territorio español por puestos no habilitados o cuando los extranjeros sean interceptados en la frontera o en sus inmediaciones, «las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado encargados de la custodia de costas y fronteras que hayan interceptado a los extranjeros que pretenden entrar ilegalmente en España, para que pueda procederse a su identificación y, en su caso, a su devolución, los conducirán con la mayor brevedad posible a la correspondiente comisaría del Cuerpo Nacional de Policía». Debe señalarse, asimismo, que en el párrafo 3.º se elimina toda alusión a la detención, lo que es técnica y materialmente correcto puesto que la asistencia deviene de la situación objetiva del extranjero que está siendo sometido a un determinado procedimiento con independencia del hecho de la detención.

El protocolo de actuación aprobado en el XIV Encuentro de Abogados sobre Derecho de Extranjería celebrado en Córdoba en el año 2004, refiere que en algunas ocasiones las fuerzas policiales interpretan que el sujeto que pretende

entrar en España por vía marítima en patera no se encuentra aún en territorio español en el momento de la comisión de la conducta susceptible de devolución y, por lo tanto, no le sería de aplicación el artículo 22.1 de la Ley de extranjería que exige que el extranjero se encuentre en España («los extranjeros que se hallen en España...»). Tal planteamiento, que responde a una interpretación excesivamente rígida del precepto que acoge la devolución, no parece del todo fundamentada, toda vez que la plataforma continental y el mar territorial son parte del espacio de aplicación del ordenamiento español, según las reglas más elementales del Derecho internacional público.

De todos modos, y acudiendo a argumentos de orden objetivo y material, la interpretación llevada a cabo por parte de algunos miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado debe también rechazarse puesto que, con independencia del lugar en donde se produzca la actuación tendente a abortar el intento de acceso, lo cierto es que cuando se inician los trámites de devolución el extranjero ha de encontrarse en España, en concreto en una comisaría de policía (art. 157.2 del Reglamento de la Ley de extranjería) y, por tanto, tiene derecho a la asistencia jurídica que por lo común habrá de ser gratuita dadas las circunstancias que concurren. Incluso en el supuesto de que la actuación se desarrollase en buques de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, tampoco podría admitirse la exclusión de la asistencia jurídica, dado que esas embarcaciones se consideran a los efectos de la normativa aplicable territorio español. La asistencia jurídica sólo resultará renunciable, en el supuesto de que la devolución pueda efectuarse sin que medie detención, lo que parece ciertamente difícil.

3.4.2. Actuación en los trámites de devolución

La devolución se concibe como una fórmula urgente, dirigida al mantenimiento del orden jurídico perturbado ante una entrada irregular en territorio español. Esta previsión jurídica se caracteriza por disponer de una vía que excepciona la regla general —la formalización de un expediente de expulsión—, pero esa regulación jurídica no puede ignorar las más elementales reglas de todo procedimiento administrativo, que ha de entenderse como un proceso contradictorio (art. 20.2 de la Ley de extranjería), gracias al cual se determina en cada caso la idoneidad o no de aplicar la medida de la devolución.

El primer argumento sobre el que se apoya esta consideración es la propia existencia de la previsión que reconoce la asistencia jurídica para estos supuestos, pues es notorio que no tendría ningún sentido que el legislador la hubiese establecido si la medida a adoptar fuera inexorable y no requiriera de una ponderación previa en cada caso. Por otra parte, la existencia de causas de suspensión implica también un segundo elemento que obliga a la individualización de cada devolución y a no considerar admisible el automatismo o la carencia de un mínimo de formalidades administrativas a la hora de acordarla.

3.4.2.1. Primeras actuaciones del letrado

Desde el momento de su designación, el letrado ha de tener pleno acceso al expediente, poniendo a estos efectos especial cuidado en comprobar si se han cumplido las garantías de la detención, así como que conste el momento, fecha y hora de la misma, a los efectos de asegurar un adecuado cómputo de los plazos. Es claro que, una vez reciba el encargo de la asistencia, su primera actuación debe ser la de comprobar si el asistido entiende adecuadamente el idioma español, requiriendo la presencia de un intérprete en el caso de que no sea así.

Acto seguido, deberá entrevistarse con su asistido de manera reservada. En el curso de esta entrevista el letrado deberá obtener la información que considere necesaria sobre la situación de su asistido, poniendo especial énfasis en conocer si concurre alguna de las causas que permitan plantear una petición de suspensión, conforme a lo previsto en el artículo 58.3 de la Ley de extranjería. A pesar de que este precepto sólo contempla dos supuestos (solicitud de asilo y mujeres embarazadas cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre), no puede desatenderse la existencia de otras situaciones merecedoras de protección, que hagan desaconsejable la práctica de la devolución.

Habida cuenta de lo taxativo del precepto, la mayor parte de los casos darán lugar a la formulación de una solicitud de asilo [28], aunque no sean propiamente casos de refugio, con vistas a lograr de la Administración la concesión de una medida amparada en los artículos 17.2 y 17.3 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, Reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición del Refugiado, desarrollada por los artículos 22.2, 31.3 y 31.4 (especialmente este último) del Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, que establece el Reglamento de aplicación de la Ley antedicha. Muy especial consideración merece a este respecto la posibilidad de invocar el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (prohibición de la tortura y de tratos inhumanos y degradantes), pudiéndose también invocar eventualmente el temor a una detención arbitraria (art. 5 del Convenio Europeo) por parte de un Estado distinto al de la propia nacionalidad.

3.4.2.2. Audiencia y trámites hasta la resolución

Considera esta Institución que la audiencia del interesado constituye una fase ineludible en el trámite de devolución. De entre las diversas formas en que podría articularse esta fase de audiencia, se estima que la más conveniente es optar por una comparecencia presencial del ciudadano extranjero debidamente asistido de letrado.

---

[28] El empleo de la solicitud de asilo como cláusula general de solicitud de protección, ha sido recogida por el artículo 2 del Reglamento CE núm. 343/2003, de 18 de febrero, del Consejo de la Unión.

A criterio de esta Institución, el letrado podrá en esta comparecencia formular las observaciones que estime oportunas, asegurarse de que en el expediente se ha dejado copia de los documentos que juzgue necesarios para la mejor valoración de la situación del interesado y solicitar la inclusión de aquellos que no figuren en él; en fin, solicitar que se recojan e incorporen al acta sus razonamientos jurídicos sobre lo dicho por su cliente o sobre los documentos aportados al mismo.

La correcta interpretación del principio de contradicción y la garantía del derecho de defensa, sin perjuicio de lo que pueda indicar en su momento el Tribunal Constitucional con motivo de la resolución del recurso de inconstitucionalidad presentado contra parte del articulado de la Ley Orgánica 14/2003, hace inevitable exigir que la devolución no pueda dictarse sin previa audiencia del interesado en la que se le permita manifestar lo que convenga a su derecho, así como la eventual existencia de causas que aconsejen suspender la devolución.

Verificada la comparecencia y elevada la propuesta de resolución el letrado podría hacer las alegaciones oportunas, pues solo de esta manera se garantiza en su plenitud el principio de contradicción y el derecho de defensa que ya se han aludido.

Parecen plenamente aplicables las obligaciones de información nacidas de la asistencia que se refirieron en el capítulo anterior, relativo a la denegación de entrada. En este sentido, el letrado podrá acceder libremente al expediente y podrá exigir que la entrevista quede recogida en un acta firmada por todos los intervinientes. Además, sin perjuicio del derecho a obtener copias de los documentos que obren en el expediente, el letrado podrá solicitar y obtener copia del acta. Asimismo, puede el letrado interviniente solicitar de su cliente que le otorgue la oportuna representación, conforme a lo previsto en el artículo 32.3 de la Ley 30/1992, a fin de que pueda interponer los recursos administrativos que, en defensa de los derechos del extranjero, resulten procedentes.

Al igual que se hizo constar en el apartado relativo a la denegación de entrada, conviene tener presente, desde el punto de vista del letrado, que en los casos de devolución, es posible que la persona asistida sea devuelta a su país y que, por lo tanto, sea difícil un contacto posterior entre el letrado y el asistido, por ello de cara al ejercicio futuro de acciones jurisdiccionales, el letrado deberá preparar algún documento o actuación que posteriormente le permita ante la jurisdicción contencioso-administrativa acreditar que es el abogado de quien dice defender (art. 23 de la Ley 29/1998).

Finalmente debe indicarse, con el fin de evitar reiteraciones, que la asistencia jurídica a prestar para el caso de que se considere necesario proceder al internamiento (art. 58.5 de la Ley de extranjería) del interesado debe efectuarse conforme a lo indicado en el correspondiente capítulo de este informe.

Es el caso de los extranjeros que son detectados en el territorio español mientras está en vigor una prohibición de entrada acordada en virtud de un procedimiento de expulsión resuelto por las autoridades españolas o, a tenor de lo indi-

cado por el artículo 157.1 *a)* del Reglamento de extranjería, por las de otro Estado con las que España tenga suscrito convenios estableciendo esta obligación.

Para este expediente resulta fundamental, especialmente en el caso de quebrantamiento de prohibiciones dictadas por otros Estados asegurar, que la persona sometida a este procedimiento es la misma contra la que se ha dictado la prohibición. Ello requiere consulta al sistema común de información de que se trata, habitualmente el Sistema de Información de Schengen (SIS [29]), el letrado debe cerciorarse de que todos los datos de la consulta son concluyentes en cuanto a la identidad del interesado. Esto puede implicar la solicitud de datos complementarios a los Estados responsables de la inscripción.

En los casos de devolución por pretensión de entrada irregular, esta Institución considera que deben instruirse procedimientos de devolución y no de expulsión cuando se produzca una entrada ilegal en el territorio nacional, de tal forma que, acordada la devolución, si ésta no puede realizarse, procederá comunicar al interesado su obligación de salir del territorio español, dejándolo en libertad, siendo irrelevantes a estos efectos las dificultades de orden práctico derivadas de la ejecución material de la medida.

En este sentido, el informe sobre la problemática de la asistencia letrada en las fronteras exteriores españolas elaborado en junio de 2003 por la Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía, criticó la masiva tramitación en ciertos lugares (así, Las Palmas) de procedimientos de expulsión en supuestos claros donde procedía acordar la devolución.

Los efectos derivados de la utilización abusiva de los procedimientos de expulsión se agravan en el caso de los extranjeros subsaharianos debido a la dificultad o imposibilidad de identificar la nacionalidad del extranjero, razón por la que las autoridades optan por instruir y resolver una expulsión dado que piensan que una expulsión resultaría inejecutable [30]. No puede ocultarse, en este sentido, que la utilización de un procedimiento (expulsión) en lugar del que procede incoar (devolución) en razón de la nacionalidad, implica una discriminación que no encuentra justificación razonable.

Esta Institución ha de manifestar su oposición a este tipo de prácticas, que pervierten la distinción legal entre dos figuras de contenido y alcance radicalmente distinto, que no pueden ser consideradas como posibilidades de uso alternativo, según el arbitrio de la Administración. Las administraciones públi-

---

[29] Debe tenerse en cuenta a estos efectos lo dispuesto en los artículos 96.3, y 109 y siguientes del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985.

[30] Una posible explicación para comprender la actitud de las autoridades, estaba en que hasta la reforma de la Ley Orgánica 14/2003, la devolución por puesto no habilitado no generaba una prohibición de entrada, mientras que la expulsión sí. Ello no obstante esta Institución consideró que tal situación no justificaba el uso alternativo de ambas figuras y así lo hizo constar en una recomendación realizada a la Administración. Tras la modificación legal se ha observado que la Administración no ha variado sus criterios, especialmente en las Islas Canarias, no obstante haberse visto privada de la única justificación que existía.

cas carecen de la potestad de elegir entre la expulsión y la devolución. Son de hecho figuras distintas, con procedimientos distintos y con consecuencias diferenciadas, si bien esto último debe matizarse como consecuencia de la prohibición de entrada que se ha establecido para los casos de pretensión de entrada irregular que, puede alcanzar hasta un máximo de tres años.

3.4.2.3. Recursos

Con carácter general, frente a la resolución administrativa por la que se acuerda la devolución cabe interponer recurso de alzada y, en su caso, ulterior recurso contencioso-administrativo ante los órganos jurisdiccionales de este orden (disposición adicional 10.ª del Reglamento de extranjería).

A este respecto, es preciso diferenciar dos situaciones: aquellas que requieren protección internacional y aquellas ordinarias que no la requieren. Si se trata de una situación que requiere protección internacional, lo más prudente será iniciar los trámites del asilo, siguiéndose luego su propio régimen de recursos administrativos y jurisdiccionales.

En situaciones no amparables en una solicitud de protección, la eventual estimación de los recursos contra la resolución de devolución podría dar lugar tan sólo a la declaración de la improcedencia de la devolución —por ejemplo, por un error en la persona— en cuyo caso cabría reivindicar el reingreso del interesado en el territorio español, para lo cual sería vital mantener la línea de comunicación abogado-asistido. Para ello en la entrevista mantenida entre ambos es esencial la identificación del abogado y que éste recabe todos los datos posibles de su asistido para poder luego localizarle.

El efecto práctico principal de la estimación del recurso es el de anular la prohibición de entrada o el reinicio del cómputo que conlleva la devolución como medida accesoria. Evidentemente esta información también debe ser conocida por el destinatario. Así pues, la intervención letrada debe contar con autorización suficiente del interesado para, en su caso, instar la cancelación de las anotaciones informáticas que puedan existir, al menos en los ficheros españoles, ya que los de otros Estados se regirán en cuanto a su acceso por su ley específica que puede no contemplar esta posibilidad de representación.

Esta Institución considera que la designación para la asistencia en el trámite de devolución ha de extenderse, por aplicación del principio de coherencia y unidad de la actuación de defensa, al posterior contencioso-administrativo, caso de haberlo. Ello exige, en primer lugar, una actuación diligente del letrado que, si estima viable la eventual presentación del recurso, debe recabar autorización y encargo de su asistido durante sus entrevistas con él [31].

---

[31] Sobre este particular se da por reproducido el apartado II.2.5.8 relativo a «Las previsiones del letrado respecto de la necesidad de tener que iniciar alguna actuación en la vía jurisdiccional».

Por otra parte, carece de sentido en este caso el trámite de concesión de asistencia jurídica según los mecanismos de la Ley de asistencia jurídica gratuita, puesto que la situación del interesado y la celeridad de la expulsión impiden que se puedan valorar adecuadamente los recursos con los que cuenta y, en la duda, por virtud del principio *pro actione,* debe entenderse concedida la solicitud de asistencia jurídica gratuita, salvo que el letrado actuante aprecie signos evidentes de riqueza, en grado de notoriedad, en cuyo caso, obviamente, no procederá la concesión del beneficio.

4. ASISTENCIA LETRADA EN LOS SUPUESTOS DE EXPULSIÓN

4.1. Precisiones terminológicas y conceptuales

Los principales conceptos que deben tenerse en cuenta en este apartado son los tres que a continuación se indican.

Expulsión: Resolución sancionatoria dictada por la autoridad gubernativa competente (Subdelegado del Gobierno o Delegado del Gobierno en las comunidades autónomas uniprovinciales) o, en su caso, por la autoridad judicial, por la que se acuerda la salida forzosa de un extranjero del territorio español. La sanción administrativa de expulsión tiene carácter principal, lo que se manifiesta en la imposibilidad de imponer conjuntamente las sanciones de expulsión y multa. La resolución de expulsión lleva aparejada una prohibición de entrada en el territorio español, que se hace extensiva a los demás países del llamado Espacio Schengen, por un periodo de entre tres y diez años.

Procedimiento ordinario: Modalidad común o general de tramitación del procedimiento sancionador de expulsión en supuestos de comisión de infracciones graves o muy graves, o por haber sido condenado el ciudadano extranjero, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados.

Procedimiento preferente: Modalidad de tramitación del procedimiento sancionador prevista para una serie de supuestos contemplados en el artículo 63.1 de la Ley de extranjería. Se caracteriza principalmente por un sensible acortamiento de los plazos administrativos, por el carácter preclusivo de la fase de alegaciones y por la ejecutividad inmediata de la medida de repatriación que eventualmente pueda acordarse.

4.2. Regulación normativa

La expulsión constituye una sanción formalmente excepcional que puede imponerse en una serie de supuestos tasados. A efectos puramente expositivos, y en el ánimo de clarificar al máximo la cuestión, abordaremos en primer término las cuestiones sustantivas (la tipología y régimen jurídico de las distintas clases de expulsión) y luego las procedimentales.

Como cuestión preliminar hay que señalar que el Derecho primario de la Unión Europea ha establecido, en el artículo 63.3 *b)* del Tratado de la Comunidad Europea, la posibilidad de adoptar medidas respecto a la inmigración y a la residencia ilegales, incluida la repatriación de residentes irregulares. Al amparo de esta disposición se han adoptado ya una serie de normas, fundamentalmente directivas y decisiones, a algunas de las cuales se aludirá en el lugar que corresponda por razón de la materia.

4.2.1. Tipología

De acuerdo con las disposiciones del artículo 57 y concordantes de la Ley de extranjería, así como de los artículos 89 y 108 del Código Penal, las expulsiones pueden agruparse en torno a los tipos que a continuación se desarrollan.

4.2.1.1. Expulsiones gubernativas

Son aquellas que pueden acordarse como consecuencia de la comisión de infracciones de extranjería muy graves o de cinco de los supuestos considerados como graves. En concreto, las conductas que deben imputársele a un extranjero para que pueda adoptarse este tipo de expulsión son las siguientes:

— Participar en actividades contrarias a la seguridad exterior del Estado o que puedan perjudicar las relaciones de España con otros países, así como estar implicados en actividades contrarias al orden público previstas como graves o muy graves en la Ley sobre protección de la seguridad ciudadana (Ley Orgánica 1/1992).
— Inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro, individualmente o formando parte de una organización, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español, así como su permanencia en el mismo, siempre que el hecho no constituya delito [32].

[32] Sobre este tema han de tenerse en cuenta las disposiciones de la Directiva 2002/90/CE, del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, que define la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, y que contiene la definición de las infracciones correspondientes y de los

— Realizar conductas de discriminación por motivos raciales, étnicos, nacionales o religiosos, en los términos previstos en el artículo 23 de la Ley de extranjería, siempre que el hecho no constituya delito.
— Contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo la correspondiente autorización de trabajo.
— La comisión de una tercera infracción grave, siempre que en el año anterior el interesado hubiera sido sancionado por dos faltas graves de la misma naturaleza.
— Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, siempre que el interesado no hubiera solicitado la renovación dentro del plazo previsto reglamentariamente.
— Encontrarse trabajando en España sin haber obtenido autorización de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no se cuente con autorización de residencia válida.
— Incurrir en ocultación dolosa o falsedad grave en el cumplimiento de la obligación de poner en conocimiento del Ministerio del Interior los cambios que afecten a la nacionalidad, estado civil o domicilio.
— Incumplimiento de las medidas impuestas por razón de seguridad pública, sobre presentación periódica o alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente.

Las particularidades sobre la autorización judicial de la expulsión gubernativa en los casos de existencia de procedimientos penales en curso se establecen en el artículo 57.7 de la Ley de extranjería. A tenor de dicho precepto, cuando el extranjero se encuentre procesado o inculpado en un proceso judicial por delito o falta para el que la ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza y conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de expulsión, la autoridad gubernativa someterá al órgano jurisdiccional que, previa audiencia del Ministerio Fiscal, autorice en el más breve plazo posible —y, en todo caso, nunca más tarde de tres días— su expulsión. La norma presume que la solicitud deberá ser atendida, salvo que de forma motivada se aprecien circunstancias excepcionales que justifiquen su denegación. Si el extranjero se encuentra sujeto a varios procesos penales tramitados en diversos juzgados, y constan estos hechos acreditados en el expediente administrativo de expulsión, la autoridad gubernativa instará la autorización de todos ellos.

Sin perjuicio de lo dicho, el órgano jurisdiccional podrá autorizar, a instancia del interesado y previa audiencia al Ministerio Fiscal, la salida del extranjero del territorio nacional en la forma en que determina la Ley de enjuiciamiento criminal.

---

supuestos eximentes. Por otra parte, existe también una Decisión 2002/946/JAI, del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, que refuerza el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada a la circulación y a la estancia irregulares.

Las previsiones anteriores no son de aplicación para el caso de que se cometa alguno de los delitos tipificados en los artículos 312 (tráfico ilegal de mano de obra), 318 bis (delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros), 515.6.ª (asociación ilícita promotora del tráfico ilegal de personas), 517 (dirección o participación en asociaciones ilícitas) y 518 (cooperación con asociaciones ilícitas) del Código Penal [33].

4.2.1.2. Expulsiones gubernativas por comisión de delitos

El artículo 57.2 de la Ley de extranjería señala como causa de expulsión la condena del extranjero, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados.

Es importante señalar que el precepto no exige que el delito y la consecuente condena se hayan producido o impuesto en España, sino que pueden haberse producido en cualquier país. Lo relevante es, a estos efectos, únicamente que el delito esté tipificado en España como conducta dolosa y se prevea para él una pena superior a un año. Por tanto, si la sentencia fue dictada por una autoridad judicial extranjera, es posible que la pena efectivamente impuesta sea menor.

La excepción a esta regla se produce cuando los antecedentes penales hubieran sido cancelados por cualquier motivo. En todo caso debe tenerse en cuenta que en este supuesto la expulsión requiere de un expediente administrativo, en el que lógicamente se dejará constancia de la condena judicial, dado que, en definitiva, la expulsión se acuerda en ese expediente y no en el procedimiento judicial penal.

4.2.1.3. Expulsiones de extranjeros a los que resulta de aplicación el llamado régimen comunitario

Únicamente podrá ordenarse la expulsión del territorio español de los ciudadanos a los que les sea de aplicación el régimen comunitario cuando así lo impongan razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública (art. 16.1 del Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo). Así, por ejemplo, es posible acordar la expulsión cuando el ciudadano extranjero padezca dolencias o enfermedades que comporten la sujeción a período de cua-

[33] En estos supuestos el artículo 57.8 de la Ley de extranjería prevé que la expulsión se llevará a efecto una vez cumplida la pena privativa de libertad.

rentena, según lo dispuesto en el Reglamento Sanitario Internacional, si bien la expulsión no podrá decretarse cuando tales males se hayan contraído después de la expedición de la primera tarjeta o de haber residido en España durante más de un año (art. 16.4 y 5).

Estas expulsiones habrán de ser adoptadas con arreglo a lo dispuesto en la legislación de orden público y seguridad pública y en la Ley de extranjería [art. 16.2 *a)*], no podrán ser adoptadas con fines económicos [art. 16.2 *c)*], y deberán estar fundadas exclusivamente en el comportamiento personal de quien sea objeto de aquéllas [34] [art. 16.2 *d)*].

Estas expulsiones se apartan también de lo habitual en lo referente a la prohibición de entrada, ya que cabe la revocación de las mismas cuando dejen de subsistir las razones que justificaron su adopción, sin que el precepto someta esa revocación a plazo alguno [art. 16.2 *b)*]. Aquí, pues, la expulsión se concibe como una medida con vocación coyuntural.

Otra especificidad está en el plazo que ha de darse al interesado para abandonar el territorio nacional, que no será inferior a un mes, o a quince días si no ha sido titular de tarjeta.

4.2.1.4. Expulsiones judiciales sustitutivas de la pena o de una medida de seguridad

Los artículos 89 y 108 del Código Penal contemplan que el juez o tribunal acordará en sentencia la expulsión de un extranjero no residente legal en España, sustituyendo la pena privativa de libertad inferior a seis años o la medida de seguridad que le hubiera sido aplicable. Para que no se produzca esa decisión de expulsión, es necesaria previa audiencia del Ministerio Fiscal y que motivadamente el tribunal aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España, cuando se trate de pena privativa de libertad. Como puede apreciarse, de nuevo la ley parte del apriorismo de que la decisión natural a adoptar es la expulsión, hasta el punto de que llama la atención el hecho de que el único elemento al que la norma alude como causa para que el tribunal decida optar por el cumplimiento en el territorio nacional es intrínseco al hecho delictivo, sin contemplar la eventual existencia de situaciones de arraigo que conviertan la expulsión en una medida excesivamente gravosa, sobre todo en relación con la pena impuesta. Parece evidente que, en su aplicación judicial, esta norma presenta una especial necesidad de ser integrada con otras que también forman parte del ordenamiento, a fin de que

[34] A este respecto, debe tenerse en cuenta que una sentencia de la Sala Tercera (Sec. 4.ª) del Tribunal Supremo, de 9 de febrero de 2005, ha anulado el inciso «o de denegación de tarjetas» del apartado 2 del artículo 18 de este Reglamento, marcando aún más la excepcionalidad del procedimiento de expulsión para personas acogidas al ámbito comunitario.

puedan atenuarse los efectos adversos a los que puede dar lugar el empleo automático de la misma.

Si no se pudiera llevar a efecto, por cualquier causa, la sustitución de la pena o de la medida de seguridad por la expulsión acordada, se procederá a su cumplimiento. Si se ejecuta la expulsión, el extranjero no podrá regresar a España en un plazo de diez años contados desde la fecha de su expulsión [35]. Ese plazo empezará a computarse de nuevo si la persona expulsada quebranta la decisión judicial de expulsión y prohibición de entrada.

Respecto a la expulsión que se acuerda en los casos de penas privativas de libertad superiores a seis años, el artículo 89, en su párrafo 2, también contempla la posibilidad de acordar en sentencia la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legal en España en el caso de que acceda al tercer grado penitenciario o una vez que se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la condena, salvo que excepcionalmente y de forma motivada, se aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España [36].

Estas previsiones legales no son de aplicación a los extranjeros que hubieren sido condenados por la comisión de delitos a los que se refieren los artículos 312, 318 bis, 515.6, 517 y 518 del Código Penal.

4.2.2. Supuestos en los que no puede ser impuesta la sanción gubernativa de expulsión

Salvo en los casos de participación en actividades contrarias a la seguridad exterior del Estado o que puedan perjudicar las relaciones de España con otros países, de implicación en actividades contrarias al orden público previstas como graves en la Ley Orgánica 1/1992, o en el supuesto de reincidencia en la comisión, en el término de un año, de una infracción de la misma naturaleza sancionable con la expulsión, esta medida no podrá acordarse en los siguientes supuestos (art. 57.5 de la Ley de extranjería):

— Los nacidos en España que hayan residido legalmente en el territorio nacional en los últimos cinco años.
— Los que tengan reconocida la residencia permanente.
— Los que hayan sido españoles de origen y hubieran perdido la nacionalidad española.
— Los que sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo o enfer-

[35] El retorno no será posible mientras no haya prescrito la pena.
[36] Las previsiones sobre el periodo de prohibición de entrada, reinicio del cómputo en el caso de quebrantamiento y actuación en caso de que la expulsión no pueda ejecutarse son idénticas a las ya señaladas para penas menores de seis años.

medad profesional ocurridos en España, así como los que perciban una prestación contributiva por desempleo o sean beneficiarios de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción o reinserción social y laboral.

Tampoco pueden ser expulsados los cónyuges de los extranjeros, ascendientes e hijos menores o incapacitados a cargo del extranjero que se encuentre en alguna de las situaciones señaladas, siempre que hayan residido legalmente en España durante más de dos años; ni las mujeres embarazadas, cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre (art. 57.6 de la Ley de extranjería).

Sin perjuicio de lo anterior, la Institución actúa en casos en que ha apreciado que la sanción impuesta resultaba desproporcionada, tanto en lo referente a la expulsión cuanto a la prohibición de entrada que se dicta de forma accesoria [37].

---

[37] A título meramente ilustrativo, pueden señalarse dos ejemplos: en el Informe del año 2003, se daba cuenta de la queja planteada por una asociación de atención a los inmigrantes, en relación con una ciudadana extranjera que fue condenada por un delito contra la salud pública cometido en el año 2000. La Brigada Provincial de Extranjería y Documentación de Logroño formuló propuesta de expulsión contra la ciudadana extranjera por encontrarse irregularmente en territorio español y haber sido condenada a una pena privativa de libertad superior a un año. En la propuesta se indicaba que no se tenía conocimiento de que la expedientada tuviera familiares directos en España o cualquier otro tipo de arraigo en nuestro país. Asimismo, la propuesta de sanción preveía un periodo de prohibición de entrada de diez años. En el curso de la investigación iniciada a instancia del Defensor del Pueblo, quedó acreditado que la interesada estaba casada con un ciudadano extranjero con permiso renovado y que en España residían legalmente sus dos hijos menores de edad. Los informes sociales aportados a esta Institución indicaban que la integración de la familia en la sociedad española era satisfactoria. Esta Institución puso en conocimiento de la Delegación del Gobierno en La Rioja las circunstancias concurrentes en el caso, dado que existían indicios fundados de que las administraciones públicas no las habían tomado en cuenta en el curso del expediente administrativo que se había instruido. En relación con ese expediente, se indicaba a la Delegación del Gobierno que el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración debe ajustarse a criterios y principios de proporcionalidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55.3 de la Ley de extranjería. Según el criterio de esta Institución, estas premisas llevaban al análisis del expediente teniendo en cuenta tanto la gravedad del delito como la actitud y las circunstancias personales de la extranjera, así como su situación familiar, entre otros, la falta de antecedentes penales, la buena conducta observada durante el periodo de cumplimiento de la condena y la buena evolución apreciada durante el tercer grado penitenciario. Además, debía también tenerse en cuenta que la familia gozaba de una situación de arraigo y estabilidad en nuestro país. Esta Institución señaló a la Delegación del Gobierno la posibilidad de sancionar las infracciones graves y muy graves con una multa, criticando, en cuanto al fondo, la severidad del plazo de prohibición de entrada de diez años fijado en la propuesta de sanción, lo que generaría riesgos familiares de desestructuración y desarraigo, además de notables perjuicios para los dos hijos menores. Se formuló una sugerencia a la Delegación del Gobierno que fue atendida, modificando en el trámite de resolución la sanción de expulsión propuesta por la multa pecuniaria.

En otro asunto, relativo a un expediente abierto a un ciudadano chileno por estancia irregular, la prohibición de entrada había sido fijada por el instructor en siete años, lo que llamó la atención de esta Institución dado que el ciudadano extranjero había disfrutado de residencia legal en España con anterioridad. Puesta en marcha una investigación con la Subdelegación del Gobierno en Barcelona, ésta indicó que la propuesta del instructor se justificaba en que el ciudadano había sido detenido por ser considerado autor de un delito. El Defensor del Pueblo hizo patente su des-

4.2.3. Posibilidades de exención de responsabilidad administrativa para extranjeros en situación irregular

En primer término, ha de referirse que el artículo 59 de la Ley de extranjería permite la exoneración de responsabilidad administrativa y, por tanto, la no imposición de la sanción de expulsión, al extranjero que se encuentre irregularmente en España o trabajando sin autorización, por haber sido víctima, perjudicado o testigo de un acto de tráfico ilegal de seres humanos, inmigración ilegal, o de tráfico ilícito de mano de obra o de explotación en la prostitución abusando de su situación de necesidad, si denuncia a los autores o cooperadores de dicho tráfico, o coopera y colabora con los funcionarios policiales competentes en materia de extranjería, proporcionando datos esenciales o testificando, en su caso, en el correspondiente proceso contra los presuntos autores (apartado 1).

Una vez acordada la exención de responsabilidad administrativa en los casos señalados, es posible que se facilite al extranjero, a su elección, el retorno a su país de procedencia o la estancia y residencia en España, así como autorización de trabajo y facilidades para su integración social, de acuerdo con lo establecido en la propia Ley de extranjería (apartado 3). La concesión de esta documentación podrá ser revocada si el interesado cesa en su cooperación o colaboración con las autoridades policiales o judiciales durante el tiempo que dura el procedimiento (art. 117.1.2 *in fine* del Reglamento de extranjería).

En relación con este asunto, hay que referir que en el marco de la Unión Europea se promulgó la Directiva 2004/81/CE, del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes. El artículo 2 determina su ámbito de aplicación, al remitir para la definición de los conceptos de «acción de ayuda a la inmigración ilegal» y «trata de seres humanos» a la Directiva 2002/90/CE y a la Decisión marco 2002/629/JAI respectivamente. Las previsiones de la norma europea pautan un procedimiento para la expedición de los permisos de residencia, poniendo especialmente el acento en la necesidad de que se asegure a los eventuales beneficiarios una adecuada información previa [38] (art. 5), de modo que puedan adoptar la decisión libremente, tras un periodo de reflexión que debe estar previsto en la legislación nacional (art. 6). La Directiva establece un estatuto mínimo para las personas afectadas por esta situación durante el proceso de concesión del permiso y durante el disfrute del mismo. El permiso que configura la Directiva tiene carácter específico y a su expiración se aplicará la legislación

---

acuerdo con esta práctica, que estima contraria al principio constitucional de presunción de inocencia, puesto que deduce consecuencias negativas de una mera detención, sin que ninguna decisión judicial posterior hubiera confirmado la autoría y veracidad de los hechos imputados.

[38] Para facilitar esta información se permite, sin perjuicio de la obligación de las autoridades, que los Estados encomienden esa tarea a organizaciones no gubernamentales o a una asociación designada específicamente para esta labor.

ordinaria de extranjería (art. 13.2). La previsión de la Directiva es que las adaptaciones del Derecho interno en los Estados miembros se efectúen antes del 6 de agosto de 2006.

Volviendo a la legislación nacional de extranjería, hay que señalar que la Ley prevé, en el artículo 59.4, que cuando el Ministerio Fiscal tenga conocimiento de que un extranjero contra el que se ha dictado una orden de expulsión aparezca en un proceso penal como víctima, perjudicado o testigo, y considere imprescindible su presencia para la práctica de diligencias judiciales, lo pondrá de manifiesto a la autoridad gubernativa a fin de que se valore la inejecución de la orden de expulsión y, en caso de que ya se haya ejecutado (y, por tanto, el extranjero se encuentre fuera del territorio español), se intentará la autorización de su regreso a España durante el tiempo necesario para practicar las diligencias que sean precisas. No obstante, en este último supuesto, parece poco realista la posibilidad de obtener la colaboración de un ciudadano extranjero que ya ha sido repatriado —y que, por tanto, ha de volver por su propia voluntad—, si no se le ofrece algún incentivo a la colaboración, por lo cual la previsión de que se autorizará su permanencia únicamente «durante el tiempo necesario para poder practicar las diligencias precisas» resulta poco feliz.

En relación con la colaboración de ciudadanos extranjeros en la averiguación de delitos, el Defensor del Pueblo ha podido conocer por investigaciones realizadas a lo largo del año 2004, cómo personas extranjeras en situación irregular en España que han sido víctimas de delitos al acudir a las comisarías de policía a presentar la correspondiente denuncia se les permitía presentarla y seguidamente se iniciaba contra ellos el correspondiente expediente sancionador por estancia irregular, al amparo de lo previsto en el artículo 53 *a)* de la Ley de extranjería. Especialmente grave resulta esta práctica cuando el delito que se denuncia guarda relación con la violencia doméstica y la víctima precisa de ayuda y protección [39].

---

[39] En la investigación abierta la Dirección General de la Policía manifestó que, con carácter general, en todas las actuaciones que se llevan a cabo con mujeres que denuncian ser víctimas de violencia en el ámbito familiar no se efectúa distinción alguna por razón de la nacionalidad de la víctima o de su situación administrativa en nuestro país. Se insistía en que los casos por los que se interesaba esta Institución eran episódicos y que ante situaciones de concurrencia de infracciones penales y administrativas, la investigación de la infracción penal primaba sobre la incoación del procedimiento administrativo y, sobre ambos procedimientos, se otorgaba prioridad a la protección y atención a la víctima. En relación con esto, la propia Dirección General de la Policía manifestó su acuerdo con el hecho de que en el Reglamento de extranjería, entonces en preparación, se incorporase una previsión que eximiera de responsabilidad administrativa a las víctimas de delitos considerados graves, que repugnan particularmente la conciencia social y generan un sentimiento de solidaridad con las víctimas. No obstante advertía que, en su criterio, la adopción de esta medida debería rodearse de determinadas garantías para evitar un uso fraudulento. Tal previsión se ha plasmado en el artículo 46.3 del Reglamento de extranjería que desarrolla el procedimiento para que las víctimas de conductas violentas ejercidas en el entorno familiar puedan acogerse a una autorización temporal por circunstancias excepcionales si están en situación de irregularidad administrativa. La solicitud se presentará cuando se haya dictado una orden judicial de protección y la concesión se hará, en su caso, tras la sentencia condenatoria.

Con carácter general, esta práctica policial de iniciar expediente sancionador tras la denuncia trae como consecuencia que los extranjeros en situación irregular víctimas de delitos en muchos casos no acudan a presentar la denuncia por temor a ser expulsados de España. Paradójicamente el empeño en perseguir la conducta de menor gravedad —el ilícito administrativo— impide que las autoridades policiales puedan recibir información para prevenir y perseguir hechos delictivos que suponen claramente una conducta antijurídica de más gravedad [40]. Todo lo anterior motivó que en el año 2004 se remitiera una recomendación a la Dirección General de la Policía para que se impartiesen las instrucciones oportunas con objeto de que no se incoaran expedientes administrativos sancionadores al amparo de la Ley de extranjería a los extranjeros en situación irregular que acudieran a las comisarías de policía para denunciar haber sido víctimas de delito. La respuesta de la citada dirección no fue favorable a aceptar la recomendación que se le formuló. La Institución ha pedido a la Dirección General de la Policía que aclare su criterio de actuación, dadas las discrepancias que ha apreciado respecto de la posición mantenida en otros informes oficiales.

Con independencia de ello, el Defensor del Pueblo transmitió a la Secretaría de Estado la necesidad de que se desarrollasen las previsiones del artículo 31.3 de la Ley de extranjería relativas a la regularización individualizada de extranjeros por colaboración con la justicia. La Administración ha venido entendiendo que esta posibilidad sólo era aplicable a los supuestos contemplados en el artículo 59, cuya rúbrica alude a la «colaboración contra redes organizadas». Sin embargo, en opinión de esta Institución, la mención del artículo 31.3 de la citada Ley permitía que el Reglamento ampliase ese criterio, dando entrada a las posibilidades de autorizar la residencia en España de las personas que colaboren con la justicia o la Administración en la denuncia y persecución de otros delitos o, incluso, de los ya aludidos, pero en los que no se aprecie la actuación de una red organizada.

Conforme a lo recomendado por esta Institución a la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, el Reglamento de extranjería finalmente aprobado contempla de manera específica la posibilidad de concesión de una autorización de residencia por razones humanitarias a favor de los extranjeros víctimas de una serie de delitos, entre los que se encuentran los cometidos contra los derechos de los trabajadores, aquellos en los que se haya apreciado la circunstancia agravante de comisión por motivos discriminatorios, o los delitos por conductas

---

[40] Debe repararse en que las situaciones de marginalidad y riesgo social a las que se ven abocados en algunas ocasiones los extranjeros que permanecen en nuestro país en situación de irregularidad contribuyen a asegurar la impunidad de ciertos tipos de delitos —y particularmente de aquellos que se apoyan sobre una situación de desprotección material de la víctima—, o al menos dificultar su persecución. Ante esta situación y respecto de colectivos que, por falta de información, diferencias culturales o escasa adaptación a los hábitos mayoritarios en la sociedad española, pueden ser manipulados con mayor facilidad, interesa transmitir la idea de que las fuerzas y cuerpos policiales se ocupan preferentemente de perseguir delitos.

violentas en el entorno familiar. También se prevé, como cláusula general, la posibilidad de conceder autorización de residencia a las personas que colaboren con las autoridades administrativas, policiales, fiscales o judiciales.

4.2.4. Procedimientos

Desde el punto de vista procedimental, la tramitación de la expulsión depende del supuesto de hecho de que se trate, pudiendo distinguir, a estos efectos, dos modalidades distintas: la ordinaria y la preferente. Es posible, sin embargo, conectar, en ciertos casos, uno y otro procedimiento a través de unas normas de engarce previstas en la Ley y en el Reglamento de extranjería. Aunque el Reglamento sigue un orden distinto, pues regula en primer término el procedimiento ordinario, lo cierto es que el preferente es el más utilizado en la práctica, quizá por la amplitud de las cláusulas que permiten su iniciación. Por esta razón, se considera conveniente comenzar con la exposición del régimen jurídico aplicable al procedimiento preferente para luego abordar el análisis del ordinario.

4.2.4.1. Procedimiento preferente

La habilitación legal para el empleo del llamado procedimiento preferente se encuentra recogida en el artículo 63 de la Ley de extranjería, en cuyo apartado 1 se recogen, remitiéndose a los artículos 53 y 54 de la misma Ley, los supuestos que dan lugar a su iniciación:

— Participar en actividades contrarias a la seguridad exterior del Estado o que puedan perjudicar las relaciones de España con otros países, así como estar implicados en actividades contrarias al orden público previstas como graves o muy graves en la Ley Orgánica 1/1992.
— Inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro, individualmente o formando parte de una organización, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español o su permanencia en el mismo, siempre que el hecho no constituya delito.
— Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, siempre que el interesado no hubiera solicitado la renovación dentro del plazo previsto reglamentariamente.
— El incumplimiento de las medidas impuestas por razón de seguridad pública, de presentación periódica, de alejamiento de fronteras o de determinados núcleos de población.

El diseño del procedimiento preferente establecido en la Ley de extranjería (art. 63.2) es sumamente escueto, pero suficientemente ilustrativo de la celeridad que se pretende para la tramitación: «cuando de las investigaciones se deduzca la oportunidad de decidir la expulsión, se dará traslado de la propuesta motivada por escrito al interesado, para que alegue lo que considere adecuado en el plazo de cuarenta y ocho horas, advirtiéndole de las consecuencias de no hacerlo así». Para estos casos se señala expresamente que el extranjero tendrá derecho a la asistencia jurídica gratuita, incluida la asistencia de intérprete. Si el interesado o su representante no efectuasen alegaciones sobre el contenido de la propuesta, o si no se admitiesen —por improcedentes o innecesarias— de forma motivada por el instructor las pruebas propuestas, sin cambiar la calificación de los hechos, el acuerdo de iniciación del expediente será considerado como propuesta de resolución con remisión de la autoridad competente para resolver.

El procedimiento propiamente dicho se regula en los artículos 131 y 132 del Reglamento de extranjería, que añaden a la regulación básica de la Ley lo siguiente: si el instructor estimase la pertinencia de la realización de la prueba propuesta, ésta se realizará en el plazo máximo de tres días. Practicada la prueba, en su caso, el instructor formulará propuesta de resolución, que se notificará al interesado dándole trámite de audiencia en el que se le concederá un plazo de cuarenta y ocho horas para formular alegaciones y presentar los documentos que estime pertinentes, Transcurrido este plazo, se procederá a elevar propuesta de resolución, junto con el expediente administrativo, a la autoridad competente para resolver.

Durante la tramitación del expediente, el instructor podrá solicitar de forma motivada al juez de instrucción competente que disponga el ingreso del extranjero en un centro de internamiento. En caso de denegación de esta solicitud, el instructor podrá adoptar alguna de las siguientes medidas cautelares: retirada del pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad, presentación periódica ante el instructor del expediente administrativo o ante otra autoridad que éste determine en los días que, en atención a las circunstancias personales, familiares o sociales del expedientado, se considere aconsejable; podrá acordarse también la residencia obligatoria en lugar determinado.

La resolución se dictará de forma inmediata, deberá ser motivada y resolverá todas las cuestiones planteadas en el expediente. La ejecución de la orden de expulsión, una vez notificada al interesado, se efectuará de forma inmediata. Por supuesto, frente a la resolución cabe interponer los recursos administrativos y jurisdiccionales oportunos.

4.2.4.2. Conexión entre el procedimiento preferente y el ordinario

El artículo 63.3 de la Ley de extranjería establece una cláusula de conexión entre el procedimiento preferente y el ordinario en el supuesto de que el extran-

jero se encuentre irregularmente en territorio español, en los términos contemplados en el artículo 53 *a)* de la Ley, y acredite haber solicitado con anterioridad autorización de residencia temporal por situación de arraigo conforme a lo dispuesto en el artículo 31.3 de la propia norma. En tal caso el órgano encargado de tramitar la expulsión continuará con la misma, cuando proceda, por el procedimiento ordinario.

Esta cláusula se ve completada con lo previsto en el artículo 134 del Reglamento de extranjería, a cuyo tenor el instructor recabará informe de la autoridad competente sobre el estado de la tramitación de dicha solicitud, y en caso de que el interesado no reuniera, según el informe, los requisitos previstos para la obtención de la autorización de residencia, el instructor decidirá la continuación del expediente de expulsión y, en caso contrario, procederá a su archivo. Si entendiera procedente la prosecución del expediente, previo acuerdo dictado al efecto, continuará por los trámites del procedimiento ordinario.

En los informes remitidos por algunos colegios de abogados a esta Institución se señala que estas previsiones son desatendidas en ocasiones por las plantillas del Cuerpo Nacional de Policía. En concreto el Colegio de Abogados de Almería señala que se produce un desconocimiento sistemático de la misma.

4.2.4.3. Procedimiento ordinario

La iniciación del procedimiento ordinario precisa de la imputación al interesado de uno de los supuestos previstos en los párrafos *b)* y *c)* del artículo 53 de la Ley de extranjería, así como de cualquiera de las previsiones del artículo 54, a excepción de las previstas en las letras *a)* y *b)*, que siguen el procedimiento preferente. Junto a ello también está previsto el empleo de este procedimiento para proceder a la expulsión de los extranjeros que sean condenados, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con una pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados.

En cuanto al procedimiento propiamente dicho, con carácter general se exige que el documento por el que da comienzo tenga el contenido mínimo que se indica en el artículo 123.1 del Reglamento de extranjería: identificación del presunto responsable; indicación sucinta de los hechos que motivan la incoación del expediente, su posible calificación y las sanciones que pudieran corresponder; instructor y, en su caso, secretario del procedimiento; órgano competente para la resolución del expediente; indicación de que el presunto responsable puede reconocer voluntariamente su responsabilidad; medidas de carácter provisional que se hayan acordado; y, por último, indicación del derecho a formular alegaciones y a la audiencia del procedimiento y de los plazos para su ejercicio.

El acuerdo de iniciación se comunicará al instructor, dándole traslado de cuantas actuaciones existan al respecto, notificándolo a los interesados (art. 123.2) quienes dispondrán de un plazo de quince días para aportar y proponer cuantas alegaciones y pruebas estimen convenientes para la defensa de sus derechos (art. 124.1). El instructor realizará de oficio cuantas actuaciones resulten necesarias para el examen de los hechos y recabará datos e informaciones que resulten relevantes para la determinación de la responsabilidad a la que pueda haber lugar.

Recibidas las alegaciones o transcurrido el plazo de quince días, el instructor podrá acordar la apertura de un período de prueba de duración no inferior a diez días ni superior a treinta (art. 125.1), pudiendo recabar de cualquier Administración pública la información que estimase necesaria para el eficaz ejercicio de sus competencias (art. 126). Concluida la fase probatoria y de indagación, el instructor formulará propuesta de resolución, con especificación de los hechos que se consideren probados y su exacta calificación jurídica; en su caso, se determinará la infracción y los sujetos responsables. Asimismo, se indicarán las medidas provisionales que se hayan adoptado (art. 127). La propuesta de resolución se notificará a los interesados, acompañando los documentos que obren en el procedimiento para que puedan obtener las copias de los que estimen precisos. Se concederá un nuevo plazo de quince días para formular alegaciones y presentar los documentos e informaciones que estimen pertinentes ante el instructor (art. 128.1). La propuesta de resolución se cursará inmediatamente al órgano competente para resolver el procedimiento, junto a todos los documentos, alegaciones e informaciones que obren en el expediente (art. 128.3).

Antes de dictar la resolución, el órgano competente para ello podrá decidir motivadamente la realización de actuaciones complementarias que sean indispensables para resolver adecuadamente el procedimiento. La práctica de estas actuaciones no podrá prolongarse más de quince días (art. 129.1). La resolución que se dicte (para lo que hay un plazo de diez días desde la recepción de la propuesta de resolución) será motivada y resolverá todas las cuestiones que se planteen o que se deriven del procedimiento (art. 129.2). Asimismo se exige que la resolución incluya una referencia expresa a la valoración de las pruebas practicadas, especialmente de aquellas que constituyan los fundamentos básicos de la decisión (art. 129.4).

4.2.4.4. Comunicación interadministrativa y jurisdiccional

Los artículos 151 y 152 del Reglamento de extranjería establecen una serie de reglas dirigidas a facilitar el intercambio de información entre los distintos órganos administrativos competentes en materia de extranjería, así como entre éstos y los órganos judiciales que resuelven conflictos en la materia.

Según el artículo 151, la Dirección General de Inmigración, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y las áreas y dependencias provinciales de Trabajo y Asuntos Sociales darán cuenta a la autoridad gubernativa y a los servicios policiales correspondientes de las infracciones relativas a la entrada y permanencia de extranjeros en España de que tuvieran conocimiento. Del mismo modo, estas autoridades y servicios informarán a aquéllas de los hechos que pudieran resultar constitutivos de infracciones administrativas laborales. También el Ministerio Fiscal podrá informar a la autoridad gubernativa, a los pertinentes efectos, acerca de la situación de los extranjeros imputados en procesos penales por delitos menos graves que pudieran estar incursos en alguna de las causas de expulsión previstas legalmente. Por su parte, los directores de los establecimientos penitenciarios notificarán a las comisarías provinciales de policía, con tres meses de anticipación, las excarcelaciones de extranjeros que hubieran sido condenados por delito a los efectos de que se proceda a la expulsión. Finalmente el Registro Central de Penados y Rebeldes comunicará los antecedentes penales de los extranjeros que hayan sido condenados por delito doloso con pena superior a un año, a los efectos de que se proceda a la incoación del expediente de expulsión.

En cuanto a los órganos judiciales, el artículo 152 del Reglamento recuerda que éstos, conforme dispone la Ley Orgánica del Poder Judicial [41], comunicarán a la autoridad gubernativa la finalización de los procesos judiciales en los que concurra la comisión de infracciones administrativas a las normas sobre extranjería a los efectos de la posible iniciación de procedimientos sancionadores. Igualmente, y a los mismos efectos, comunicarán las condenas impuestas a extranjeros por delitos dolosos castigados con pena superior a un año. Por último, se comunicarán también las sentencias en las que acuerden la sustitución de las penas privativas de libertad o de las medidas de seguridad por la expulsión del territorio nacional de los extranjeros que no sean residentes legales.

4.2.4.5. Ejecución de la expulsión

Con carácter general, el artículo 64 de la Ley de extranjería establece que, una vez que se ha notificado la resolución de expulsión, el extranjero vendrá obligado a abandonar el territorio español en el plazo que se fije, que en ningún caso podrá ser inferior a setenta y dos horas, salvo que se trate del procedimiento preferente pues, en este caso, la expulsión habrá de ser «inmediata» (art. 63.4 de la Ley de extranjería).

[41] Tras la reforma verificada por medio de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre.

En caso de incumplimiento de la obligación de abandonar el territorio español, podrá procederse a la detención y conducción del extranjero hasta el puesto de salida por el que haya de hacerse efectiva la expulsión [42]. Si ésta no pudiera ejecutarse en el plazo de setenta y dos horas, podrá solicitarse una medida de internamiento de duración no superior a cuarenta días.

En cuanto a los costes de la ejecución, dispone el artículo 64.2 de la Ley que serán a cargo del extranjero, si tuviere medios económicos para ello. En otro caso, se comunicará al representante diplomático o consular de su país a los efectos oportunos. Si el extranjero dispusiera de medios económicos y asumiera el coste de la repatriación de manera voluntaria, el Delegado o Subdelegado del Gobierno podrá acordar su sustitución por la salida obligatoria si se encontrase en territorio español por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la autorización, siempre que no hubiera solicitado su renovación. Para admitir esta posibilidad deberán existir garantías suficientes o posibilidades para permitir la realización de la oportuna salida obligatoria prevista en el artículo 28.3 *c)* de la Ley de extranjería; será igualmente necesario que el extranjero esté sometido a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores (art. 141.8 del Reglamento de extranjería). La asunción de los costes de la repatriación voluntaria tiene indudables ventajas para quienes estén en condiciones de acogerse a ella, pues soslaya la anotación de la expulsión en los ficheros nacionales y del Espacio Schengen facilitando así un ulterior retorno en términos de regularidad. Por su parte, el artículo 141 del Reglamento de extranjería completa la regulación de la expulsión estableciendo los efectos (prohibición de entrada, extinción de las autorizaciones para residir y trabajar, etc.) derivados de su ejecución.

Si un extranjero fuera detenido y se hubiese comprobado que pesa sobre él una resolución de expulsión acordada por algún Estado miembro de la Unión Europea, se procederá inmediatamente a ejecutar dicha expulsión, sin necesidad de iniciar un nuevo expediente de expulsión (art. 64.3 de la Ley). En este caso, debe entenderse que se trata de decisiones administrativas acordadas pero no ejecutadas, puesto que lo oportuno sería en otro caso proceder a la devolución con reinicio del cómputo. Esta posibilidad constituye una manifestación más de la progresiva integración de la Unión Europea en este ámbito [art. 63.3 *b)* TCE] y atiende a las previsiones de la Directiva 2001/40/CE, del Consejo, de 28 de

---

[42] Para asegurar la ejecución forzosa de las expulsiones y abaratar sus costos, existe también una normativa común de la Unión Europea. Concretamente pueden citarse la Directiva 2003/110/CE, del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, sobre asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea y la Decisión 2004/573/CE, del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre organización de vuelos conjuntos para la expulsión, desde el territorio de dos o más Estados miembros, de nacionales de terceros Estados sobre los que hayan recaído resoluciones de expulsión. En esta Decisión se establece, como anexo, unas detalladas «Directrices comunes sobre las normas de seguridad en las expulsiones conjuntas por vía aérea» que determinen las más variadas cuestiones, como la cualificación de los escoltas, la presencia de personal médico e intérpretes, las medidas coercitivas, o la concertación de la eventual presentación mediática de la medida.

mayo de 2001, sobre reconocimiento mutuo de decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países [43].

Por otra parte, para el caso de las expulsiones en aquellos casos de extranjeros en situación irregular, respecto de los que se ha acordado judicialmente la sustitución de la pena o de la medida de seguridad impuesta en sentencia por la expulsión, la disposición adicional decimoséptima de la Ley Orgánica 19/2003, que modificó la Ley Orgánica del Poder Judicial, determina qué ejecución queda encomendada a la autoridad gubernativa, la cual deberá materializarla en el plazo más breve posible y, en todo caso, en los treinta días siguientes a la fecha de la sentencia, salvo que medie causa que lo impida. Entre tanto se lleva a cabo la expulsión la norma prevé igualmente que la sentencia que acuerde la sustitución dispondrá la ejecución de la pena privativa de libertad o de la medida de seguridad impuesta hasta tanto no se proceda a la materialización.

No pueden olvidarse, por último, las peculiaridades a tener en cuenta en el caso de personas con estatuto de apátrida (arts. 31 de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas y 18 del Reglamento que regula la obtención de dicho estatuto, aprobado por el Real Decreto 865/2001, de 20 de julio).

4.3. Magnitudes generales

Los datos que van proporcionando las diversas fuentes oficiales, especialmente el Instituto Nacional de Estadística y el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales sobre la presencia en España de ciudadanos extranjeros, indican que estas personas superan ya en su conjunto el 8 por 100 de la población que vive en territorio español [44]. No obstante, en opinión del Defensor del Pueblo, esa cifra no puede considerarse totalmente ajustada, dado que se ha puesto de manifiesto que los extranjeros en situación irregular se retraen con gran frecuencia de inscribirse en el padrón por diversos motivos (particularmente para evitar que la inscripción delatara su presencia a las autoridades de extranjería) o tienen dificultades para cumplir con ese trámite [45].

---

[43] Los términos de esta Directiva se completan con la Decisión 2004/191/CE, del Consejo, de 23 de febrero de 2004, que establece los criterios y modalidades prácticas para la compensación de los desequilibrios financieros resultantes de su aplicación.

[44] Según el avance del padrón elaborado por el INE a fecha de 1 de enero de 2005, la población de España ha crecido en 770.000 personas durante el año 2004. El aumento se debe principalmente a las más de 650.000 nuevas inscripciones de ciudadanos extranjeros. Como resultado en España se contabilizan 40,28 millones de personas de nacionalidad española y 3,69 millones de ciudadanos extranjeros.

[45] De hecho la Administración, en respuesta a una recomendación del Defensor del Pueblo, ha abierto vías para flexibilizar el empadronamiento de los inmigrantes en situación irregular que se establecía como uno de los requisitos para acceder al reciente proceso de normalización concluido el 7 de mayo de 2005.

Sobre esa base referencial, cabe ofrecer en primer término las cifras generales sobre expedientes de expulsión resueltos en los dos últimos años.

EXPULSIONES INCOADAS POR PROVINCIAS

PROVINCIAS	2003			2004		
	CON DETENCIÓN	SIN DETENCIÓN	TOTAL	CON DETENCIÓN	SIN DETENCIÓN	TOTAL
Álava	75	17	**92**	108	48	**156**
Albacete	348	1	**349**	397	0	**397**
Alicante	831	450	**1.281**	1.111	309	**1.420**
Almería	2.649	9	**2.658**	3.301	0	**3.301**
Asturias	309	54	**363**	432	32	**464**
Ávila	65	12	**77**	113	2	**115**
Badajoz	248	33	**281**	586	5	**591**
Barcelona	7.546	17	**7.563**	6.520	61	**6.581**
Burgos	199	66	**265**	253	9	**262**
Cáceres	80	6	**86**	171	18	**189**
Cádiz	1.628	11	**1.639**	955	1	**956**
Cantabria	205	157	**362**	291	82	**373**
Castellón	344	29	**373**	285	0	**285**
Ceuta	485	350	**835**	1.485	0	**1.485**
Ciudad Real	338	58	**396**	293	78	**371**
Córdoba	379	0	**379**	442	56	**498**
Coruña, A	94	669	**763**	320	656	**976**
Cuenca	30	48	**78**	54	47	**151**
Girona	79	152	**231**	133	230	**363**
Granada	366	189	**555**	472	255	**727**
Guadalajara	243	0	**243**	360	0	**360**
Guipúzcoa	466	6	**472**	745	16	**761**
Huelva	302	1	**303**	415	0	**415**
Huesca	117	1	**118**	162	2	**164**
Illes Balears	954	6	**961**	819	1	**820**
Jaén	456	28	**484**	668	16	**684**
León	262	2	**264**	323	16	**339**
Lugo	55	84	**139**	30	96	**126**

EXPULSIONES INCOADAS POR PROVINCIAS *(Cont.)*

PROVINCIAS	2003			2004		
	CON DETENCIÓN	SIN DETENCIÓN	TOTAL	CON DETENCIÓN	SIN DETENCIÓN	TOTAL
Lleida	28	83	**111**	11	94	**105**
Madrid	4.528	116	**4.644**	4.616	570	**5.186**
Málaga	1917	452	**2.369**	3.259	5	**3.261**
Melilla	767	1.012	**1.779**	353	1.367	**1.720**
Murcia	2.339	1	**2.340**	2.529	219	**2.748**
Navarra	261	0	**261**	338	13	**351**
Ourense	122	158	**280**	161	0	**161**
Palencia	157	36	**193**	137	74	**211**
Palmas, Las	7.965	53	**8.018**	6.370	3	**6.373**
Pontevedra	391	78	**469**	295	95	**390**
Rioja, La	449	52	**501**	597	7	**604**
Salamanca	142	247	**389**	201	160	**361**
Santa Cruz de Tenerife	501	654	**1.155**	638	657	**1.295**
Segovia	66	11	**77**	46	80	**126**
Sevilla	2.237	139	**2.376**	2.285	167	**2.452**
Soria	34	22	**56**	14	30	**44**
Tarragona	282	15	**297**	298	0	**298**
Teruel	163	2	**165**	161	0	**161**
Toledo	583	42	**625**	417	89	**506**
Valencia	1.210	33	**1.243**	1.863	0	**1853**
Valladolid	160	30	**190**	149	64	**213**
Vizcaya	349	34	**383**	287	23	**310**
Zamora	115	3	**118**	80	37	**117**
Zaragoza	228	735	**963**	864	266	**1.130**
TOTALES	**44.137**	**6.464**	**50.601**	**47.159**	**6.056**	**53.215**

Fuente: Comisaría General de Extranjería y Documentación.

Como puede verse, la variación más notable en el número de incoación está en las efectuadas con detención, lo que se considera un indicio claro que la inmensa mayoría de estas se han incoado por estancia irregular de acuerdo con el procedimiento preferente. De las expulsiones incoadas en el año 2003, el 87 por 100 fueron con detención. Las cinco provincias en las que se incoaron un

mayor número de expedientes fueron, por este orden, Las Palmas, Barcelona, Madrid, Almería y Sevilla. A fin de calibrar de algún modo la incidencia de estas actuaciones sobre el conjunto de la población extranjera se han cruzado estos datos con los de extranjeros empadronados en el año 2003. A este respecto se observa que las provincias con mayor número de empadronamientos no coinciden totalmente con las provincias con mayor número de expedientes de expulsión incoados. Sí aparecen Madrid y Barcelona, pero no el resto. En el caso de Las Palmas la explicación está en la aplicación masiva de expedientes de expulsión a los extranjeros que son sorprendidos intentando entrar por puesto no habilitado o directamente a bordo de una patera, cuestión que ya fue objeto de comentario en el capítulo precedente. Para explicar la posición de Almería y, en menor medida, Sevilla en lo que a la incoación de expedientes de expulsión con detención se refiere, hay que tener en cuenta la existencia de asentamientos de extranjeros en situación irregular, que pretenden acceder al empleo en explotaciones agrarias, en los que se aprecia un alto índice de movilidad derivado, por ejemplo, de la búsqueda de empleo en la recolección de cultivos estacionales.

La situación descrita en 2003 es similar a la que encontramos en el siguiente año. En 2004 el número de expulsiones incoadas con detención representa el 88,6 por 100 del total. La suma de las incoaciones en las primeras cinco provincias (Madrid, Las Palmas, Málaga, Almería y Murcia) representan el 51 por 100 del total. En general y respecto de 2003, las cifras disminuyen en términos absolutos en Barcelona y Las Palmas mientras aumentan significativamente en Madrid, Málaga y Almería.

El siguiente ámbito de interés se proyecta sobre las resoluciones dictadas por las diferentes delegaciones y subdelegaciones del Gobierno. También en este caso se dispone del desglose por provincias.

RESOLUCIONES DE EXPULSIÓN DICTADAS POR PROVINCIAS

PROVINCIAS	2003	2004
Álava	81	133
Albacete	345	372
Alicante	2.463	1.776
Almería	2.583	3.135
Asturias	306	469
Ávila	106	83
Badajoz	177	623
Barcelona	6.260	6. 570
Burgos	267	230
Cáceres	89	178
Cádiz	1.666	1.054

RESOLUCIONES DE EXPULSIÓN DICTADAS POR PROVINCIAS *(Cont.)*

PROVINCIAS	2003	2004
Cantabria	389	293
Castellón	289	231
Ceuta	646	1.425
Ciudad Real	374	422
Córdoba	346	426
Coruña, A	632	771
Cuenca	69	82
Girona	351	665
Granada	538	855
Guadalajara	159	297
Guipúzcoa	436	633
Huelva	282	348
Huesca	97	106
Illes Baleares	1.070	462
Jaén	343	521
León	255	289
Lugo	121	130
Lleida	126	162
Madrid	4.920	6.095
Málaga	2.398	1.674
Melilla	1.784	1.601
Murcia	3.180	4.420
Navarra	269	345
Ourense	213	158
Palencia	214	218
Palmas, Las	12.200	4.234
Pontevedra	385	348
Rioja, La	333	499
Salamanca	394	701
Santa Cruz de Tenerife	1.165	1.186
Segovia	75	133
Sevilla	1. 322	1.713

RESOLUCIONES DE EXPULSIÓN DICTADAS POR PROVINCIAS *(Cont.)*

PROVINCIAS	2003	2004
Soria	46	38
Tarragona	248	249
Teruel	140	148
Toledo	711	637
Valencia	1.464	2.083
Valladolid	155	182
Vizcaya	255	308
Zamora	60	120
Zaragoza	60	813
TOTALES	**53.747**	**50.644**

Fuente: Comisaría General de Extranjería y Documentación.

Como puede apreciarse, el número total de resoluciones de expulsión descendió en el año 2004 respecto del año precedente, aunque debe anotarse que ambos años están muy por encima de 38.783 que se resolvieron en el año 2002.

Si ponemos en relación el número de expulsiones dictadas con las incoadas en el mismo año, se aprecia que, en cifras globales, en el año 2003 el número de las expulsiones dictadas (53.747) es superior al de incoadas (50.601) lo cual puede obedecer únicamente a que en el primero de esos años se dictaron resoluciones en un número relevante de expedientes incoados en el año 2002. El fenómeno tiene especial incidencia en Las Palmas, que es la primera provincia en términos globales en número de expulsiones dictadas. Figuran incoados 8.018 expedientes y dictadas 12.200 resoluciones. A la vista de lo notable de la desviación, se ha analizado si las cifras de resoluciones eran particularmente altas en los meses iniciales del año 2003, lo que podría indicar que se corresponderían con incoaciones realizadas a finales del año 2002; sin embargo, los valores más elevados en las resoluciones dictadas corresponden a los meses de julio, octubre y noviembre. En estas circunstancias no se encuentra una explicación plausible para una situación, cuanto menos, extraña [46]. La segunda provincia con mayor número de expulsiones dictadas es Barcelona. Aquí sí se aprecia una relación de coherencia entre la cifra de resoluciones y la de incoaciones. En Madrid el número de expulsiones dictadas (4.920) es ligeramente superior al de incoadas (4.644), ahora bien esa diferencia es notablemente más reducida que

[46] Esta sensación se afianza al comprobar que el número de internamientos registrado en los tres centros existentes en la provincia en el año de referencia, se acerca mucho al de expedientes incoados con detención (7.907 internamientos para 7.965 expedientes).

en el caso de Las Palmas y encuentra una explicación en el hecho de que el número de las resoluciones dictadas en los primeros meses del año 2003 resulta elevado, respecto de los que pudieron incoarse en los meses finales del año anterior.

La situación global varía en el año 2004, puesto que el número de resoluciones de expulsión dictadas (50.644) es inferior al de expedientes incoados (53.215). Merece la pena destacar que en este caso la provincia de Las Palmas ofrece unos datos más comprensibles, puesto que el número de las resoluciones de expulsión dictadas es inferior al de incoadas, lo cual aumenta la perplejidad ante los datos del año anterior.

Por otro lado, un análisis más centrado en las cifras de expedientes resueltos con una orden de expulsión permite afinar algo más la imagen que ya ofrecía el cuadro de expedientes incoados respecto de la concentración de la actividad sancionadora en unas pocas provincias. De hecho, si se suman las cifras de las 10 provincias con mayor número de resoluciones emitidas en el año 2003 —por este orden: Las Palmas, Barcelona, Madrid, Murcia, Almería, Alicante, Málaga, Melilla, Cádiz y Valencia—, se obtiene el 72,41 por 100 de las resoluciones. En el año 2004 las mismas provincias continúan figurando en los 10 primeros puestos por cifras de resoluciones de expulsión, aunque desciende su incidencia en el conjunto hasta situarse en el 64,45 por 100. Se producen significativos cambios en el orden de estas provincias, el más notable el descenso de las resoluciones de la Subdelegación del Gobierno en Las Palmas, cuya cifra se reduce prácticamente a un tercio de la del año anterior, y los incrementos en Madrid y Valencia. Fuera ya de las provincias en las que los procedimientos de expulsiones tienen mayor incidencia, resulta interesante reseñar el descenso de resoluciones registradas en Baleares respecto de 2003, así como el aumento en Ceuta, que parece plausible vincular a la práctica de instruir este procedimiento a las personas que ven inadmitida a trámite sus solicitudes de asilo.

Una vez presentados los datos generales sobre la tramitación de los expedientes, hay que referirse a la eficacia ejecutiva de estas resoluciones. Para determinar de manera precisa ese índice de eficacia resultaría necesario conocer el número de expulsiones materializadas desglosado por el año en el que se dictó la resolución. Esta Institución no dispone de tales datos. No obstante, puede obtenerse un indicio relevante poniendo en relación las cifras de expedientes en los que ha recaído resolución de expulsión con las de expulsiones ejecutadas en ese mismo año. Así, resulta que en el año 2003 se obtiene un índice del 27,9 por 100 que en el año posterior desciende al 24,9 por 100, a pesar del aumento de expedientes incoados.

La cifra total de resoluciones de expulsión materializadas, tanto gubernativas como judiciales, asciende en 2003 a 14.104, de las que un 93 por 100 corresponde a las resueltas directamente por las autoridades administrativas. Al año siguiente, en 2004, desciende el total a 13.296 actuaciones, de las cuales las gubernativas representan un 86 por 100, duplicándose las judiciales, de 6,9 por 100 en 2003 a 13 por 100 en 2004. Aunque no puede afirmarse en términos concluyentes, es posible que ese incremento se deba a la entrada en vigor de la

Ley Orgánica 11/2003, que introdujo modificaciones en los artículos 89 y 108 del Código Penal para facilitar la sustitución de la pena privativa de libertad o de la medida de seguridad impuesta por sentencia por la expulsión a extranjeros en situación irregular.

Para completar los datos que se vienen comentando se han incluido datos sobre las nacionalidades de los ciudadanos extranjeros a los que le han sido instruidos expedientes de expulsión por cualquier causa y también las de aquellos que se materializaron. A fin de no extender en exceso este epígrafe se han seleccionado las nacionalidades que presentan un número más significativo de incoaciones.

EXPEDIENTES DE EXPULSIÓN INCOADOS POR PAÍSES
CON CIFRAS MÁS SIGNIFICATIVAS

PAÍSES	2003			2004		
	CON DETENCIÓN	SIN DETENCIÓN	TOTAL	CON DETENCIÓN	SIN DETENCIÓN	TOTAL
Argelia	1.451	626	**2.077**	1.480	366	**1.846**
Brasil	909	296	**1.205**	1.421	265	**1.686**
Bulgaria	922	95	**1.017**	964	142	**1.106**
Colombia	2.411	628	**3.039**	1.843	380	**2.223**
Ecuador	5.698	379	**6.077**	4.916	348	**5.264**
Mali	1.873	103	**1.976**	2.026	58	**2.084**
Marruecos	10.061	1.064	**11.125**	9.485	1.666	**11.151**
Nigeria	1.620	168	**1.788**	1.268	113	**1.381**
Rumania	6.649	1007	**7.656**	8.559	812	**9.371**
Rusia	774	126	**900**	1.114	93	**1.207**
Senegal	685	58	**743**	719	71	**790**

Fuente: Comisaría General de Extranjería e Inmigración.

En el año 2003 se produjeron, como ya se ha dicho 50.601 incoaciones de expedientes. En el caso de las efectuadas con detención (44.137) correspondieron a nacionales de 138 países. Los expedientes incoados sin detención (6.464) afectaron a ciudadanos de 127 países. El nivel de coincidencia entre ambos listados es alto y las diferencias siempre afectan a Estados con cifras muy reducidas. Los Estados que figuran en el listado anterior suman el 74,3 por 100 del total de las incoaciones, situándose los porcentajes parciales en el 74,88 por 100 para las incoaciones con detención y el 70 por 100 para las incoaciones en la que no medió detención. Respecto del año 2004 los datos ofrecen un panorama muy similar. En este caso las incoaciones fueron 53.215 y las incoaciones

del grupo de países señalados implican el 71,61 por 100 de esa cifra. Las incoaciones tramitadas con detención (47.159) se practicaron sobre nacionales de 147 Estados y las que se efectuaron sin mediar dicha medida afectaron a ciudadanos de 111 Estados. El porcentaje de incidencia de los países señalados en ambos grupos se sitúa en el 71.

Tanto en 2003 como en 2004 los ciudadanos más afectados por la incoación de resoluciones de expulsión son los marroquíes con 11.125 y 11.151, respectivamente —lo que sitúa a estos ciudadanos extranjeros por encima del 21 por 100 de las incoaciones en ambos años—, seguidos por los nacionales rumanos y los ecuatorianos. El análisis comparado de ambos años revela que el aumento más significativo de expulsiones incoadas se produce respecto de los ciudadanos rumanos, de 7.656 en 2003 a 9.371, lo que supone un incremento de 2,5 puntos en la relevancia porcentual de este colectivo en las incoaciones en sólo un año.

EXPEDIENTES DE EXPULSIÓN MATERIALIZADOS
POR PAÍSES CON CIFRAS MÁS SIGNIFICATIVAS

PAÍSES	2003			2004		
	GUBERNATIVAS	JUDICIALES	TOTAL	GUBERNATIVAS	JUDICIALES	TOTAL
Argelia	433	36	**469**	448	75	**523**
Brasil	154	11	**165**	466	34	**500**
Bulgaria	232	12	**244**	321	17	**338**
Colombia	717	135	**852**	555	199	**754**
Ecuador	594	20	**614**	832	130	**962**
Ghana	272	3	**275**	25	2	**27**
Mali	3	1	**4**	17	3	**20**
Marruecos	5.055	335	**5.390**	3.809	718	**4.527**
Nigeria	1.187	12	**1.199**	676	7	**683**
Rumania	2.542	156	**2.698**	2.653	304	**2.957**
Rusia	3	5	**8**	244	6	**250**
Senegal	341	8	**349**	119	4	**123**

Fuente: Comisaría General de Extranjería e Inmigración.

En el año 2003 se materializaron 14.104 expulsiones que correspondieron a 88 países en el caso de las que traían causa de una resolución gubernativa y a 61 países en el grupo de expulsiones ordenadas por los juzgados y tribunales. Los países recogidos en la tabla anterior llegan al 86,96 por 100 del total. Al año siguiente la cifra global se situó en 13.296 y el porcentaje de representación de los países reseñados en la tabla asciende al 87,72 por 100. En este caso

subió levemente el número de países cuyos nacionales fueron objeto de una medida de expulsión. Por tipos de ejecución la situación no varía demasiado sobre los porcentajes generales indicados; aunque, como regla, los porcentajes de ejecución de expulsiones gubernativas resultan algo superiores y en el caso de las ordenadas por las autoridades judiciales el índice de representatividad baja al 75,05 por 100 en el año 2003 y queda en el 82,23 por 100 en 2004.

Entrando en una consideración más detallada, en el año 2003 el mayor número de expulsiones materializadas corresponde a Marruecos, tanto en el grupo de expulsiones gubernativas como judiciales, con un 38,21 por 100 del total. Este es el primer país por número de incoaciones. Tras él figuran Rumania (19,13 por 100), Nigeria (8,5 por 100), Colombia (6 por 100) y Ecuador (4,35 por 100). Esta distribución [47] guarda coherencia con el listado de países con mayor número de incoaciones en los dos primeros puestos, en el caso de Nigeria (que ocupa el sexto lugar por el número de incoaciones) es lógico pensar que su posición en la materialización de expulsiones se debe a la postura de especial colaboración de las autoridades nigerianas en la readmisión de inmigrantes irregulares.

En el año 2004 Marruecos (34 por 100), Rumania (22,24 por 100), Ecuador (7,23 por 100) y Colombia (5,67 por 100) ocupan los primeros puestos en materialización de expulsiones. Esto se corresponde enteramente con los primeros puestos de la tabla de incoación de expulsiones por nacionalidades. Nuevamente Nigeria (5,14 por 100) vuelve a aparecer entre los cinco primeros países por el número de expulsiones materializadas, por delante de Argelia que ocupa el quinto puesto entre los países por el número de expulsiones incoadas.

4.4. Exposición de la operativa seguida en las expulsiones

4.4.1. Iniciación del procedimiento

La Administración tiene reglamentariamente reconocida (art. 114 del Reglamento de extranjería) la posibilidad de efectuar actuaciones previas para determinar si procede la iniciación de un procedimiento sancionatorio en cualquiera de sus modalidades. Estas actuaciones se orientarán en especial a determinar con la mayor precisión posible los hechos susceptibles de motivar la incoación del procedimiento, la identificación de la persona o personas que pudieran resultar responsables y las circunstancias relevantes que concurran en cada caso. A criterio del Defensor del Pueblo, las actuaciones en cuestión no pueden

[47] Debe también tenerse en cuenta que, según indica el INE, marroquíes y rumanos son los nacionales extranjeros de los que consta un mayor número de inscripciones en los padrones municipales. Los ecuatorianos también se encuentran entre los colectivos nacionales con un alto número de inscripciones.

ser interpretadas como una habilitación no sujeta a límites. En especial, y para no desvirtuar la auténtica naturaleza del procedimiento sancionador, desde el momento en que quepan indicios que permitan individualizar una presunta responsabilidad en un ciudadano extranjero, deberán iniciarse los trámites para proceder a la incoación del expediente a través del procedimiento oportuno, a fin de que éste cuente con los medios de defensa que le están reconocidos.

Especial relevancia tiene lo anterior cuando se ha procedido ya a la detención de un ciudadano extranjero —y toda interdicción de la libertad deambulatoria que se prolongue más allá de lo estrictamente necesario para la identificación ha de entenderse como una detención—, en cuyo caso la práctica de actuaciones preliminares al procedimiento no puede suponer una dilatación del periodo de interdicción de la libertad.

La iniciación de procedimiento, en sentido estricto, ha de acordarse necesariamente de oficio (art. 115 del Reglamento de extranjería) y se formalizará, salvo las excepciones previstas en el propio precepto, de acuerdo con lo establecido con carácter general para los procedimientos sancionatorios en el artículo 123 del Reglamento de extranjería. Por otra parte, el artículo 139 del Reglamento prevé, asimismo, que en aquellos expedientes en los que quepa proponer la expulsión se haga mención de los tres siguientes extremos: al derecho del interesado a la asistencia jurídica gratuita, en el caso de que carezca de recursos económicos suficientes; al derecho del interesado a la asistencia de intérprete si no comprende o habla las lenguas oficiales que se utilicen; y, a que el acuerdo de expulsión que pueda dictarse conllevará la prohibición de entrada en España por un período mínimo de tres años y máximo de diez, que será extensiva a los Estados con los que España haya suscrito acuerdo en este sentido.

En el procedimiento preferente se comunicará también al interesado en el acuerdo motivado de iniciación de procedimiento, la advertencia de que si no se formulan alegaciones «el acuerdo de iniciación del expediente será considerado como propuesta de resolución» (art. 131.1 *in fine* y 131.3 del Reglamento). Habitualmente la notificación de este acuerdo se hace en presencia letrada.

En el procedimiento ordinario la incoación del procedimiento suele llevarse a cabo sin presencia letrada, salvo que se haya efectuado formalmente una detención, informando al interesado de su derecho a la asistencia jurídica gratuita por escrito, que deberá solicitar por los cauces habituales ante la correspondiente comisión de justicia gratuita. Al no mediar detención, no resulta de aplicación el artículo 520 de la Ley de enjuiciamiento criminal y la presencia de letrado no se considera preceptiva. A este respecto se han planteado diversos problemas:

— La Administración argumenta que cuando se solicita letrado por los trámites de la justicia gratuita a la comisión, la designación y puesta a disposición de aquel es sumamente lenta, lo que ocasiona perjuicios notables, al no detenerse el procedimiento sancionador por la solicitud de justicia gratuita.

— Cuando el extranjero está ingresado en prisión técnicamente no hay una detención y, por tanto, tampoco resultaría obligatoria la presencia de letrado.

En el procedimiento preferente los problemas más frecuentes se centran en los siguientes:

— Dudas sobre la exigibilidad de la notificación personal y directa a los interesados.
— Quejas de los colegios de abogados, y especialmente el de Almería, que manifiestan que en algunas comisarías se omite la presencia letrada e incluso de intérprete. Por los datos que obran en poder de esta Institución, se tiene conocimiento de que el problema tiene su causa directa en un sistema muy deficiente de localización de los letrados y no tanto en la actuación policial [48].

Resulta vital para el letrado asegurarse de que el interesado comprende suficientemente el idioma español, requiriendo en caso contrario la asistencia de intérprete. Es importante, en este sentido, que el interesado tenga conocimiento de la incoación del expediente sancionador y de la posibilidad de estar asistido en todo momento por un letrado, al que podrá conferir su representación con arreglo a lo dispuesto en el artículo 32.3 de la Ley 30/1992.

En el procedimiento preferente, dada la celeridad con que se desarrolla y las limitaciones de las posibilidades de defensa que ello puede provocar, la celebración de una entrevista reservada con las debidas garantías tiene la mayor urgencia. En principio, no resulta admisible que se retrase la celebración de la entrevista a un momento posterior a la incoación del procedimiento, sin bien la propia dinámica de la operativa policial lo impone muchas veces. Este tema será abordado con detalle en el próximo epígrafe.

Desde el momento de la incoación cabe la imposición de las medidas cautelares o provisionales que el instructor juzgue necesarias para asegurar la efica-

---

[48] El 29 de junio de 2004 el Defensor del Pueblo remitió una recomendación al Colegio de Abogados de Almería, para que el mismo organice los servicios de asistencia jurídica de manera directa, sin asignar a ninguna empresa privada, actos de gestión o de comunicación respecto a la designación del letrado de guardia que tenía que asistir jurídicamente a las personas inmigrantes. Esa recomendación se realizó al comprobar cómo en la Comisaría de El Ejido se habían tramitado expedientes de expulsión sin la debida asistencia jurídica, a pesar de que los funcionarios policiales habían solicitado la presencia de letrado. En el informe remitido por el Colegio de Abogados de Almería, se reconocía que el 25 de febrero de 2004, se había adoptado un acuerdo en el que literalmente se decía: «Radio Taxi tiene encomendadas las funciones en este ámbito por ser una empresa que permanece veinticuatro horas al día disponible durante todos los días del año, y el Ilustre Colegio de Abogados de Almería, sólo se encuentra abierto al público en horario de oficina. Además, tanto los juzgados como los centros de detención de Almería y su provincia que precisen abogado de oficio llaman a dicha empresa a la que semanalmente se le aporta un listado de letrados de guardia en los distintos partidos judiciales». A juicio del Defensor del Pueblo, la función que con carácter general tiene la abogacía y en especial la naturaleza del derecho de defensa no pueden quedar supeditados al buen hacer de una empresa privada. Esta recomendación fue aceptada.

cia de la resolución sancionadora, a tenor de lo dispuesto en los artículos 61 de la Ley de extranjería y 140 de su Reglamento. Estas medidas pueden ser adoptadas por el instructor en cualquier momento del expediente y tienen carácter subsidiario respecto del internamiento en el procedimiento preferente, según el artículo 131.6, en relación con el 131.5 del Reglamento de extranjería.

Si se propone el internamiento por ser legalmente posible (art. 62.1 de la Ley de extranjería) se abrirá la vía específica para la autorización judicial del mismo, que se trata en el capítulo correspondiente de este informe.

En algunos de los informes recibidos por esta Institución de los colegios de abogados se indica que es práctica frecuente en gran parte del territorio nacional acordar alguna medida cautelar durante la tramitación, distinta del internamiento (así, por ejemplo, en Guipúzcoa y Cantabria). Varios de los colegios consultados y algunos de los participantes en las mesas de trabajo promovidas con vistas a la preparación del presente informe se han referido, asimismo, a las dificultades que en tal caso se plantean para lograr entrar posteriormente en contacto con los asistidos y recabar datos fundamentales para la buena defensa de sus intereses.

En el procedimiento ordinario el primer contacto entre el letrado y el asistido se produce de otra manera menos perentoria, ya que es el interesado el que debe acudir a un letrado particular o solicitar asistencia jurídica gratuita por los cauces establecidos. En este punto resulta de especial importancia la suspensión del plazo para alegaciones.

4.4.2. Instrucción: alegaciones, pruebas y propuesta de resolución

La instrucción del procedimiento ordinario se regula en los artículos 124 a 129.1 del Reglamento de extranjería. Parece claro, a tenor de esta regulación, que el letrado deberá estar en condiciones de desplegar su actuación en todas las fases. Así, en la aportación de alegaciones, documentos o informaciones que se estimen convenientes o en la proposición de medios de prueba durante un plazo de quince días (art. 124.1); aportación de datos e informaciones solicitadas por el instructor (art. 124.2); práctica de las pruebas (art. 125.1); protesta, en su caso, contra la denegación de la práctica de una prueba (art. 125.2); y alegaciones frente a la propuesta de resolución (art. 128.1).

En el procedimiento preferente prima la celeridad en la tramitación. Así, el plazo para la formulación de alegaciones se reduce a cuarenta y ocho horas (art. 131.1). En cuanto a las alegaciones y propuesta de prueba en este procedimiento (art. 131.4), cabe la posibilidad de que vayan seguidas de un segundo trámite de alegaciones en caso de haberse pedido y admitido prueba o aun habiendo sido propuestas pero no admitidas. En este caso se le dará trámite de audiencia en el que se le concederá un nuevo plazo de cuarenta y ocho horas. Estas segundas alegaciones serán elevadas a la autoridad encargada de resolver

junto con el expediente. Esta regulación normativa es consecuencia del artículo 63.2 de la Ley de extranjería, en la redacción dada por la Ley Orgánica 14/2003. El citado artículo ha sido desarrollado de una manera más adecuada y garantista en el artículo 131.4 del Reglamento de extranjería.

4.4.3. Resolución

Compete a los delegados y subdelegados del Gobierno (art. 119.1 del Reglamento) dictar resolución motivada que confirme, modifique o deje sin efecto la propuesta de sanción, decidiendo todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras que se deriven del procedimiento.

En el procedimiento ordinario (art. 129), cabe la posibilidad, antes de dictar la resolución, de acordar motivadamente la realización de las actuaciones complementarias que resulten indispensables para resolver adecuadamente el procedimiento, cuya duración no podrá extenderse por más de quince días. El plazo para adoptar la resolución es de diez días desde la recepción de la propuesta de resolución, o la conclusión de las actuaciones complementarias si se ha dispuesto la realización de las mismas.

En el preferente, la resolución —que deberá ser igualmente motivada (art. 141.1)— se dictará de forma inmediata (art. 132).

En cuanto a la notificación de resoluciones de expulsión, se han planteado problemas sobre el alcance de la misma. El artículo 129.5 del Reglamento indica que la resolución se notificará al interesado. Sin embargo, en la práctica, la recepción de la notificación en muchos casos no es posible, ya sea porque se desconoce un domicilio al cual enviarle la notificación, o porque se halla detenido. Esta situación ha sido denunciada tanto por organizaciones no gubernamentales como por colegios de abogados y administraciones implicadas [49].

También debe dejarse constancia del efecto adverso que para la adecuada defensa de los intereses del ciudadano sometido a expulsión provocan las dilaciones que a veces se producen en la notificación de la resolución que pone fin al procedimiento administrativo.

---

[49] Esta cuestión fue abordada en el Protocolo de actuación en materias propias del turno de extranjería que se aprobó en el XIV Encuentro de Abogados sobre Derecho de Extranjería, en el mes de mayo de 2004 en Córdoba. Según se indica en dicho Protocolo «En algunos casos, la autoridad gubernativa viene entendiendo como no preceptiva la presencia de abogado en el momento de entrega de la resolución de expulsión por lo que en los casos que se haya producido la detención o posterior internamiento del extranjero y habida cuenta que la ejecución de la expulsión es inmediata en la práctica quedarán en la más absoluta indefensión (...) Resulta necesario que en los casos de internamiento el letrado asistente intente encontrar los mecanismos más idóneos para tener conocimiento de la notificación de la resolución y, en su caso, si procede, interponer el correspondiente recurso».

4.4.4. Ejecución

La ejecución de la expulsión se regula en los artículos 64.1 de la Ley de extranjería y 132 (procedimiento preferente) y 141.7 (procedimiento ordinario) del Reglamento. Básicamente, la diferencia entre una y otra modalidad de ejecución se encuentra en el plazo previsto para su materialización. Así, mientras que en la expulsión acordada siguiendo los trámites del procedimiento ordinario obliga al extranjero a abandonar el territorio español en un plazo que no podrá reducirse más allá de setenta y dos horas, en el procedimiento preferente la ejecución se efectuará de forma inmediata.

Lógicamente la naturaleza del procedimiento y, aún más, la situación en la que se encuentre el interesado durante la tramitación del mismo, hasta su materialización, condicionan la actuación del letrado. Se hace preciso distinguir a este respecto los siguientes supuestos:

— Expulsión en procedimiento preferente con el interesado sometido a internamiento. En principio se podrá cumplir con mayor seguridad el mandato de inmediatez que establecen las normas.
— Expulsión en procedimiento preferente seguida con el interesado en libertad o en procedimiento ordinario pasado el plazo de salida obligatoria: La inmediatez de la resolución parece que se verá diferida al momento en que el interesado sea notificado. En la práctica surgen problemas por el uso de la vía edictal para las notificaciones. En muchos casos, producida la detención, el lugar de la misma determina que intervenga un segundo letrado que debe asumir determinadas obligaciones. La dualidad de letrados plantea problemas prácticos que es necesario prever adecuadamente para minimizarlos y extender la efectividad de la acción de defensa.
— Expulsión en cualquiera de los dos procedimientos en los que no se puede proceder a la materialización de la misma en el plazo de la detención y en la que se ha interesado el internamiento.
— Expulsión en ejecución de una orden dictada por un Estado miembro de la Unión Europea.

4.4.5. Recursos administrativos y judiciales

La resolución de expulsión pone fin a la vía administrativa, de modo que frente a ella cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante los juzgados de este orden jurisdiccional. A este respecto, los principales problemas que se han detectado son los siguientes:

— Dificultad de acreditación de la designación del letrado como defensor del ciudadano extranjero.

— Dificultad, e incluso, imposibilidad del extranjero para conferir la representación al letrado en los casos en que esté privado de libertad [50].
— Falta de órganos judiciales contencioso-administrativos de guardia, esenciales para la efectividad de la justicia cautelar.
— Pérdida de contacto entre el abogado y el asistido, lo que dificulta la labor personalizada de asistencia.
— Retrasos procesales a la hora de resolver los procedimientos que afectan a extranjeros.

Todos estos problemas están de una u otra forma relacionados con las dificultades y trabas administrativas en el acceso al expediente por los letrados. En este sentido, urge hacer efectivos los principios constitucionales (art. 103) de eficacia y coordinación administrativa a fin de que la Administración permita el acceso a los expedientes en cualquier parte del territorio nacional. Algunos colegios de abogados, como el de Valencia, ha elaborado alguna recomendación sobre el tema, informando a los letrados de la obligación de la Administración de facilitar el ejercicio de todos los derechos derivados del artículo 35 de la Ley 30/1992, entre ellos el acceso a los expedientes, animando a los letrados a que presenten quejas por escrito en caso de que alguno de estos derechos de sus asistidos se vean menoscabados o desconocidos.

4.5. Cuestiones necesitadas de especial análisis

En este epígrafe se analizan pormenorizadamente los problemas prácticos más relevantes que plantea la asistencia letrada en los supuestos de expulsión. El criterio adoptado para la exposición es el cronológico, siguiendo de modo ordenado las distintas fases desde la detención e inicio del procedimiento hasta la materialización de la expulsión con la que se pone fin al mismo. La mayoría de las cuestiones son comunes a ambos procedimientos, de ahí que el tratamiento de los problemas se realice conjuntamente, sin perjuicio de abordar de manera específica aquellas cuestiones que, por su naturaleza, requieren una consideración individualizada.

4.5.1. Detención e inicio del procedimiento

Como primera cuestión necesitada de análisis debe citarse la del procedimiento que hay que seguir para proceder a la detención de un ciudadano

[50] Concretamente desde el Defensor del Pueblo se han constatado las dificultades que tienen los extranjeros que se encuentran en la isla de Fuerteventura para ejercitar sus acciones ante los tribunales contencioso-administrativos sitos en la isla de Gran Canaria. Este problema se aborda en el capítulo II.7 del presente informe.

extranjero. Los casos más habituales que propician la detención son los dos siguientes:

— Actuación encuadrable en el ámbito penal, seguida de la comprobación de la situación administrativa del extranjero que lleva al inicio de las correspondientes actuaciones en materia de extranjería, habitualmente por estancia irregular.
— Actuación puramente de extranjería, consecuencia de un control documental o de otro tipo. La cláusula que permite la actuación de las fuerzas y cuerpos de seguridad es la posibilidad de identificar a una persona en la vía pública, con arreglo a las disposiciones de la Ley 1/1992 y conducirla a un lugar adecuado para la práctica de las verificaciones oportunas. A este respecto, debe señalarse que la ausencia de un procedimiento regulado para proceder siguiendo determinadas pautas a la referida identificación, plantea serias dudas en cuanto al alcance, duración y contenido de las medidas a adoptar [51].

Como ha quedado expuesto en el presente capítulo, se han producido algunos casos en que los extranjeros en situación de estancia irregular, han sido detenidos al personarse en las dependencias policiales con el fin de denunciar haber sido víctimas o perjudicados por delitos. Esta Institución se ha manifestado contraria a que se produzcan detenciones e incoaciones de expulsión en estos casos, al estimar que no se lleva a cabo una adecuada ponderación de los intereses generales y particulares. En cuanto a la actuación del letrado en estos casos, debe señalarse la especial diligencia que es necesario prestar en orden a la evitación y, en todo caso, a la oposición frente a la detención, pudiendo ampararse en la desproporción de la medida adoptada, debiendo formular las alegaciones correspondientes y poner los hechos en conocimiento de las instancias oportunas (entre ellas esta Institución). Desde otro ángulo, debe repararse en el contenido de los artículos 31.3 y 59 de la Ley de extranjería, que permiten la regularización de la estancia irregular por colaboración con la justicia, por lo que deberá valorarse la posibilidad de efectuar una comparencia a estos efectos.

La detención por razones de extranjería plantea numerosos problemas, el primero y más importante de los cuales se relaciona con la detención misma como medida cautelar según la propia normativa de extranjería [art. 61.1 *d)* de la Ley de extranjería]. Esto significa que la detención sólo puede acordarse una vez se ha incoado el procedimiento de expulsión. Si el motivo de la detención obedece a razones de control por asuntos de extranjería, la normativa general de detención en el ámbito penal no puede servir de cobertura para la actuación de la policía. Por tanto, no es posible en estos casos disociar una situación de privación de libertad del extranjero (que, en principio, sólo puede reputarse una

[51] En el XIV Encuentro de Abogados sobre Derecho de Extranjería, celebrado en Córdoba en el mes de mayo de 2004, se abordó este problema señalándose que existen dudas sobre si la exigencia de documentación que menciona la Ley Orgánica 1/1992, se trata de una simple identificación de la persona, a cuyo efecto bastaría la exhibición del pasaporte, o si se puede exigir además la documentación relativa a la situación legal de permanencia.

detención) de la incoación de un expediente. Con el fin de evitar que se alargue en el tiempo una detención atípica como la descrita, en tanto amparada en normas ajenas a la finalidad pretendida, procedería iniciar un procedimiento de hábeas corpus, si bien es preciso reconocer que la normativa reguladora de esa institución omite toda referencia a la intervención letrada, aunque parece claro que dicha intervención se justifica plenamente, al menos desde una óptica de justicia material [52].

Una vez acordada la detención del extranjero, tras la incoación del expediente, se hace preciso determinar exactamente el momento a partir del cual debe comenzar a contar el plazo de setenta y dos horas legalmente previsto. Es criterio del Defensor del Pueblo que el cómputo del plazo debe comenzar a partir del momento inicial en el que el interesado quedó privado de libertad por la actuación de agentes del orden y no desde aquel en que se inicia el expediente de expulsión. De otra forma se daría cobertura a una dilatación irregular del plazo de privación de libertad máximo que contraría la esencia misma de la institución.

El Cuerpo Nacional de Policía es, a priori, el competente para proceder a la detención de los extranjeros en situación de estancia irregular. Sin embargo, la Guardia Civil e incluso la Policía Local interviene en ocasiones en esta misma materia. El criterio que debe inferirse de la normativa vigente es que estas actuaciones tan sólo resultan admisibles cuando se hayan producido en el ejercicio de una actuación para la que sí tenga competencia el cuerpo de seguridad actuante. En otros términos, no es admisible una actuación dirigida exclusivamente al control de extranjería programada y ejecutada por fuerzas y cuerpos distintos del Cuerpo Nacional de Policía, en la medida en que supondría la asunción de funciones propias de éste por otros miembros de las fuerzas del orden, sin cobertura legal de ninguna clase. Cuestión distinta es que la actuación de los mencionados cuerpos no sea programada, sino que se funde en otras causas (urgencia, colaboración, etcétera).

El tema tiene gran relevancia, puesto que la actuación de las fuerzas y cuerpos distintos del Cuerpo Nacional de Policía ha de ser particularmente diligente en orden a poner a disposición de este Cuerpo a los extranjeros detenidos. Si esta puesta a disposición policial no es inmediata —no puede olvidarse la trascendencia del límite temporal— ha de procederse conforme a lo previsto en el artículo 520 de la Ley de enjuiciamiento criminal. Desde luego, no es admisible que el extranjero sea mantenido largo tiempo o, incluso, trasladado largas dis-

---

[52] Esta cuestión fue tratada con detalle en el Informe anual del Defensor del Pueblo correspondiente a 2003 (págs. 323 a 327). En opinión de esta Institución si una vez identificado un ciudadano no se produce inmediatamente su puesta en libertad, esa limitación de derechos tan solo puede obedecer a que se le considera detenido a la espera de la iniciación de los trámites gubernativos de extranjería. Si se produjera alguna dilación hasta que se realice materialmente esa identificación, estaremos ante una detención, pues de no ser así estaríamos admitiendo un espacio intermedio entre la libertad y la detención. Este espacio intermedio no tiene apoyo legal alguno en nuestro Derecho y su existencia debe ser por ello rechazada.

tancias entre provincias sin que se le tenga en la condición de detenido y se cumplan con las garantías establecidas para esa condición. En todo momento, pues, deben garantizarse los derechos del extranjero detenido facilitando el acceso a la asistencia letrada [53].

El letrado que tenga conocimiento del hecho de la detención deberá constatar los siguientes extremos:

— Verificar con carácter preliminar el conocimiento del idioma español que posea el interesado y, en caso de que no sea el adecuado, comprobar y exigir la efectiva presencia de intérprete.
— Asegurarse de que los hechos o las manifestaciones del interesado son efectivamente recogidos por escrito a los ulteriores efectos de defensa.
— Requerir explicaciones, y comunicar a los órganos colegiales oportunos para el adecuado seguimiento de estas situaciones, si la puesta en conocimiento del hecho de la detención y la solicitud de letrado se ha dilatado más de lo estrictamente necesario para proceder a la identificación del extranjero.
— Asegurarse de que en el expediente consta el momento exacto en que el interesado fue detenido, la fuerza policial que lo detuvo y la causa que motivó la detención. Debe concederse especial relevancia a si dicha causa está entre las competencias del cuerpo actuante.
— Asegurarse de que la detención cautelar acordada en el momento de la iniciación del expediente tiene en cuenta el momento exacto en que comenzó la privación de libertad y vigilar para que la misma no supere en su conjunto el plazo de setenta y dos horas legalmente previsto.
— Asegurarse de que en el expediente constan las circunstancias de la detención, en especial cuando las mismas hayan tenido que ver con la presencia del extranjero en dependencias policiales u otras oficinas públicas para efectuar denuncia o proceder al ejercicio legítimo de sus derechos.
— Verificar el lugar y las condiciones materiales de la detención, en especial y, cuando no se impute al extranjero ningún hecho delictivo, adverar que aquélla se ejecuta, en lo posible, con estricta separación de las personas detenidas por asuntos penales.
— Oponerse, por todos los medios y recursos oportunos, a que, llegado el caso, el internamiento se solicite a autoridad judicial distinta a la del lugar de la detención, poniendo este hecho en conocimiento de la autoridad judicial actuante y requiriéndole su inhibición.

Cualquier letrado que, en el curso de una actuación posterior, llegue a tener conocimiento de que no se facilitó letrado a un extranjero detenido ha de poner este hecho urgentemente en conocimiento del colegio de abogados y del órgano

[53] Sobre este particular puede consultarse el Informe anual correspondiente a 2003 (págs. 326 a 327) en el que se relata el traslado de un grupo de inmigrantes desde Palos de la Frontera (Huelva) a Algeciras (Cádiz).

judicial competente con detallada descripción de las circunstancias que conoce a fin de depurar, en su caso, las oportunas responsabilidades.

4.5.2. Exigencia de notificación directa y personal a los interesados de la incoación de procedimientos preferentes

La Institución ha defendido, en los informes anuales a las Cortes Generales correspondientes a los años 2003 y 2004, la necesidad de que en los casos de incoación de los procedimientos por vía preferente se estableciera reglamentariamente la exigencia de que la notificación de dicha incoación se efectuase de manera directa y personal al interesado.

Los argumentos que permiten sostener este posicionamiento son, en síntesis, los dos siguientes:

— El procedimiento preferente pretende canalizar una reacción sancionadora del Estado que ha de ser rápida y efectiva. De ahí que los plazos se reduzcan al mínimo imprescindible. Una reacción de tal naturaleza no puede ignorar, en cambio, los derechos de defensa de la parte afectada. La paridad de armas (o, al menos, la posibilidad de defensa) es un principio básico que debe garantizarse en cualquier tipo de procedimiento, más aún si es de naturaleza sancionadora. De ahí que sea preciso garantizar de modo efectivo la defensa de los intereses de la persona afectada por la incoación del proceso.
— En el caso de incoaciones por estancia irregular parece necesario que la incoación venga precedida de una constatación de que la infracción está efectivamente produciéndose, lo que requiere en todo caso, con carácter previo, la determinación de unos hechos frente a los que quepa oponerse mediante el ejercicio lícito de los derechos de defensa tendentes a desvirtuarlos, alterarlos o matizarlos.

En relación con la forma en la que se practican las notificaciones de las resoluciones en las que se inician los procedimientos de expulsión, esta Institución ha tenido también ocasión de pronunciarse. Así, por ejemplo, se hizo saber a la Administración que no era correcto notificar la incoación de un expediente en un domicilio en el que no residía el interesado, el cual había designado tal domicilio a los solos efectos de notificaciones en un procedimiento distinto que nada tenía que ver con el procedimiento de expulsión.

La vigente Ley de extranjería, en su actual redacción, no establece expresamente ninguna excepción a las normas generales sobre notificación de resoluciones contenidas en la Ley 30/1992. En principio resulta aplicable a esta materia el artículo 59 de ese texto, siendo por ello válidas las notificaciones cursadas por correo certificado al domicilio del interesado. No obstante, ha de advertirse que estamos ante un procedimiento sancionador que puede dar lugar a la expulsión del territorio español, por lo que habrá que tener en cuenta el derecho a la

asistencia jurídica gratuita, enunciado en el artículo 22 de la Ley de extranjería y la necesidad de asegurar su efectividad práctica. Por ello las notificaciones realizadas por correo de resoluciones de incoación de expedientes de expulsión por el procedimiento preferente plantea problemas prácticos derivados de la celeridad del periodo de alegaciones y de las dificultades existentes para prestar una asistencia letrada en ese tiempo.

En consecuencia, debe concluirse afirmando que, si bien la notificación por correo certificado no está expresamente prohibida en los procedimientos administrativos que pueden llevar aparejada la expulsión, esa forma de notificar se compadece mal con el derecho que tiene el ciudadano de formular alegaciones dentro del plazo de cuarenta y ocho horas previsto en la Ley desde la notificación de la incoación. El Defensor del Pueblo debe reafirmar su criterio de que esta actuación no resulta admisible.

4.5.3. Actuaciones mínimas a realizar con ocasión de la notificación de la incoación en el procedimiento preferente

La mayor parte de las incoaciones de procedimientos preferentes se efectúan habiendo mediado la detención del interesado. En estos casos lo habitual es que el letrado asistente sea el que esté en funciones de guardia.

La actuación de un letrado en el momento de la notificación de la incoación aconseja que, salvo que el interesado indique lo contrario, sea éste el encargado de asistirlo durante todo el procedimiento, así como en el posterior proceso judicial que eventualmente pueda seguirse. Por tanto, la designación de un segundo o ulteriores letrados es una práctica que debe evitarse, a no ser que el interesado lo solicite expresamente, pues dificulta la buena llevanza de la defensa.

Esta unidad de la actuación letrada debe constituirse en uno de los pilares de las reformas a introducir tanto en normas jurídicas como en prácticas colegiales y de las comisiones de justicia gratuita. Debe afirmarse de manera categórica que la actuación del letrado en este ámbito no se agota con una mera asistencia al detenido, sino que ha de comprender la defensa en el trámite administrativo de expulsión completo y, en su caso, la presentación de los recursos judiciales que procedan.

En relación con esta cuestión debe señalarse que según la información remitida desde el Colegio de Abogados de Cantabria, inicialmente se envía a un letrado que presta asistencia letrada en comisaría y en el juzgado, ese letrado es el que se encuentra adscrito al Servicio General de Asistencia al Detenido, y posteriormente, cuando hayan de iniciarse los trámites oportunos para la continuación del procedimiento, normalmente sólo en vía administrativa y contencioso-administrativa, se nombra por el colegio un abogado del turno correspon-

diente. A criterio de esta Institución esta práctica se considera contraproducente para poder realizar una correcta asistencia jurídica.

En sentido contrario debe señalarse la previsión que contiene el Protocolo de funcionamiento del Turno de Oficio de Extranjería, aprobado por la Sección de Extranjería del Colegio de Abogados de Valencia el 15 de octubre de 2003. En el apartado de recomendaciones se indica que «el letrado de guardia de extranjería es el defensor natural en todos los expedientes que en la materia se inicien o practiquen por la Administración en su ámbito territorial».

La gratuidad o no del procedimiento, en función de los medios de vida del interesado, es cuestión que en este momento procedimental ha de quedar en segundo plano, a fin de asegurar la máxima eficacia de la actuación de defensa y no disgregar los puntos de atención en un plazo tan mermado. En todo caso, la evaluación de esta circunstancia deberá hacerse, cuando proceda, con posterioridad a la finalización de las actuaciones de defensa a que hubiere lugar, que en todo momento han de garantizarse, evitando que queden supeditadas a exigencias de tipo formal que pueden cumplirse en un momento posterior.

En todo caso, si el interesado requiere —en cualquier momento del procedimiento— la presencia de otro letrado de su confianza, deberá el letrado actuante poner todos los antecedentes en conocimiento de su colega para que éste pueda actuar con la debida información previa. Esta transferencia debe incluir tanto el traspaso de los documentos como de las impresiones obtenidas por las actuaciones ya realizadas.

No hay norma jurídica que impida que el letrado se entreviste con su asistido en un momento anterior al acto de notificación de la incoación de expediente.

En todo caso, si no lo ha hecho antes, con carácter previo al inicio formal del acto, debe el letrado:

— Asegurarse de que el interesado habla y comprende el idioma español en un nivel suficiente para entender el acto procedimental que se va a desarrollar, exigiendo en otro caso la presencia de un intérprete que, habida cuenta de la privación de libertad del interesado, debe ser garantizada por la Administración.
— Cerciorarse de que se ha efectuado a su cliente el oportuno cotejo de huellas de modo que pueda determinarse su identidad, a los efectos de conocer en su integridad el historial del que dispone la policía. El letrado deberá tener acceso pleno a los resultados de esa consulta, debiendo proporcionársele copia de los registros si lo requiere.
— Verificar si el interesado ha sido sometido con anterioridad a un procedimiento sancionatorio o pende sobre él una resolución de expulsión, requiriendo información sobre la causa de incoación y sobre la situación del mismo. En el caso de que entre los dos expedientes hubiera identidad de causas, de no apreciarse la caducidad del primero, el letrado debería oponerse a la continuación del segundo. Del mismo modo, el letrado

debe formular su oposición a que se siga expediente de expulsión por una causa (por ejemplo, estancia irregular) que haya dado lugar con anterioridad a una resolución de expulsión en tanto esta permanezca vigente.

— Indagar en la entrevista con su asistido sobre la posible existencia de causa de abstención por parte del instructor y del secretario del expediente, funcionarios que deben estar efectivamente presentes en el acto. En su caso, plantear la recusación de alguno o algunos de estos funcionarios si en su criterio se da causa bastante.

Ya en el acto de notificación propiamente dicho, el letrado interviniente deberá:

— Velar porque el acto de notificación se atenga a su propia esencia. Esto implica especialmente asegurarse de que el mismo no se convierta en una declaración del extranjero, salvo que la situación de éste así lo aconseje, por manifestar ser víctima perjudicado o testigo de algún delito y pretender acogerse a lo previsto en los artículos 31.3 y 59 de la Ley de extranjería.
— Controlar que las manifestaciones del interesado respecto del domicilio (o en su caso otro medio de notificación admitido en Derecho, como el telemático) que señala para notificaciones se reflejan adecuadamente en el expediente, a efectos de evitar que en ausencia del mismo se acuda de manera automática a la publicación edictal de acuerdo con el artículo 59.5 de la Ley 30/1992.
— Requerir al extranjero en ese momento para que, si lo desea y conviene a sus intereses, se le confiera representación con arreglo a lo previsto en el artículo 32.3 de la Ley 30/1992.
— En caso de que se le designe representante, el letrado deberá ofrecer los medios para que las notificaciones se le cursen debidamente.
— A fin de asegurar la efectividad del derecho de defensa deberá solicitarse de la policía acceso a todos los documentos que en ese momento integren el expediente, debiendo asimismo facilitársele copia de aquellos que considere de interés.

4.5.4. Acceso a la asistencia jurídica en procedimientos incoados sin presencia letrada

En los casos en que, por cualquier motivo, no se produce presencia letrada en la incoación, cobra máxima relevancia la disposición establecida en el artículo 139.1 *a)* del Reglamento de extranjería, que indica la obligatoriedad de hacer constar en el acuerdo de incoación el derecho del interesado a la asistencia jurídica gratuita si acredita insuficiencia de medios económicos.

La petición de asistencia jurídica gratuita debe ser entonces tramitada por la vía establecida en la Ley de asistencia jurídica gratuita. Se impone entonces una interpretación analógica de lo previsto en el artículo 16 de dicha Ley.

La efectividad del derecho de defensa exige que en un procedimiento de esta naturaleza se suspenda el plazo para alegaciones desde el momento en que se produce la petición de gratuidad. La solicitud de suspensión deberá poder solicitarse por el interesado ante la propia fuerza policial (que habrá de quedar enterada de la suspensión y comunicárselo al colegio) o bien directamente al colegio correspondiente, quien en tal caso deberá comunicar la necesidad de suspender a la Administración.

El propio artículo 139 del Reglamento de extranjería presta cobertura a la suspensión del procedimiento, en tanto exige que el acuerdo por el que se inicia el procedimiento de expulsión contenga una referencia informativa específica acerca del derecho que asiste al interesado de solicitar el beneficio de justicia gratuita. Por otra parte, se hace necesario que en este caso se dé cuenta al interesado en términos comprensibles de que la petición de justicia gratuita tendrá efectos suspensivos hasta tanto se pronuncie la correspondiente comisión de justicia gratuita y se produzca la notificación al interesado.

Podría objetarse, en contra, que esta mención resulta inconveniente, puesto que facilitaría la petición con exclusivos efectos dilatorios. Una posible solución podría ser establecer que la suspensión sólo se producirá si finalmente se concede el beneficio de justicia gratuita, tal cual hace el párrafo final del artículo 16 de la Ley de asistencia jurídica gratuita. Este precepto introduce unos matices que parecen indicar que el tribunal puede acordar que se dé por transcurrido el plazo cuando la petición fuera notoriamente infundada. Sin embargo, no parece que pueda trasladarse sin más a este supuesto dicha regulación, puesto que —a diferencia del tribunal— la Administración es parte del procedimiento y no sólo su árbitro.

Particular relevancia tiene este supuesto en aquellos casos en los que se procede a la incoación de expedientes a personas que permanecen en prisión (aunque cabría también pensar en otros tipos de privación de libertad no penales, como los internamientos involuntarios de carácter psiquiátrico o sanitario). En estos casos, la situación de los internos no puede equipararse jurídicamente a la de los detenidos, pero es claro que tienen o pueden tener dificultades severas para acceder a los servicios de asistencia jurídica gratuita y, en principio, no cabe dudar de que en la mayoría de los casos serán necesarios. El asunto puede ser especialmente grave si, por razón de los hechos apreciados, procede aplicar el procedimiento preferente.

A este respecto, las posibilidades que se abren son tres:

— Trasladar o imponer al interesado la carga de conocer lo que debe hacerse o confiar en el asesoramiento prestado por el equipo técnico del centro en que se encuentre: Esta posibilidad resulta poco coherente con la situación en que se encuentra el interesado y con las propias normas sobre asistencia jurídica.
— Establecer que en este tipo de incoaciones asista un letrado, para informar al interesado desde su *estatus* de independencia y orientarlo en la

realización de los trámites de defensa que sean menester: la justificación para este proceder, que va más allá de lo que se tiene por estándar mínimo de actuación, estaría en la obligación de la Administración de asegurar el ejercicio efectivo de los derechos de las personas en prisión, en todo aquello que no se vea afectado por la condena (en conformidad con las previsiones de la propia Ley Orgánica general penitenciaria). En un sentido más amplio, esta obligación debe verse como una actualización del principio de igualdad material del artículo 9 de la Constitución, que propugna la igualdad real y efectiva la igualdad de los individuos y de los grupos en que se integran.

— Imponer a la Administración que incoa el procedimiento la obligación de facilitar una información ampliada y comprensible sobre la forma de acceder a la asistencia letrada, estableciéndose en particular la obligación de informar que tal solicitud puede ser firmada en el acto ante los propios funcionarios notificadores, quienes deberán entregar nota del recibo de la misma y que tal acto tendrá la consecuencia de suspender el procedimiento hasta que se notifique la resolución de la petición.

4.5.5. Entrevistas entre el letrado y el asistido

Como ya se ha visto, haciendo abstracción del tipo de procedimiento a aplicar, las posibilidades se reducen a las dos siguientes:

— Procedimientos que se siguen con el interesado privado de libertad.
— Procedimiento que se sigue con el interesado en libertad.

En uno y otro caso se plantean problemas prácticos diversos para asegurar la fluidez de las comunicaciones letrado-asistido. Así, por ejemplo, en el caso de procedimientos en los que hay internamiento, la existencia de un número limitado de centros hace que allí sean conducidos extranjeros desde todo el territorio nacional, con lo que el letrado puede tener dificultades para reunirse con su cliente.

Por otro lado, no son infrecuentes los casos en los que se instruye un procedimiento en libertad donde el contacto letrado-asistido apenas existe o desaparece por completo.

La segunda cuestión a considerar es la necesidad de intérprete. La línea que viene manteniendo esta Institución es que en los casos en los que medie privación de libertad el intérprete debe ser proporcionado por la Administración. En el resto de los casos, el servicio de interpretación deberá ser provisto por el colegio, como una parte más, de los servicios auxiliares a la asistencia jurídica.

En aquellos casos en los que medie algún tipo de privación de libertad, la entrevista ha de tener la consideración de reservada, es decir, exenta a todo control o seguimiento por parte de personas ajenas a los interlocutores. Esto inclu-

ye, obviamente, a los agentes de la Administración y a los demás extranjeros en situación similar a la del interesado.

Resulta fundamental que los letrados pongan especial interés en reivindicar la existencia y adecuación de dependencias para poder llevar a cabo esta entrevista presentando reclamación en la propia oficina y dando parte a su colegio de las deficiencias que detecte.

La entrevista a mantener ha de tener, como mínimo, tres finalidades: informar al interesado de su situación y de las posibilidades jurídicas existentes, facilitar los medios para mantener ulteriores contactos y recabar datos con los que articular la defensa correctamente.

De modo más amplio, estas finalidades pueden concretarse en las siguientes actuaciones:

— Identificación del letrado ante el asistido, proporcionándole los medios para permitir ulteriores contactos (teléfono, fax, correo electrónico, etc.). Debe llamársele la atención sobre la importancia de este contacto y los perjuicios de no mantenerlo.
— Recabar del asistido los medios para localizarlo y notificarle el resultado de las actuaciones que lleve a cabo, informándole de la conveniencia de que en caso de que cambie de domicilio, número de teléfono, etc., se ponga esta circunstancia en conocimiento del letrado. A este respecto, debe recomendarse la redacción de una hoja de recogida de datos, en la que se informe al cliente de los datos del letrado, y se le indique la conveniencia de que comunique los cambios de domicilio, señas, números de teléfono u otros medios de localización.
— Requerir del asistido su consentimiento para que el letrado pueda facilitar información sobre su situación jurídica a terceras personas que entren en contacto con el letrado (familiares que se encuentren en España, organizaciones no gubernamentales, etcétera).
— Requerir los datos en los que pueda cimentar la línea de defensa a seguir, así como las personas o entidades que puedan disponer de los elementos probatorios correspondientes. El encargo mediante nota al letrado tendría también la consecuencia de que el letrado contaría con un documento que le permitiría solicitar determinados documentos para utilizar en este procedimiento en nombre de su asistido.
— Explicación al asistido de cuál es su situación jurídica y el procedimiento que se está siguiendo.
— Indagar sobre la situación del asistido, especialmente si se advierten signos de que el interesado pueda formar parte de un grupo especialmente vulnerable o necesitado de algún tipo de protección.
— Explicar, si resulta procedente, la posibilidad de acogerse a lo previsto en el artículo 141.8 del Reglamento de extranjería, acordando con el asistido el momento más oportuno para plantear esta posibilidad a las autoridades, de modo que no perjudique sus legítimos derechos e intereses.

— En el supuesto de que se vaya a proceder al internamiento el letrado debe informar también sobre la naturaleza del mismo y sobre los derechos y deberes que en tal condición se reconocen al interesado. De manera particular, deberá comunicarle la forma en la que puede entrar en contacto con él.

Una última cuestión relevante es la que se refiere a la pérdida de contacto entre el letrado y el asistido. De este modo el abogado se convierte en un mero tramitador que no asume el desempeño de las funciones sustantivas que le son propias. En diversos informes emitidos por los colegios de abogados a requerimiento de esta Institución, se pone de manifiesto que en los supuestos mayoritarios en que el juez autoriza el internamiento de un ciudadano extranjero, éste suele perder todo contacto con el abogado. Otro tanto ocurre cuando los procedimientos se tramitan con el interesado en libertad [54]. Esta pérdida de contacto tan sólo es superable si se ha producido una buena interlocución entre abogado y asistido en esta entrevista. Si luego el asistido no cumple con lo que se le indica, ha de ser en su exclusivo perjuicio y el letrado no está obligado a mantener su pretensión si no cuenta con elementos suficientes para ello.

Compete al letrado decidir cuál es el momento oportuno para el desarrollo de la entrevista, aunque debe procurar efectuarla con la mayor urgencia posible, para evitar que una ulterior actuación de la instrucción la dificulte en la práctica de cualquier forma (por ejemplo, por procederse al traslado a un centro de internamiento de extranjeros). Obviamente, el letrado podrá reunirse con su asistido, cualquiera que sea su situación jurídica cuantas veces lo estime necesario, sin que la celebración de una entrevista implique la imposibilidad de desarrollar otros encuentros.

4.5.6. Formulación de alegaciones

La presentación de alegaciones y, en su caso, proposición de medios de prueba, es un elemento esencial de la actuación de defensa letrada, por más que en varios de los informes recibidos de los colegios (entre otros Valencia) se ponga de manifiesto su escasa utilidad.

También se ha indicado que, a pesar de la existencia de convenios de colaboración entre las subdelegaciones del Gobierno y los colegios de abogados, son frecuentes los casos de pérdida de contacto con el expediente por parte del abogado, por dificultades de acceso al expediente que contravienen las disposiciones más elementales del procedimiento administrativo y que son especialmente perturbadoras en los procedimientos que se tramitan por la vía preferen-

[54] En algunas situaciones las dificultades para el mantenimiento del contacto son objetivas y difícilmente superables. Así ocurre, por ejemplo, con los traslados de extranjeros en Canarias, entre islas o al territorio peninsular y también por el paso de extranjeros desde Ceuta y Melilla.

te. De acuerdo con todo lo dicho en el presente informe, el Defensor del Pueblo debe insistir en este punto en la necesidad de articular sistemas más adecuados para asegurar el acceso de los letrados a los expedientes de sus asistidos —en todo caso pero muy particularmente cuando sean sus representantes en el respectivo procedimiento— en condiciones de seguridad y de agilidad.

En opinión de esta Institución la presentación o no de alegaciones es una decisión que depende de la profesionalidad y preparación del letrado que en cada caso concreto asuma la defensa de un ciudadano extranjero. Debe rechazarse la adopción de un criterio unívoco, sea en sentido de presentar siempre esas alegaciones o en el contrario [55].

La intervención del letrado respecto de esta cuestión debe ser la de ilustrar a su defendido de la naturaleza y consecuencias jurídicas que pueden derivarse de la presentación o no de esas alegaciones, haciéndole saber al asistido cuál es su criterio al respecto. En última instancia debe primar el criterio del ciudadano, una vez que haya sido debidamente informado. Si no fuera coincidente el criterio del letrado y el del ciudadano, prevalecerá el de éste, salvando su opinión el letrado en la «hoja de encargo», propuesta a la que se ha venido haciendo reiteradamente alusión a lo largo del presente informe.

Resulta, no obstante, conveniente tener presente en este punto lo que dispone el apartado III del Protocolo aprobado en el XIV Encuentro de Abogados sobre Derecho de Extranjería, que pone el acento en que, en la mayor parte de los casos, dadas las características de las personas asistidas y su ignorancia del idioma, se encuentran en la forma más absoluta en manos del abogado, más aún si cabe que en cualquier otro tipo de procedimiento judicial o administrativo. También se añade en ese protocolo que la ausencia de alegaciones implica unas consecuencias jurídicas negativas, en el sentido de dar por admitidos los hechos o motivos de infracción imputados. Efectivamente tal consecuencia se deduce del artículo 63.2 de la Ley de extranjería y deberá ser ponderada en todos los casos por el letrado que realiza la asistencia jurídica.

En cuanto a la forma en la que pueden presentarse las alegaciones, debe afirmarse la admisibilidad de la presentación de alegaciones por cualquiera de los medios admitidos en Derecho, sin que resulte correcto que de manera unilateral la autoridad gubernativa imponga un sistema único.

4.5.7. Notificaciones

En este epígrafe se da cuenta de la forma en que se producen las notificaciones de todo el procedimiento y, principalmente, de la resolución que acuerda la expulsión.

---

[55] El Informe correspondiente al año 2003, recoge (págs. 146 a 161) dos ejemplos claros de dos formas de actuar en las que en un caso nunca se presentaban alegaciones (Ceuta) y en otro se presentaban siempre (Algeciras).

Dada la naturaleza de la expulsión, debe tenerse presente que en el procedimiento en el que se acuerda la misma tiene que haber paridad de armas. Ha de partirse de la evidencia de que, a priori, los medios de actuación no son comparables cuando se trata de la Administración y de los ciudadanos y que precisamente, en atención a ello y la importancia de los derechos e intereses en juego, el legislador ha dispuesto el establecimiento de la asistencia jurídica como fórmula práctica equilibradora.

En estas circunstancias, la normativa (arts. 128.1, 129.1 y 131 del Reglamento de extranjería) establece de modo sistemático que las notificaciones se harán al interesado. Sin embargo, en muchos casos, el letrado que asiste al interesado es también su representante, en virtud de un documento obtenido al amparo del artículo 32.3 de la Ley 30/1992, lo que ha llevado a situaciones complejas:

— Casos en que el interesado está internado, o privado de libertad por otra causa, y las diversas actuaciones y la resolución final se le notifican exclusivamente a él pero no a su letrado-representante.
— Casos en que unas resoluciones se notifican al interesado directamente [56] y otras al representante [57]. En algunas provincias se ha señalado que la resolución final —y sólo ésta— se remite al letrado a través de fax.
— Se han detectado igualmente algunos casos de uso generalizado de la vía de notificación edictal, a través del *Boletín Oficial de la Provincia*, sin que queden acreditados los intentos previos de notificación personal.

Un reciente auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de San Sebastián, de 15 de febrero de 2005, ha acordado en un incidente de medida cautelar respecto de la expulsión de una ciudadana boliviana, ya materializada, el retorno de la interesada al territorio español basándose en que no se produjo notificación de la resolución de expulsión al letrado. El argumento que se emplea principalmente es, en síntesis, que si no fue solicitada la medida cautelar en el momento en que pudiera haberse evitado la ejecución de la expulsión, ello fue debido exclusivamente a la falta de notificación de esa decisión administrativa al letrado. Continúa el auto indicando que el plazo de tres días durante el que permaneció detenida la interesada es «tiempo más que suficiente para que se hubiera advertido al letrado de la materialización de la expulsión sin que al obrar en el expediente administrativo las actuaciones desarrolladas esos días pueda conocerse qué causas impidieron esa notificación que sí en

[56] A este respecto se ha señalado que en Lanzarote cuando la autoridad gubernativa resuelve el expediente de expulsión en un plazo inferior a cuarenta días, la notificación únicamente se realiza al interno, que por su situación y por las condiciones de las dependencias en que se encuentra no tiene ocasión de solicitar la asistencia jurídica gratuita, para acudir ante la jurisdicción.

[57] Se ha planteado igualmente la incoherencia de la actitud de ciertas plantillas policiales, que admitiendo la representación del letrado a efectos de notificación y para la presentación de alegaciones, sin embargo, no le notifican la resolución que recae en el expediente de expulsión. Este problema se resolvería fácilmente mediante instrucciones internas que exigieran una actuación coherente.

cambio se practicó días después». La ausencia de las actuaciones que debieran haberse seguido (entre otras, la notificación al letrado de la resolución) determina la improcedencia de la expulsión, cuya suspensión procede acordar porque «se revelan como evidentes y notorios» [58] los perjuicios de la ejecución anticipada de la expulsión, y que en este supuesto se han materializado ya, al producirse un quebranto de la situación personal, familiar y laboral de arraigo, no alcanzándose a vislumbrar cuál es el perjuicio que para la Administración supone el retrasar la ejecución el tiempo que el procedimiento avance hasta la resolución firme en análisis de la conformidad a Derecho de la resolución recurrida».

El XIV Encuentro de Abogados sobre Derecho de Extranjería (conclusión 6.ª de la mesa 4.ª) abogó por el establecimiento de un sistema de doble notificación, similar al que se produce en el procedimiento penal, de tal forma que cada trámite se notifique al ciudadano extranjero y al letrado, sin que comiencen a contar los plazos hasta que se hayan realizado las dos notificaciones.

En opinión del Defensor del Pueblo hay que tener en cuenta, como mínimo, las siguientes consideraciones:

— Si consta que el letrado es el representante del interesado, como mínimo habrá que notificarle a él todas las actuaciones y, desde luego, la resolución de expulsión.
— Un letrado representante no puede negarse a facilitar los medios para que se le practiquen las notificaciones oportunas, debiendo facilitárselos a la instrucción si los solicita (especialmente la posibilidad de notificación por medios electrónicos que parece más segura que el fax, de acuerdo con el art. 59.3 de la Ley 30/1992).
— Al menos en todos aquellos casos en los que el interesado esté bajo la responsabilidad de las fuerzas y cuerpos de seguridad, con independencia de la notificación al representante, deberá procederse a notificar la resolución directamente a él. A ello conduce una interpretación integradora de los párrafos *a)*, *c)* y *f)* del artículo 62 bis de la Ley de extranjería, que por existir identidad de supuestos fácticos debe también extenderse a otras situaciones de privación de libertad.

Por último, las notificaciones de la resolución de expediente de expulsión deben practicarse diligentemente. A este respecto, se han detectado problemas en la prestación de una adecuada asistencia jurídica, especialmente en el acceso a la justicia cautelar, como consecuencia de retrasos en la notificación. La exigencia general de que la notificación se haga dentro del plazo de diez días desde la fecha en que se dictó el acto (art. 58.2 de la Ley 30/1992), ha de entenderse en este caso no como una habilitación para que la Administración decida cuál es el momento más oportuno en que debe notificarse. Por el contrario, la

[58] En otro párrafo de esta decisión se afirma que son irreparables por contrarios al artículo 24 de la Constitución.

ponderación de los derechos e intereses afectados por la resolución obliga a exigir una diligencia especial, que evite dejar a los interesados sin un recurso efectivo frente a la decisión adoptada.

Los retrasos en las notificaciones han motivado varias investigaciones del Defensor del Pueblo. Una de ellas se inició de oficio como consecuencia de la expulsión de dos ciudadanas nigerianas mediante sendas resoluciones dictadas por la Delegación del Gobierno en Murcia. Se observó que desde la fecha en que consta la salida de la resolución hasta la de notificación transcurrieron seis días, estando las afectadas en todo momento localizadas por encontrarse en un centro de internamiento. En el curso de las actuaciones pudo comprobarse que las notificaciones se practicaron en Madrid-Barajas el mismo día de la expulsión. Tales circunstancias coincidían con el relato proporcionado por los letrados que las asistieron, quienes manifestaron que el retraso en la notificación había privado a sus representadas de la posibilidad de ejercitar alguna acción ante los tribunales para la mejor defensa de sus derechos e intereses. A resultas de esta investigación la Comisaría General de Extranjería y Documentación, dictó instrucciones que recordaban la obligación de agilidad en los trámites de notificación a los interesados, así como a sus representantes legales en este tipo de procedimientos.

En otro asunto esta Institución dirigió en 2001 una recomendación a la Subdelegación del Gobierno en Málaga por una demora de dieciséis días en la notificación de una resolución de expulsión a un ciudadano extranjero que se encontraba en un centro de internamiento. Un año más tarde se dirigió otra recomendación a la Delegación del Gobierno en Murcia para que los trámites de notificación de las resoluciones de expulsión se produjeran con la máxima celeridad y, en todo caso, asegurando que entre el momento de la notificación y el de la ejecución de la resolución acordada existiera un lapso temporal suficiente como para hacer viable el efectivo acceso a los tribunales.

Es evidente que ni las autoridades gubernativas ni las policiales tienen entre sus competencias la de decidir cuándo ha de practicarse una notificación, debiendo limitarse a impulsar el procedimiento con la debida celeridad y eficiencia, con el fin de hacer viable a los interesados el ejercicio de las acciones impugnatorias que contempla nuestro ordenamiento. El plazo de diez días es el máximo que puede transcurrir entre la producción del acto administrativo de expulsión y el momento en que ha de ser conocido por quienes están directamente afectados por el mismo. Por eso, este plazo, como se puso de relieve en el Informe anual de 2002, «no puede tomarse como un período franco dentro del cual quede al exclusivo arbitrio de la Administración la determinación del momento en que cumplirá con su deber».

También se ha denunciado que la Administración suele poner trabas al acceso por los letrados tanto al expediente administrativo como a la resolución por la que se notifica la expulsión. Así se ha señalado el caso de la Subdelegación del Gobierno en Las Palmas, en donde se ha exigido en ocasiones acreditación o prueba de la condición de letrado, vulnerando con tal exigencia el artícu-

lo 35 *f)* de la Ley 30/1992 que señala que la Administración actuante no podrá solicitar aquellos documentos que ya obran en su poder.

4.5.8. Ejecución de la expulsión

Aun cuando la previsión legal, incluso en los casos del procedimiento ordinario, indica que una vez acordada la expulsión por la autoridad correspondiente, dicha medida se ejecute con celeridad, la realidad muestra unos resultados bien distintos. Algunos ejemplos se indican a continuación:

— Expulsión en procedimiento preferente con interesado sometido a internamiento: En principio se podrá cumplir con mayor seguridad el mandato de inmediatez que establecen las normas, aunque en la práctica la cuestión depende de la programación de viajes que hagan los órganos centrales de la Comisaría General de Extranjería y Documentación. En este caso cobra singular importancia el hecho de que el letrado sea rápida y puntualmente notificado de la resolución para que pueda ejercitar las actuaciones oportunas ante la jurisdicción contencioso-administrativa.
— Expulsión en procedimiento preferente seguida con el interesado en libertad o en procedimiento ordinario pasado el plazo de salida obligatoria: La inmediatez de la resolución parece que se verá diferida al momento en que el interesado sea notificado e incluso a una posterior detención. En la práctica surgen problemas por el uso excesivo de las notificaciones vía edictal. En muchos casos, producida la detención, el lugar de la misma hará que intervenga un segundo letrado que asume determinadas obligaciones. Esta situación plantea uno de los retos más relevantes al que debe enfrentarse el sistema de asistencia letrada. El segundo letrado actúa hasta la fecha sobre la base de su propio criterio, siendo deseable en estos casos que exista la necesaria colaboración entre los dos letrados que intervienen. Esta Institución considera que una situación de este tipo exige que el letrado recabe la identidad y datos del letrado que llevó el procedimiento de expulsión a través de una entrevista reservada con el interesado, en la que deberá poner especial empeño en identificar circunstancias relevantes producidas con posterioridad a la fecha de incoación del procedimiento que puedan tener algún interés.
— Expulsión en la que no se puede proceder a la materialización de la misma en el plazo de la detención y en la que se ha interesado el internamiento con anterioridad: Con independencia de cuanto se ha dicho, lo primero que debe verificarse es que en el caso del procedimiento preferente no se ha tenido un anterior internamiento. De nuevo cobra aquí gran relevancia la fluidez de las relaciones entre los dos letrados que puedan intervenir.

En relación con estas cuestiones cabe citar la información remitida desde el Colegio de Abogados de Almería, que manifiesta que se han producido deten-

ciones en la Comisaría de El Ejido en la que se ha omitido la asistencia letrada, sobre todo a la hora de ejecutar a toda costa los expedientes de expulsión. En estos casos se detiene al inmigrante previamente expedientado y de manera inmediata se ejecuta la expulsión, sin facilitarle asistencia letrada y sin poder articular los medios oportunos de defensa. En similares términos ha remitido su informe el Colegio de Abogados de Pamplona. Según ese colegio «en aquellos supuestos en que la persona que es detenida se comprueba que ya tiene un expediente de expulsión a falta tan sólo de ejecutar, se nos avisa a través del buscapersonas, de su detención e inmediata expulsión en setenta y dos horas, pero no se nos permite la entrevista con el supuesto detenido». A tenor de lo indicado en dicho informe, la Administración considera que esta situación no es de detención y, por tanto no es necesario que el abogado intervenga. El Defensor del Pueblo debe señalar que estas prácticas no cuentan con base legal alguna y vulneran la propia esencia de la asistencia jurídica.

Como cuestión común para los casos en que la ejecución, sin perjuicio de que si el letrado que actuó en un primer momento realizó correctamente su trabajo, el interesado debe estar en condiciones de dar su nombre, dirección y teléfono, sería muy positiva la creación de una base de datos por el Consejo General de la Abogacía Española en la que los letrados actuantes estuvieran obligados, bajo sanción por mala práctica profesional, a dar de alta y mantener actualizados los casos en que han asistido. De esta forma el segundo letrado tendría una información básica para el correcto ejercicio del derecho de defensa.

A partir de ese momento, los dos letrados deberán entrar en contacto y acordar las medidas a adoptar y quién debe proceder, en función de las circunstancias concurrentes (verificación de que no existe caducidad o prescripción, planteamiento en su caso de los recursos judiciales si existe plazo, puesta en conocimiento de la autoridad que dictó la expulsión de circunstancias sobrevenidas que merezcan una nueva evaluación, etc.). Se trata, en definitiva, de asegurar por todos los medios prácticos necesarios que los dos letrados trabajan en la misma dirección y que el principio de coherencia y unidad de la actuación de defensa se convierte en una realidad.

Por último debe tenerse en cuenta de cara a la actuación del letrado, que en el caso de que su asistido haya hecho uso de lo previsto en el artículo 141.8 del Reglamento de extranjería —la ejecución de la expulsión a costa del extranjero si dispusiere de medios económicos—. Deberá el letrado asegurarse de que se procede a dejar sin efecto la prohibición de entrada debiendo reclamar que la misma desaparezca de todos aquellos sistemas de información en que haya sido anotada, para lo cual se proveerá del oportuno documento de representación específico conforme a la legislación de protección de datos.

4.5.9. Especial consideración de la actuación letrada en supuestos de ejecución por las autoridades españolas de una orden de expulsión dictada por un Estado miembro de la Unión Europea

Se contempla en este caso la ejecución forzosa de resoluciones de expulsión dictadas por Estados miembros de la Unión Europea que no fueron ejecutadas en su momento, pues en otro caso —como ya indicó— lo procedente sería acordar la devolución por contravención de la prohibición de entrada. La legislación española da así cumplimiento a las directrices de la Unión tendentes a la creación de un espacio único europeo en materia de control de la extranjería.

Ahora bien, en este ámbito la actuación letrada, se enfrenta a diversas cuestiones del máximo interés para asegurar que la aplicación de la norma respete el estándar mínimo de garantías que debe asegurarse en todo caso. Este tema tiene particular importancia porque al darse valor ejecutivo al expediente ya instruido por otro Estado la materialización del mismo podrá ser muy rápida.

Conviene en este punto recordar la obligatoriedad, también para este caso, de la asistencia letrada. Ciertamente se podría argüir que el artículo 22 de la Ley de extranjería concede asistencia jurídica para determinados expedientes administrativos y que el expediente ya se ha formalizado en otro Estado de la Unión Europea. Sin embargo una interpretación sistemática de la legislación y particularmente del artículo ya citado, obliga a considerar exigible esa asistencia también en el presente caso, puesto que cabe oponer causas para dejar en suspenso o no ejecutar la decisión adoptada por otro Estado. Ello implica el desarrollo de un procedimiento para decidir sobre la ejecución de la expulsión, siquiera sea mínimo, que cuando menos ha de incluir una audiencia del interesado y un proceso de toma en consideración de lo que él diga, a fin de no causarle indefensión.

La siguiente cuestión a dilucidar es si la decisión de expulsión ha de ser ejecutada de manera autónoma por las fuerzas y cuerpos de seguridad o debe ser ordenada por una autoridad gubernativa. Dadas las particulares circunstancias de esta modalidad de ejecución forzosa de la expulsión, y la necesidad de asegurar una evaluación y control superior sobre la misma, parece evidente defender que la orden deba ser cursada por una autoridad. A ello conduce también la aplicación de lo previsto en la disposición adicional primera del Reglamento de extranjería que atribuye a los delegados del Gobierno en las comunidades autónomas uniprovinciales y a los subdelegados del Gobierno en las provincias, las competencias en materia de informes, resoluciones y sanciones que no vinieran expresamente atribuidas a un determinado órgano por el propio Reglamento.

Por otra parte, al depender la actuación española de una decisión adoptada por otro Estado, es fácil adivinar que un intento de aplicación de este mecanismo va a plantear problemas en una doble vertiente: Por las limitaciones que el letrado español tendrá para ser admitido como representante ante las instancias

diplomáticas oportunas del país que tramitó el expediente de expulsión (pensemos que en muchos casos el extranjero estará internado o que la expulsión será inminente); y por la dificultad de articular una vía de defensa ante las autoridades españolas que harán depender toda decisión final del mantenimiento de la vigencia de la orden de expulsión (se desentenderán de todo mientras que el país que dictó la orden no diga que la deja sin efecto).

El letrado, además de las obligaciones de información que ya han quedado expuestas a lo largo del presente capítulo tendrá que preocuparse con especial interés de las siguientes cuestiones:

— Asegurarse de que la identificación del interesado ha sido concluyente, requiriendo copia de la documentación que lo acredite y exigiendo en todo caso que se efectúe un cotejo de huellas.
— El letrado debe exigir que se recojan por escrito en una comparecencia las circunstancias que el interesado pueda alegar, y las pruebas que pueda aportar, que tengan relevancia para poner en cuestión la materialización de la expulsión (arraigo en España, matrimonio posterior con ciudadanos comunitarios, hijos españoles, autorizaciones de residencia vigentes, etcétera).
— Al darse valor a un expediente instruido con arreglo al Derecho de otro Estado, cobra relevancia la normativa del mismo en orden a conocer las causas y plazos de caducidad y, eventualmente, de prescripción. Un letrado español puede tener dificultades, incluso idiomáticas, para conocer en detalle la legislación de 24 países. Por esta razón debe reivindicarse que los colegios o una instancia nacional como el Consejo General de la Abogacía provea estos servicios a través de páginas web e introduzca entre los contenidos de sus módulos formativos la familiarización con estos sistemas de consulta. También deberían mantenerse a esos efectos sistemas de contacto con las entidades homólogas de los demás países miembros de la Unión Europea para mejorar la calidad de la información disponible y, en último caso, acceder a los antecedentes de los casos.

Ciertamente el ordenamiento de los Estados miembros de la Unión Europea está sufriendo un proceso de armonización progresiva, pero no ha de descartarse a priori la existencia de causas de expulsión que no se contemplen en el Derecho español. En esta tesitura la situación sería compleja, puesto que la Ley de extranjería no hace ninguna acotación de las causas por las que puede procederse a la expulsión y, por otra parte, reivindicar una especie de adecuación al Derecho español puede contrariar las normas comunes. En el fondo de esta cuestión gravita un asunto del máximo interés, que puede llegar a constituir un vicio de fondo de la construcción europea, no contemplar a un tiempo las medidas de actuación y las garantías con que debe rodearse la aplicación de esas medidas.

5. ASISTENCIA LETRADA A LOS EXTRANJEROS SOMETIDOS A INTERNAMIENTO

La limitación de libertad que tienen las personas internadas en los centros de internamiento de extranjeros, hace que sea especialmente importante para ellos el contar con una adecuada asistencia jurídica, por ello se ha considerado necesario abordar en el presente apartado las distintas incidencias que pueden producirse cuando los ciudadanos extranjeros se encuentran ingresados en este tipo de centros.

5.1. Precisiones terminológicas y conceptuales

Auto de internamiento: Resolución judicial motivada en la que el juez de instrucción correspondiente al lugar de la detención de un extranjero da su conformidad a una solicitud de internamiento que le ha sido cursada por la Administración. La emisión de un auto de esta naturaleza requiere audiencia del interesado.

Centro de internamiento de extranjeros: Establecimiento público de carácter no penitenciario, dependiente del Ministerio del Interior, a través de la Dirección General de la Policía, para la custodia, a disposición de la autoridad judicial, de ciudadanos extranjeros sometidos a expedientes de expulsión o de devolución. Su creación corresponde al citado Ministerio, mediante orden, y la normativa de desarrollo de su régimen de actuación es competencia del Ministerio de la Presidencia, a propuesta conjunta de los ministerios del Interior y de Administraciones Públicas. El Defensor del Pueblo ha tenido ocasión de manifestar que, en su opinión, el internamiento de extranjeros —con la salvedad de las denegaciones de entrada y retorno— no puede llevarse a efecto en un centro de una naturaleza distinta de la indicada [59]. Suele usarse para designarlos el acrónimo CIE.

Internamiento: A los efectos de la legislación de extranjería, se trata de una medida cautelar administrativa, adoptada en el curso de un procedimiento de la misma naturaleza, privativa de libertad y autorizada judicialmente. Es una medida de carácter temporal y duración máxima legalmente establecida, cuya finalidad es la de asegurar la futura ejecución de una resolución de expulsión o de devolución del territorio nacional. Excepcionalmente cabe también solicitar el internamiento en los casos de ejecución de medidas de retorno.

El internamiento es siempre igual en cuanto a su naturaleza, ahora bien, las causas por las que se produce pueden obedecer a distintos motivos:

---

[59] La investigación abierta como consecuencia de la autorización de internamientos en la denominada «Sala cuatro» está reseñada con detalle en el Informe anual 2003 (págs. 318-321).

1. Que contra el extranjero se haya incoado expediente imputándole la comisión de alguna de las infracciones graves o muy graves previstas en las letras *a)* y *b)* del artículo 54.1 o bien en las letras *a)*, *d)* y *f)* del artículo 53 de la Ley de extranjería. Esto es:

— Participar en actividades contrarias a la seguridad exterior del Estado o que pueden perjudicar las relaciones de España con otros países, así como estar implicado en actividades contrarias al orden público previstas como graves o muy graves en la Ley Orgánica 1/1992.
— Inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro, individualmente o formando parte de una organización, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español o su permanencia en el mismo, siempre que el hecho no constituya delito.
— Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiera solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente.
— El incumplimiento de las medidas impuestas por razón de seguridad pública, de presentación periódica, de alejamiento de fronteras o de determinados núcleos de población.

2. La normativa (art. 64.1 de la Ley de extranjería) contempla la posibilidad de que se efectúe un internamiento en aquellos casos en que se haya dictado una resolución de expulsión y el extranjero no abandone el territorio nacional en el plazo concedido para ello. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que conforme al artículo 62.2 de la Ley de extranjería no podrá autorizarse un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previstas en un mismo expediente si el interesado ya fue objeto de esa medida.

3. El artículo 64.3 de la Ley de extranjería contiene una modalidad especial del internamiento para la ejecución forzosa de una expulsión, respecto de aquellos casos en que la resolución haya sido dictada por las autoridades de cualesquiera de los países de la Unión Europea.

4. En los supuestos en que se dicte un acuerdo de devolución y no resulte posible ejecutarlo en el plazo de setenta y dos horas (art. 58.5 de la Ley de extranjería).

5. En el supuesto de que se retrase más allá de setenta y dos horas la materialización de la resolución de retorno, subsiguiente a una denegación de entrada. La regulación de este internamiento específico se realiza en el artículo 60 de la Ley de extranjería. A tenor de lo dispuesto en su apartado primero, es el juez de instrucción quien debe designar el lugar en el que se va a llevar a cabo el internamiento hasta que pueda efectuarse el retorno. Ello implica que el lugar elegido no necesariamente tendría que ser un centro de internamiento, siempre que cumpla con los requisitos señalados en el apartado 2 del mismo precepto (no tener carácter penitenciario y estar dotado de servicios sociales, jurídicos, culturales y asistenciales).

5.2. Derechos de la persona internada

De acuerdo con lo que establece el artículo 62 bis de la Ley de extranjería, añadido por la Ley Orgánica 14/2003, los extranjeros sometidos a internamiento gozan de los siguientes derechos:

— A ser informado de su situación.
— A que se vele por el respeto a su vida, integridad física y salud, sin que puedan en ningún caso ser sometidos a tratos degradantes o a malos tratos de palabra o de obra y a que sea preservada su dignidad y su intimidad.
— A que se facilite el ejercicio de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico sin más limitaciones que las derivadas de su situación de internamiento.
— A recibir asistencia médica y sanitaria adecuadas y a ser asistidos por los servicios de asistencia social del centro [60].
— A que se comunique inmediatamente a la persona que designe en España y a su abogado el ingreso en el centro, así como a la oficina consular del país del que es nacional.
— A ser asistido de abogado, que se proporcionará de oficio en su caso, y a comunicarse reservadamente con el mismo, incluso fuera del horario general del centro, cuando la urgencia del caso lo justifique.
— A comunicarse en el horario establecido en el centro, con sus familiares, funcionarios consulares de su país u otras personas, que sólo podrán restringirse por resolución judicial.
— A ser asistido de intérprete si no comprende o no habla castellano y de forma gratuita si carece de medios económicos.
— A tener en su compañía a sus hijos menores, siempre que el Ministerio Fiscal informe favorablemente de tal medida y existan en el centro módulos que garanticen la unidad e intimidad familiar.

---

[60] Cada centro de internamiento deberá contar con un servicio de asistencia sanitaria según dispone el artículo 7.1 *e)* de la Orden del Ministerio de la Presidencia, de 22 de febrero de 1999, que establece las normas de funcionamiento y régimen interior de los Centros de Internamiento de Extranjeros (*BOE* núm. 47, de 24 de febrero de 1999), que estará bajo la responsabilidad de un médico general, auxiliado por un diplomado universitario en enfermería (art. 12.1). Entre las funciones de este servicio se encuentra, además de la atención sanitaria, médica y farmacéutica de los internos, la organización e inspección de los servicios de higiene, estado, preparación y distribución de los alimentos, aseo e higiene de los extranjeros ingresados, higiene, calefacción, iluminación y ventilación de las dependencias y servicios de control periódico de salubridad del centro (art. 12.3). Por su parte, la asistencia social se regula en el artículo 7.1 *f)*, y habrá de estar al cargo de trabajadores sociales (art. 13.1). Este servicio podrá ser concertado con otros organismos públicos, o incluso con organizaciones no gubernamentales (art. 13.2), y se orientará a atender problemas ocasionados por los internos e incluso a sus familias con ocasión de su internamiento, en especial, los relacionados con la interpretación de lenguas, vínculos familiares con el exterior y tramitación de documentos (art. 13.3).

5.3. Deberes de la persona internada

Los deberes de los extranjeros internados se determinan en el artículo 62 ter, igualmente incorporado a la Ley de extranjería por la Ley Orgánica 14/2003, y son los siguientes:

— A permanecer en el centro a disposición del juez de instrucción que hubiere autorizado su ingreso.
— A observar las normas por las que se rige el centro y a cumplir las instrucciones generales impartidas por la dirección y las particulares que reciban de los funcionarios en el ejercicio legítimo de sus funciones, encaminadas al mantenimiento del orden y la seguridad dentro del mismo, así como las relativas a su propio aseo e higiene y la limpieza del centro.
— Mantener una actividad cívica correcta y de respeto con los funcionarios y empleados del centro, con los visitantes y con los otros extranjeros internados, absteniéndose de proferir insultos y amenazas contra los mismos, de promover o intervenir en agresiones, peleas, desórdenes y demás actos individuales o colectivos que alteren la convivencia.
— Conservar el buen estado de las instalaciones materiales, mobiliario y demás efectos del centro, evitando el deterioro o la inutilización deliberada, tanto de éstos como de los bienes o pertenencias de los demás extranjeros ingresados o funcionarios.
— Someterse a reconocimiento médico a la entrada y salida del centro, así como en aquellos casos en que, por razones de salud colectiva apreciadas por el servicio médico, y a petición de éste, lo disponga el director del centro.

Con el fin de que los extranjeros conozcan cuáles son sus derechos y obligaciones, las cuestiones de organización general, las normas de funcionamiento del centro, las normas disciplinarias y los medios para formular peticiones o quejas, se les debe entregar cuando llegan al centro información escrita en un idioma que entiendan (art. 62 quáter, 1 de la Ley de extranjería).

Todos los internados podrán formular, verbalmente o por escrito, peticiones y quejas sobre cuestiones referentes a su situación de internamiento. Dichas peticiones o quejas también podrán ser presentadas al director del centro, el cual las atenderá si son de su competencia o las pondrá en conocimiento de la autoridad competente, en caso contrario. (art. 62 quáter, 2).

El artículo 62 quinquies de la Ley de extranjería contempla la posibilidad de que pueda recurrirse a la adopción de medidas de contención física o separación temporal, para evitar actos de violencia u otras actuaciones que supongan un incumplimiento de los deberes establecidos para los internos. La facultad para la imposición de estas medidas corresponde al director del centro, salvo en el caso de que sea necesario recurrir urgentemente al empleo de medidas de contención, en cuyo caso podrán establecerse por el responsable del servicio,

sin perjuicio de ponerlo en conocimiento del director con carácter inmediato (art. 62 sexies y 62 quinquies, 2).

El artículo 62 quinquies se ha encargado de establecer que en el caso de los medios de contención su uso será «proporcional a la finalidad perseguida». En cuanto a la «separación preventiva del agresor en habitación individual», en opinión de esta Institución, hubiera sido deseable que la ley concretara la duración máxima de esa medida y que fijara de manera clara el momento en el que se debe comunicar al juez la adopción de la misma.

El centro debe informar al juez que autorizó el internamiento sobre la adopción de cualesquiera de estas medidas. Esta Institución considera que debería haberse definido de una manera más completa las atribuciones del juez cuando tiene conocimiento de que a un interno se le han impuesto medios de contención física personal, ya que la ley sólo se refiere a lo que debe hacer el juez cuando al ciudadano extranjero se le impuso una medida de separación preventiva. En todo caso, habida cuenta de que el extranjero internado se encuentra a su disposición mientras dura el internamiento, cabe entender que, a pesar de la redacción del precepto, el juez tiene facultades para ordenar el levantamiento o atenuación de la medida de contención.

5.4. Normativa reguladora de los centros de internamiento

La normativa aplicable a los centros de internamiento, como toda la relacionada con la materia de extranjería, ha sufrido numerosos cambios. Desde que comenzó a regularse la extranjería (a través de un Real Decreto de 1852), la expulsión siempre ha estado acompañada de medidas cautelares de internamiento en centros de diversa naturaleza, incluso penitenciarios. Tales medidas eran ordenadas por los miembros de la Administración, sin ningún tipo de control judicial hasta la Ley Orgánica 7/1985.

Como antecedentes en la legislación española de supuestos en los que se podían acordar medidas privativas de libertad a extranjeros en centros diferentes a los penitenciarios se encuentran:

— La Ley de vagos y maleantes de 1933, que preveía en su artículo 6.9 que «los extranjeros peligrosos serán expulsados del territorio nacional y cuando quebrantaren la orden de expulsión, serán internados en establecimiento de custodia por un año».
— La Ley 16/1970, de 4 de agosto, de Peligrosidad y Rehabilitación Social, que establecía unos centros especiales para la aplicación de las medidas cautelares de detención e internamiento preventivo de los extranjeros declarados peligrosos.

Los artículos 19 y siguientes del Decreto 1144/1971, de 13 de mayo, por el que se aprobó el Reglamento para la aplicación de la Ley sobre peligrosidad y

rehabilitación social, hacían referencia a estos centros preventivos y encomendaban al juez de peligrosidad y rehabilitación que cuidara del internamiento, estableciéndose un control judicial sobre el rehabilitado.

Posteriormente, se recogió esta materia en el Decreto 522/1974, de 14 de febrero, que estuvo en vigor hasta la publicación del primer Reglamento de extranjería aprobado por el Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo. Las previsiones del Decreto 522/1974 fueron muy criticadas por la doctrina puesto que las formas de ejecución de la detención no contemplaban la intervención de la autoridad judicial, concentrándose originariamente todas las facultades en el Director de la Seguridad del Estado, que podía delegar sus funciones en otras autoridades gubernativas. Tampoco se establecía una duración determinada para esta medida, ya que el ingreso en prisión lo era durante el tiempo necesario para poder evacuar los trámites de comprobación y expulsión.

La Constitución Española de 1978 se convierte en un punto de inflexión, al prohibir a la Administración civil la imposición da sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad. Se pone fin así a la detención administrativa, reservando a la autoridad judicial, la decisión sobre la libertad de las personas.

La Ley Orgánica 7/1985, reguladora de los derechos y libertades de los extranjeros en España, acabó con el sistema creado por el Decreto 522/1974, limitando a cuarenta días la estancia máxima en centro no penitenciario. Se establece la intervención judicial para prorrogar la detención más allá de las setenta y dos horas, y se crean los centros de internamiento de extranjeros.

El legislador creó un sistema de detención, internamiento y expulsión que fue recurrido por el Defensor del Pueblo, pronunciándose el Tribunal Constitucional, en la sentencia 115/87, en el sentido de declarar constitucional este sistema únicamente si se interpreta conforme a los criterios que el citado Tribunal señalaba en dicha sentencia.

Según la interpretación del Tribunal Constitucional, cuando la policía interesa el internamiento, hay que entenderlo como equivalente a solicitar del juez la autorización para que pueda permanecer detenido el extranjero más allá de las setenta y dos horas, debiendo adoptar el órgano judicial libremente su decisión dependiendo de las circunstancias que concurran en el caso. De acuerdo con lo señalado por dicho Tribunal, la decisión no sería administrativa, sino judicial, y por tanto se respetarían los artículos 17.2 y el 25.3 de la Constitución.

En el fundamento jurídico primero de la sentencia en cuestión el Tribunal Constitucional establece que el interno está a disposición de la autoridad judicial, y que el internamiento debe hacerse en centros o locales que no tengan carácter penitenciario, como garantía adicional que trata de evitar que el extranjero sea sometido al tratamiento propio de los centros penitenciarios.

Al amparo del artículo 26.2 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, se pusieron en marcha

varios centros de internamiento de extranjeros. Estos centros, no obstante, carecían de una normativa que desarrollara las previsiones legales. Por todo ello, esta Institución señaló en numerosos informes la necesidad de regular aspectos tales como el estatuto jurídico de los extranjeros sometidos a dicha medida cautelar, la delimitación de competencias, el adecuado control judicial sobre los ingresos autorizados o la articulación de un mecanismo que permitiera gestionar y resolver las quejas y las peticiones de los extranjeros. El Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, aprobado por el Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, dedicó una sección específica a los principales aspectos de estos centros y habilitó en su artículo 113 al, entonces, Ministerio de Justicia e Interior, para que dictara las normas precisas de funcionamiento interno de este tipo de dependencias. Dicha labor de desarrollo se abordó a través de la Orden Ministerial del Ministerio de la Presidencia, de 22 de febrero de 1999, sobre normas de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento.

Posteriormente, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social reguló el ingreso en centros de internamiento (art. 58). Esta regulación, tras la reforma de la ley efectuada por la Ley Orgánica 8/2000, pasó a los artículos 61 y 62. En concreto, en el primero de los artículos citados el internamiento se enumera como una de las medidas cautelares aplicables en el marco de un procedimiento sancionador. Por su parte el artículo 62, hace referencia directa al internamiento, a su duración y a las garantías con las que tal medida puede ser acordada.

El Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprobó el Reglamento de ejecución de la Ley de extranjería, reguló en sus artículos 127 a 132 diferentes aspectos de los centros de internamiento, especialmente en relación con el régimen interno de esos centros y con las condiciones de vida dentro de los mismos. Algunos apartados de esos artículos fueron anulados por la sentencia de la Sala Tercera (Sección Sexta) del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2003, concretamente el apartado que permitía el internamiento de los extranjeros sometidos a cualquier tipo de devolución [art. 127.2 *c)*], la concesión de atribuciones a los directores de los centros para imponer medidas a los extranjeros que no respetasen las normas de convivencia (art. 130.2), así como sobre el régimen de acceso y comunicación de los letrados (art. 130.6). En todos los casos el alto tribunal apreció que la norma había incurrido en una extralimitación de la habitación legal concedida para el desarrollo reglamentario.

Esta decisión judicial provocó cambios en la Ley de extranjería, ya que se entendió que era necesario dar cobertura legal a algunas de las previsiones que la sentencia había anulado. Tales modificaciones se introdujeron por medio de las Leyes Orgánicas 11/2003 (modificó el párrafo 1 del art. 62) y, principalmente, 14/2003. La regulación legal, notablemente ampliada sobre sus disposiciones originales, se ha completado con la aprobación del Reglamento de ejecución de la Ley de extranjería, aprobado por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre. En estos momentos la normativa que regula el internamiento, la forma en la que se ingresa en esos centros, los derechos de los extranjeros inter-

nados, los deberes, las medidas de seguridad que se pueden aplicar a las personas internadas y el funcionamiento de esos centros y su régimen interior se encuentra recogido en los artículos 61.1 *e)*, 62, 62 bis a 62 sexies de la Ley de extranjería y en los artículos 153, 154 y 155 de su Reglamento de desarrollo. En todo lo que se oponga a estos preceptos está también en vigor la Orden de 22 de febrero de 1999.

La principal novedad de esa regulación está en la elevación a rango de ley orgánica de buena parte de la regulación más relevante sobre los centros de internamiento de extranjeros. Varias de las consideraciones realizadas desde el Defensor del Pueblo en sus informes [61] respecto a la naturaleza de estos centros se han visto recogidas en los referidos artículos. De la lectura de esos preceptos se deduce claramente que el internamiento en esa clase de centros no constituye una privación de libertad genérica, sino que tiene como única función la limitación de la libertad de circulación. Ello da lugar a que la Administración esté obligada especialmente a facilitar los medios para que las personas internadas puedan ejercitar los demás derechos no afectados por la limitación de su libertad de circulación.

Esta Institución continúa sus labores de supervisión, poniendo especial interés en conocer las modalidades prácticas de cumplimiento de estos derechos. Así, por ejemplo, se ha podido conocer que en el momento del ingreso se procede a la retirada de los teléfonos móviles de los extranjeros, justificando esa decisión en razones de seguridad. Sobre este particular, en opinión del Defensor del Pueblo, parece más adecuado que tales teléfonos permanecieran depositados en unos casilleros a los que pudieran acceder sus propietarios para realizar llamadas, en lugar de impedir su uso de manera absoluta.

Otro aspecto relevante es el que se refiere al acceso de los letrados a los centros para realizar la asistencia jurídica a sus defendidos. Sobre este particular el Tribunal Supremo en la ya aludida sentencia de 20 de marzo de 2003, anuló el precepto del anterior Reglamento que afectaba directamente a la posibilidad de establecer limitaciones a estas comunicaciones. Cuando se han planteado problemas de esta naturaleza el Defensor del Pueblo ha indicado a la Administración la necesidad de acomodarse al ordenamiento jurídico, que salvaguarda la plena accesibilidad entre el abogado y su asistido. La nueva redacción dada por la Ley Orgánica 14/2003 al artículo 62 bis *f)* de la Ley de extranjería, ha venido a zanjar esta cuestión de forma satisfactoria.

En la práctica esta Institución ha podido comprobar cómo predomina en estos centros el modelo de construcción de carácter penitenciario. Así ocurre en los últimos centros que han entrado en funcionamiento. En el caso de Algeciras, que se inauguró a mediados del año 2003, la idoneidad de las instalaciones está lastrada por una estructura típicamente carcelaria. La adaptación de espacios se

[61] El Informe del Defensor del Pueblo del año 2003 recoge una serie de consideraciones de carácter general que ha observado en las visitas realizadas a los centros de internamiento de extranjeros de Algeciras, Barcelona, Málaga, Murcia y Valencia.

ha hecho sin tomar en cuenta que las nuevas funciones asignadas a este centro requieren unas dependencias de otro tipo. Se han reutilizado las antiguas celdas convirtiéndolas en dormitorios pero manteniendo todas las medidas de seguridad pasiva de las que el edificio disponía como prisión, tales como rastrillos y rejas. En opinión del Defensor del Pueblo, este modelo no resulta válido ni adecuado para un centro de internamiento.

5.5. Datos generales sobre los centros

Como cuestión preliminar, hay que señalar que si bien la normativa indica que el internamiento habrá de producirse en un centro de internamiento (art. 62.1 de la Ley de extranjería) y que el propio Reglamento establece que su creación debe realizarse por Orden Ministerial [62], lo cierto es que no todos los centros cumplen con este requisito. En concreto, las dependencias concebidas específicamente como centros de internamiento (Algeciras y Tenerife) han entrado en funcionamiento en el año 2003 sin que se haya publicado la correspondiente orden ministerial. Mención aparte merecen los centros ubicados en Fuerteventura [63], denominado «El Matorral», y Lanzarote, conocido como «La Guacimeta» [64]. En ambos casos se habla genéricamente de «centros de detención», la razón está en que, a falta de otras instalaciones más adecuadas, el ingreso en los mismos se produce dentro del periodo de detención y en el curso de esas setenta y dos horas se solicita y obtiene el correspondiente auto de internamiento. Obviamente si estas dependencias tuvieran la consideración de centro de internamiento tal práctica resultaría imposible. Atendiendo a que en esos centros se están verificando internamientos de manera habitual esta Institución ha optado por consignar en el siguiente cuadro los datos de que dispone, sin perjuicio de dejar constancia de que no puede considerar adecuado que se perpetúe la indefinición del estatuto jurídico de estas dependencias.

---

[62] En el Reglamento actualmente en vigor (art. 155.1) esa orden corresponde dictarla al Ministerio del Interior. En el anterior, aprobado por el Real Decreto 864/2001, se exigía una orden conjunta de los Ministerios del Interior y de Administraciones Públicas (art. 132.1).

[63] Sobre las actuaciones desarrolladas por esta Institución que llevaron a la apertura del centro de El Matorral puede verse el Informe anual 2002 (págs. 238-242).

[64] Letrados del Colegio de Abogados de Lanzarote hicieron llegar a esta Institución un informe en el que destacaban la falta en la isla de un centro de internamiento. En dicho informe hacían constar que la sala de rechazados que la Delegación del Gobierno tiene habilitada en el aeropuerto de «La Guacimeta» carece de servicios sanitarios y sociales adecuados; infringiendo la Orden Ministerial de 22 de febrero de 1999 en lo referente a las instalaciones destinadas a enfermería, cocina y comedor, dormitorios, aseos y duchas, locutorio para abogados y visitas y sala, ya que o bien se carece de estas dependencias o no se goza de las condiciones adecuadas para su uso. También se argumentaba que con la operativa seguida en la isla se infringe lo dispuesto en el artículo 20 de la Orden Ministerial, acerca del derecho de información de los internos, y que se incumple por completo lo dispuesto en el artículo 27.2 *b)*, sobre la inmediata comunicación a la familia y al abogado de los internos de todo traslado a un centro de internamiento distinto del inicial.

DATOS SOBRE INTERNAMIENTOS, POR AÑOS, CENTROS, DÍAS ESTANCIA MEDIA Y VOLUMEN DE OCUPACIÓN DIARIA

CENTROS	AÑOS	CAPACIDAD	TOTAL INTERNAMIENTOS	ESTANCIA MEDIA EN DÍAS	OCUPACIÓN MEDIA DIARIA (%)
Algeciras	2003	192	580	31	56
	2004	192	1.657	29	58
Barcelona	2002	80	1.297	20	89
	2003	111	2.103	17	75
	2004	111	1.516	19	74
Fuerteventura	2003	1.070	5.942	28	45
	2004	1.070	7.644	31	44
Gran Canaria	2002	84	1.703	13	75
	2003	168	896	29	52
	2004	168	1.264	28	56
Lanzarote	2003	200	1.069	26	32
	2004	200	616	25	29
Madrid	2002	80	1.339	16	75
	2003	75	3.253	25	84
	2004	75	3.378	27	85
Málaga	2002	90	1.530	17	87
	2003	110	2.232	18	95
	2004	110	2.469	17	92
Murcia	2002	50	718	17	75
	2003	60	1.683	12	68
	2004	60	2.981	14	71
Tenerife	2003	238	38	21	12
	2004	238	511	24	37
Valencia	2002	50	708	22	88
	2003	60	1.799	14	79
	2004	60	2.454	13	76

Fuente: Comisaría General de Extranjería y Documentación.

A la vista de estos datos llama la atención, en primer lugar, que a partir del año 2003 se produce un cierto cambio de modelo en los centros de internamiento. Hasta esa fecha ninguno de los centros llegaba a las 100 plazas, de

hecho el de mayor capacidad teórica era el de Málaga, con 90 plazas, situándose en 72 la media de plazas en los 6 centros entonces existentes. En Fuerteventura y Lanzarote estaban habilitadas ya soluciones de urgencia, aunque sin las dimensiones que luego adquirieron, sobre todo la de Fuerteventura. Sin embargo, de los centros inaugurados en años posteriores se asiste a un continuado proceso de incremento de plazas, tanto por la vía de reformar las instalaciones, como con la puesta en marcha de otras nuevas. Como resultado —y dejando aparte por su especificidad, los centros de Fuerteventura y Lanzarote—, los centros de internamiento de extranjeros pasan a ser 8 y la media de plazas por centro se acerca a las 127 [65]. Los proyectos de construcción de nuevos centros que se hallan en curso siguen esa misma tendencia.

La relación entre el número total de internamientos habidos en cada centro y su capacidad teórica ofrece un índice, complementario con el de días de estancia media y el porcentaje de ocupación media, que permite tener un reflejo más exacto de la situación de estos centros. Con carácter general se constata que entre los años 2003 y 2004 se produce un aumento en la *ratio* de internos por plaza en el conjunto de los centros (de 8,75 personas a 10,72). Sin embargo, esta cifra global no tiene un reparto uniforme. Hay que reparar en que la distribución geográfica concentra en una sola instalación, la de Fuerteventura, el 46,8 por 100 de las plazas disponibles de todo el territorio nacional. De hecho, descontando las disponibilidades del Centro de El Matorral y los internamientos habidos en el mismo, los índices suben significativamente (a 11,24 personas por plaza en el año 2003 y a 13,84 en el año 2004). Las Islas Canarias en su conjunto tienen habilitadas prácticamente 3 de cada 4 plazas disponibles en toda España. Esto responde a la necesidad de contar con recursos para hacer frente a la presión migratoria de carácter irregular que sufre el archipiélago y tiene una particular incidencia derivada precisamente de la propia condición insular. Hay que hacer notar que la mayoría de los extranjeros que se internan en estos centros, especialmente en las instalaciones de Fuerteventura y Lanzarote, han intentado su acceso por pateras, con lo que la situación climatológica y el estado de la mar condicionan los intentos; por ello el porcentaje de ocupación media debe analizarse teniendo en cuenta que la llegada de pateras no tiene una distribución uniforme. La situación media en la península es de mayor ocupación. Los seis centros en funcionamiento disponen de 608 plazas y la *ratio* media de internos por plaza se situó en 19,16 en el año 2003, subiendo hasta 23,77 al año siguiente.

La distribución territorial de los centros peninsulares es coherente con las provincias en que se registran un mayor número de expedientes de expulsión.

---

[65] No obstante, ha de señalarse que parte de ese notable incremento corresponde a que los dos nuevos centros de la red de CIES tienen una capacidad notablemente superior a los anteriores, concretamente en el caso de Tenerife se triplica ampliamente la media del año 2002 y en Algeciras se está al borde de triplicarla. Sin embargo debe referirse que, al menos en el caso de Algeciras, cuando esta Institución lo visitó, al poco de su entrada en funcionamiento, se apreció que la capacidad teórica asignada resultaba excesiva en relación con las instalaciones.

Los seis centros se sitúan en provincias que en los últimos años han figurado entre los 10 primeros puestos. No obstante, el limitado número de centros explica la sobrecarga que padecen varios de ellos. En concreto, los centros de internamiento de Murcia y Valencia, además de los internamientos autorizados en sus respectivas provincias (que en el año 2004 fueron la tercera y la sexta por volumen de resoluciones de expulsión), reciben también internos enviados por otras provincias, especialmente Alicante y, cabe pensar, que también parte de los de Almería.

Descendiendo al análisis de los datos por centros, en el caso del centro de internamiento de Algeciras, su entrada en funcionamiento se produjo el 19 de junio de 2003. Esto explica la discreta cifra de internamientos que se registró en el año 2003. En el momento en que esta Institución lo visitó [66] se apreció que la mayor parte de los internos provenía del tráfico de pateras en el Estrecho, así como de derivaciones de las Islas Canarias. Es el centro con mayor número de plazas y con menor porcentaje de ocupación media de las instalaciones peninsulares.

La situación del Centro de Internamiento de Extranjeros de Barcelona, y en especial la falta de idoneidad de las instalaciones, explica que no obstante ser esa provincia una de las que mayor volumen de expedientes de expulsión registra, no ofrezca un alto número de internamientos (en el año 2004 se situó en el último lugar entre los centros de la península). Con todo, atendidas las condiciones materiales y las limitaciones del centro [67], un porcentaje de ocupación media de alrededor de un 75 por 100 resulta excesivo y dificulta que los internamientos puedan llevarse a cabo en unos términos mínimamente adecuados. A pesar de que han existido previsiones para la construcción de un nuevo centro, esta posibilidad no acaba de materializarse, con lo que la situación es cada vez más negativa. El Defensor del Pueblo debe insistir, una vez más, en la urgencia con la que ha de abordarse la puesta en marcha de un nuevo centro.

Las instalaciones de Fuerteventura y Lanzarote ofrecen índices de ocupación media diaria bajos, aunque ha de tenerse en cuenta la salvedad de la desigualdad del reparto temporal ya expresada. Con todo llama la atención el alto número de días de estancia media que tienen las dependencias de Lanzarote, habida cuenta de la precariedad de las mismas.

Los internamientos en el centro de Gran Canaria se han moderado sustancialmente en los dos últimos años, de manera que el porcentaje de ocupación media se sitúa ligeramente por encima del 50 por 100 los dos años. Es evidente que esa moderación guarda relación con la apertura de las macroinstalaciones de Fuerteventura, con la que ha disminuido la necesidad de efectuar derivaciones entre islas.

---

[66] Las conclusiones más relevantes de esta visita figuran en el Informe anual 2003, págs. 301-302.

[67] Pueden verse las impresiones sobre este centro en ibídem, págs. 302-303.

El Centro de Internamiento de Extranjeros de Madrid ha sido el primero de los centros peninsulares por número de internamientos durante los dos últimos años (en ambos casos se ha duplicado ampliamente la cifra del año 2002). Todos los indicadores han experimentado un alza notable (la *ratio* de personas por plaza se situó en el año 2004 en 45,04 y es el centro en el que se registra un mayor número de días de estancia media entre los más saturados) y, sin embargo, las instalaciones del centro son absolutamente inadecuadas para el fin al que están destinadas. La única posibilidad viable es proceder a su cierre y la puesta en funcionamiento de unas dependencias más idóneas y ajustadas al uso intensivo que viene haciéndose del centro, tal y como esta Institución ha señalado con insistencia.

El centro ubicado en Málaga destaca por su alto porcentaje de ocupación media diaria. Esta circunstancia se puso de manifiesto en la visita que giró la Institución en el año 2003, y en la que se constató que determinadas dependencias, como por ejemplo el comedor de hombres o las salas de visitas, no eran suficientes para albergar al número de internos que habitualmente suele concentrarse en esta instalación.

Otro tanto ocurre en el caso del Centro de Internamiento de Extranjeros de Murcia. En los años de los que se dispone de datos este centro es el que tiene la *ratio* más alta de internos por plaza, situándose en 49,65, aunque aquí el periodo medio de estancia es más reducido que los otros centros peninsulares. Probablemente esto se deba a que un número considerable de los ingresos en este centro provienen de derivaciones de las Islas Canarias, que ya han acumulado un periodo previo de internamiento.

El Centro de Internamiento de Extranjeros de Tenerife se inauguró a finales del año 2003, de ahí el escaso número de internamientos habidos en ese año. En el año 2004 la situación ha de entenderse ya normalizada. La *ratio* de internamientos por plaza es la menor de todos los centros (2,14 en el año 2004). La ubicación geográfica de la isla de Tenerife, más alejada de las rutas de las pateras, junto a su propia condición insular (que encarece el traslado entre centros), y al alto número de expedientes de expulsión incoados sin detención por las plantillas policiales de esa isla, hacen comprensible las cifras relativamente bajas de internamiento y ocupación media que presenta este centro.

Por último, el centro situado en Valencia, ha multiplicado en dos años la cifra de internados por 3,47. Su porcentaje de ocupación media y la *ratio* de interno anual por plaza están entre las más elevadas de los centros peninsulares. Es, junto con el centro de Murcia, la dependencia con menor número de plazas, no obstante estar situada en una zona en que el volumen de incoación de expedientes de expulsión es muy elevado. Al igual que ocurre en ese caso, el centro presenta los índices más bajos de estancia media por días.

5.6. Participación letrada en cada uno de los itinerarios para acordar la medida de internamiento

5.6.1. Internamientos durante la tramitación de expedientes de expulsión

El supuesto en la práctica más frecuente se produce en los internamientos, como consecuencia del procedimiento preferente en los casos de expulsión [arts. 54.1 *a)* y *b)* y 53 *a)*, *d)* y *f)* de la Ley de extranjería].

En estos casos la actuación del letrado se centra básicamente en estar presente e intervenir en la «audiencia al interesado» que el artículo 62 de la Ley determina que debe desarrollarse con el juez de instrucción [68]. En esta actuación de carácter judicial, el letrado puede y debe intervenir para que el acta judicial pueda reflejar todas las circunstancias personales que resulten determinantes para la decisión que tiene que adoptar el juez de instrucción. Si sus preguntas fueran declaradas impertinentes deberá solicitar que en el acta conste esa circunstancia.

Tanto en las jornadas de trabajo mantenidas en la Institución, como en el foro que se abrió en la página web, algunos letrados han señalado la conveniencia de que esa audiencia al interesado, revistiera una forma similar a la de la «vistilla» que para la prisión provisional señala el artículo 502 bis de la Ley de enjuiciamiento criminal. De esa forma, los letrados podrían aportar o proponer todas las diligencias de prueba que se pudieran practicar en el acto o en las veinticuatro horas siguientes. El Defensor del Pueblo coincide sustancialmente con ese juicio sobre la necesidad de establecer un trámite como el señalado para la audiencia judicial de los ciudadanos extranjeros sobre los que se ha solicitado el internamiento.

En opinión de los letrados que participaron en la jornada de trabajo organizada por esta Institución para la preparación del presente informe, sería muy interesante, dada la actitud negativa de algunos jueces a permitirlo, que la Fiscalía General del Estado, dictara una instrucción para que se permitiera en esa audiencia previa la intervención de los abogados. Esta Institución debe coincidir nuevamente con esa apreciación, ya que cuesta comprender cuál es la garantía material que aporta la intervención letrada en este trámite si se reduce a una presencia formularia.

Constituye asimismo una práctica deseable que el mismo letrado que estuvo presente en el acto de notificación de la incoación del expediente de expulsión o que, en su caso, asista en el procedimiento de devolución, sea el que asiste también a esa persona cuando ésta es oída por el juez de instrucción. Hay que

---

[68] Según recogió el Defensor del Pueblo en su Informe del año 2002, en la isla de Fuerteventura, los extranjeros eran internados sin celebrar previamente la audiencia ante el juez de instrucción.

tener en cuenta que cuando se produzca esa coincidencia, el letrado, en el momento de asistirle en la sede judicial, habrá tenido ya ocasión de conocer las circunstancias personales de ese ciudadano extranjero, sobre todo si mantuvo con él una entrevista reservada después del acto de la notificación del acuerdo por el que se iniciaba el citado expediente. Los datos que los letrados logren recabar en dicha entrevista pueden tener gran importancia a la hora de plantear una actuación activa en la fase judicial del internamiento.

Si por el sistema de asistencias que tenga diseñado cada colegio de abogados, no existiera coincidencia entre el letrado que está presente en la fase administrativa y el que asiste en la sede judicial, este segundo letrado debería, antes de entrar a la audiencia previa judicial, solicitar una entrevista reservada para conocer las circunstancias personales de la persona a la que le va a prestar asistencia.

En esta clase de internamientos, el letrado deberá comprobar que el juez de instrucción que decide sobre el internamiento, es el juez del partido judicial en el que se produjo la detención [69]. En caso de no ser así se requerirá del órgano judicial su inhibición, haciendo constar su protesta en el caso de que no actúe conforme a lo solicitado.

Por otra parte, especialmente en aquellos casos en los que la asistencia para este trámite se produzca con ocasión de operativos en los que se aprecie que se

---

[69] En el Informe anual 2003 del Defensor del Pueblo, se da cuenta de la situación generada con ocasión del traslado de extranjeros que se produjo entre los ciudadanos de Palos de la Frontera y Algeciras. La información oficial proporcionada por la Delegación del Gobierno en Andalucía indicaba que los juzgados de guardia de Moguer y Algeciras llegaron a un acuerdo sobre que este último sería el órgano encargado de atender las solicitudes de internamiento que se pudieran presentar. El Consejo General del Poder Judicial negaba esta circunstancia. En todo caso, la competencia territorial no resulta disponible a criterio de los órganos judiciales. Hay que partir de lo que dispone el artículo 62.1 de la Ley de extranjería, donde se indica qué autoridad gubernativa propondrá el ingreso del extranjero en un centro de internamiento al juez de instrucción competente. Para establecer la competencia, se debe tener en cuenta el artículo 496 de la Ley de enjuiciamiento criminal en el que se indica que los detenidos se pondrán a disposición del juez más próximo al lugar en el que se hubiera hecho la detención. El Reglamento de extranjería, en vigor en la fecha de producirse esos hechos, señalaba en su artículo 127.1 que la función de autorizar los internamientos corresponde al juez de instrucción del lugar en el que hubiera sido detenido el extranjero. (Tal previsión se contiene en el artículo 153 del nuevo Reglamento en términos idénticos.) Según pudo comprobar esta Institución, en todas las solicitudes de internamiento constaba que la detención se había producido en Palos de la Frontera (Huelva), por lo que no cabía error sobre cuál era el órgano competente. El Juzgado de Instrucción de Algeciras en funciones de guardia, debió en aquel caso haberse abstenido de autorizar internamiento alguno, remitiendo el asunto a conocimiento de su homólogo de Moguer. Si se hubiera respetado esta elemental norma competencial, el traslado de los detenidos hasta Algeciras hubiera sido inviable. Además de las recomendaciones dirigidas a la Dirección General de la Policía y a la Delegación del Gobierno en Andalucía en las que se aludía a la conveniencia de que los trámites de extranjería se realizaran como regla general dentro de la demarcación del partido judicial correspondiente al lugar de la detención, se recordó específicamente la necesidad de atenerse estrictamente a la legislación sobre competencia territorial de la autoridad judicial para decidir sobre las autorizaciones de internamiento, de modo que dichas solicitudes se presenten en todo caso ante el juez de instrucción correspondiente al lugar de la detención de los interesados.

solicita el internamiento de una serie de personas y no de otras, encontrándose ambas en unas circunstancias de hecho similares, los letrados actuantes procurarán esclarecer los criterios seguidos por la policía a la hora de optar por los expedientes en los que va a solicitar el internamiento. Conviene mencionar aquí que, según constató el Defensor del Pueblo en el curso de una investigación que se recoge en el Informe del año 2003, en los internamientos que se realizaron con ocasión del traslado de inmigrantes de Palos de la Frontera a Algeciras, el criterio utilizado por la policía en sus solicitudes al Juzgado de Instrucción de Algeciras fue puramente aleatorio [70] y no guardaba relación alguna con la existencia de posibilidades reales de proceder a materializar las expulsiones. Ha de tenerse en cuenta que, de acuerdo con el artículo 62 de la Ley de extranjería, el internamiento no tiene ni puede tener una finalidad sancionatoria, pues eso sería inconstitucional por vulneración del artículo 25.3 de la Constitución. Así pues, es evidente que no existe una obligación de internar a todos los extranjeros sometidos a procedimientos de expulsión. Por ello si los letrados conocen unos hechos similares deben ponerlo de manifiesto ante el juez, reclamando que se dé conocimiento al órgano judicial de los criterios seguidos para solicitar el internamiento.

Debe tenerse en cuenta de cara a la actuación del letrado en esta materia, que se trata de una medida privativa de libertad y que por ello la decisión que se adopte debe estar presidida por el principio *favor libertatis*. La virtualidad de este principio se recordaba en la sentencia del Tribunal Constitucional 115/1987, al señalar que «el internamiento del extranjero debe regirse por el principio de excepcionalidad (...) lo que supone que la libertad debe ser respetada salvo que se estime indispensable la pérdida de libertad del extranjero por razones de cautela o de prevención, que habrán de ser valoradas por el órgano judicial».

En esa línea, esta Institución entiende que los jueces de instrucción deben mantener una actitud abierta hacia la posibilidad de que los letrados ofrezcan elementos de prueba que pongan en cuestión la idoneidad de la medida de internamiento solicitada. Este ofrecimiento de elementos que forman el criterio del juzgador debería poder hacerse en el momento de la audiencia del interesado, sobre todo si se efectuara un procedimiento similar al de la vistilla que actualmente se realiza antes de decidir sobre la prisión provisional, según se ha defendido en el presente informe. No obstante, y dada la celeridad con la que frecuentemente se solicita el internamiento, el Defensor del Pueblo entiende que los jueces deberían considerar igualmente los elementos aportados en cualquier momento posterior a la audiencia y anterior a la formalización del auto de internamiento.

[70] Se seleccionaron los que aparecían en un listado hasta el límite de las plazas disponibles.

5.6.2. Internamientos para la ejecución forzosa de expulsiones

El artículo 64 de la Ley de extranjería contempla dos modalidades de ejecución forzosa de una decisión de internamiento; la primera de ellas (art. 64.1) como consecuencia de un expediente instruido por las autoridades españolas en el que no se ha producido la salida del extranjero en el plazo previsto para ello, la segunda reconoce fuerza ejecutiva en España a las resoluciones de las autoridades de otros Estados miembros de la Unión Europea (art. 64.3). Para ambos casos está prevista la posibilidad de acudir al internamiento como medida cautelar que asegure la ejecución de la expulsión. Esta cuestión se planteó en el foro abierto en la página web del Defensor del Pueblo como una fuente de problemas prácticos que comprometen la prestación de un servicio de asistencia letrada de calidad.

Desde la óptica del derecho de defensa, la primera cuestión a la que hay que atender es a la posibilidad de que la persona a internar sea atendida por un letrado distinto del que le asistió en el expediente administrativo. Con carácter general esta posibilidad puede darse en cualquier supuesto, pero será inevitable que se produzca cuando la actuación de ejecución se lleve a cabo en una demarcación colegial distinta de aquella en la que se instruyó el expediente y, desde luego, cuando estamos ante uno de los supuestos previstos en el artículo 64.3 de la Ley de extranjería.

Como principio general, esta Institución considera que los colegios deben adoptar las medidas técnicas para asegurar la continuidad de la actuación del mismo letrado en aquellos casos en que la tramitación del expediente y la solicitud de internamiento para ejecución de la expulsión se realicen en la misma demarcación colegial. Esto requerirá la llevanza actualizada por parte de los diferentes colegios de una aplicación de gestión de casos que permita determinar el letrado que ha actuado en el caso, al menos en las intervenciones correspondientes a los turnos de asistencia, y contactar con él.

Para los supuestos en que la actuación se realice fuera de la demarcación colegial en la que se tramitó la expulsión, el Defensor del Pueblo considera que la Administración debe poner en conocimiento del segundo letrado actuante, los datos que constan en el expediente del que traerá causa el internamiento referentes al letrado que efectuó la asistencia en el acto inicial de incoación y que, en su caso, realizó alegaciones. El segundo letrado vendrá obligado a ponerse en contacto con su compañero para que le informe de todas las circunstancias que concurran en el caso. Debe procurarse que dicho contacto se produzca antes de asistir a la persona sobre la que se ha solicitado el internamiento.

Resulta igualmente recomendable que cuando la persona a internar es asistida por un letrado distinto del que intervino en el expediente de expulsión, el letrado antes de participar en la actuación judicial del artículo 62, se entreviste con su defendido. Esta entrevista tiene como finalidad el intercambio de información entre el abogado y su asistido, y en ella deberá el letrado poner especial

interés en si se han producido cambios en las circunstancias personales o jurídicas del interesado que puedan ser relevantes para decidir sobre el internamiento. La entrevista es uno de los elementos vertebradores de la relación profesional abogado-cliente. Ha de considerarse un derecho del cliente y una prestación de carácter imperativo para el letrado desde el momento en el que se produce la designación para la defensa. Siempre que se trate de la primera entrevista entre el abogado y la persona que recibe la asistencia jurídica, aquel está obligado a identificarse (art. 13.2 Código Deontológico de la Abogacía Española). Esa entrevista servirá además, según recoge el artículo 13.9 de dicho Código Deontológico, para que el abogado ponga en conocimiento del defendido, su opinión sobre las posibilidades de sus pretensiones y el resultado previsible de la defensa, así como la evolución del asunto y los recursos que pudieran interponerse según las resoluciones que se fueran dictando.

Por otro lado y para evitar la posibilidad de que se produzcan los conocidos como «internamientos en cadena», el letrado deberá indagar sobre la posibilidad de un internamiento previo, puesto que dicha posibilidad está expresamente prohibida en el artículo 62.2 de la Ley de extranjería. Por otra parte, si ha existido un internamiento previo en otro expediente, el letrado deberá valorar si hay identidad de causas entre este expediente y el anterior, puesto que de ser así (por ejemplo, reiteración de un expediente de expulsión por estancia irregular), caben serias dudas sobre la viabilidad de acudir al internamiento como medida cautelar.

Al propio tiempo la solicitud de internamiento que se cursa al correspondiente juez de instrucción debería ir acompañada en todos los casos de la reseña de identidad del interesado y del resultado que haya arrojado esa búsqueda en los ficheros policiales de gestión de extranjería.

Precisamente esta cuestión que se viene tratando cobra gran relevancia en el caso de solicitudes de internamiento que se insten para asegurar el cumplimiento de decisiones dictadas por otros Estados miembros de la Unión Europea. Habida cuenta de que el expediente se sustanció en otro país, debe reivindicarse que no cabe proceder al internamiento si ya se produjo otro con anterioridad en el país que instruyó el procedimiento de expulsión del que trae causa esta actuación, pues la introducción de esta posibilidad no inhibe la aplicación de la previsión contenida en el artículo 62.2 de la Ley de extranjería. Así pues, si existe un expediente y éste despliega plena fuerza ejecutiva en España, las medidas cautelares que pueden disponerse para asegurar tal ejecución han de cumplir con las exigencias y garantías de la ley española. Por ello en estas asistencias el letrado deberá recabar de su asistido la información precisa sobre las circunstancias en las que se tramitó el expediente sancionador que se pretende ejecutar y, si éste manifiesta haber sido internado, deberá solicitar de la policía que compruebe este dato con sus homólogos del país de que se trate, poniéndolo igualmente en conocimiento del juez para que éste lo tome en consideración a la hora de adoptar una decisión. Es criterio de esta Institución que no deberá accederse al internamiento hasta tanto no quede acreditado que no se produjo un internamiento previo.

En cuanto a la práctica de la audiencia previa y la conveniencia de que se practique como una vistilla, se dan por reproducidos íntegramente los razonamientos consignados en el epígrafe anterior.

5.6.3. Internamientos en los supuestos de devolución

El artículo 1.31 de la Ley Orgánica 14/2003 introdujo una modificación [71] en el apartado 5 del artículo 58 de la Ley de extranjería, mediante el cual se dispone que «cuando la devolución no se pudiera ejecutar en el plazo de setenta y dos horas, se solicitará de la autoridad judicial la medida de internamiento prevista para los expedientes de expulsión». Habida cuenta de la remisión que hace el propio precepto puede darse por reproducido lo dicho en el epígrafe correspondiente.

5.6.4. Internamientos en los supuestos de retorno

El artículo 60 de la Ley de extranjería configura un internamiento específico para los casos en los que se produzca una denegación de entrada en frontera y el retorno fuera a retrasarse más de setenta y dos horas. En este caso la norma prevé que la autoridad gubernativa, solamente se dirija al juez de instrucción para que éste «determine» el lugar donde haya de procederse al internamiento.

El precepto no establece la exigencia de una audiencia previa, como lo hace con carácter general para los demás supuestos. En consecuencia, cabe entender que la capacidad del juez se circunscribe en este ámbito a la determinación del lugar. Ello no resta virtualidad a la actuación del letrado, ya que éste debe ocuparse de poner en conocimiento del juzgado aquellas circunstancias de especial relevancia que aconsejen la adopción de un lugar de internamiento específico o no habitual (por ejemplo, un hospital por razones médicas). Debe advertirse a este respecto que, a criterio de esta Institución, la redacción de la norma legal no obliga al juez a optar entre un puesto fronterizo o un centro de internamiento, sino que lo único que establece es el estándar mínimo de dotaciones que

[71] La citada modificación legal estaba motivada por la anulación por parte de la Sala Tercera del Tribunal Supremo del artículo 127.2 *c)* del Reglamento de extranjería, aprobado por el Real Decreto 864/2001, mediante la sentencia de 20 de marzo de 2003, a la que ya se ha aludido en el presente capítulo. El alto tribunal señaló que la Ley distinguía entre los supuestos de devolución por contravención de la prohibición de entrada, para los que sí preveía la posibilidad de internamiento cuando no pudiera ejecutarse dicha medida en el plazo de setenta y dos horas, y los de devolución por pretensión de entrada irregular, para los que no había previsto el internamiento. Por ello entendía que el Reglamento había ampliado de manera incorrecta las posibilidades de privación de libertad al margen de la necesaria cobertura legal.

habrá de reunir la dependencia para que pueda considerarse idónea a efectos de realizar uno de estos internamientos.

El letrado que preste asistencia al extranjero en el expediente de denegación de entrada velará porque se respeten las exigencias que la ley marca para los denominados «lugares de internamiento» en este caso y que vienen consignadas en el apartado 2 del artículo 60 de la Ley de extranjería. A estos efectos, si a criterio del letrado actuante el puesto fronterizo no reúne las exigencias consagradas en la norma en lo referente a la dotación de servicios sociales, jurídicos, culturales y sanitarios, deberá ponerlo en conocimiento del juzgado, especialmente cuando sea previsible que la medida de internamiento prolongue su duración varios días.

5.7. Resolución judicial sobre el internamiento y control sobre la misma

De acuerdo con lo que ya se ha expuesto, debe insistirse en que, en el momento de dictar la resolución judicial decidiendo sobre el internamiento, resulta fundamental que el juez de instrucción tenga a la vista la reseña del interesado que conste en los ficheros policiales y el resultado del cotejo de huellas que se le haya practicado, a fin de tener constancia de su identidad, a efectos de evitar internamientos indebidos [72]. Según ha podido conocer esta Institución los juzgados de Barcelona habían comenzado a adoptar medidas en el sentido señalado.

En relación con la resolución, la ley exige «auto motivado» (art. 62.1). El juez de instrucción, en el ejercicio de las atribuciones que la Ley de extranjería le otorga, debe velar para que se cumplan todas las garantías que establecen la Ley y su Reglamento.

Sobre este particular conviene tener especialmente presente de cara a la asistencia letrada que ha de recibir una persona a la que judicialmente se le autoriza su internamiento, que el juez de instrucción no tiene competencia alguna para decidir sobre el expediente de expulsión. La sentencia del Tribunal Constitucio-

[72] En el curso de una investigación que esta Institución ha llevado a cabo al tiempo que se preparaba el presente informe ha quedado acreditado que un grupo de ciudadanos de diversos países de la órbita subsahariana que entraron en España por las Islas Canarias, a través de pateras, se vieron sometidos a internamiento en Fuerteventura. Con posterioridad estas personas fueron nuevamente detenidas en la península, y les fueron incoados procedimientos de expulsión y autorizándose judicialmente los internamientos en el centro de Algeciras. En algunos de estos casos, el problema era que había errores en la filiación, lo que impidió en un primer momento efectuar una identificación correcta en las bases de datos de extranjeros, aunque en algún caso la actuación del Defensor del Pueblo permitió subsanar el error. Esta situación no se hubiera producido si con carácter previo a la autorización del internamiento se hubiera procedido al cotejo de las huellas dactilares de los detenidos con las existentes en los ficheros policiales. La aportación de este antecedente al juez obliga a la policía a ser más cuidadosa con las verificaciones previas y permite asegurar que no se van a producir errores como el descrito.

nal 115/1987 fue clara en este punto: el juez de instrucción no puede adoptar ninguna decisión respecto a la procedencia o no de la expulsión, sin embargo sí le conciernen otros aspectos como valorar «la causa de expulsión invocada, la situación legal y personal del extranjero, la mayor o menor probabilidad de huida o cualquier otra que el juez estime relevante para adoptar su decisión».

La reforma que sufrió la Ley de extranjería, a través de la Ley Orgánica 11/2003, ha concretado en algunos aspectos el difícil papel que en esta materia se atribuye al juez de instrucción, ya que sin ser el juez habilitado para resolver sobre el expediente de expulsión, sin embargo, puede y debe valorar, según el Tribunal Constitucional, «la causa de expulsión» de cara a decidir sobre si autoriza o no el internamiento. La citada Ley Orgánica 11/2003, modificó el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 62, estableciendo que el juez «previa audiencia del interesado resolverá mediante auto motivado, atendidas las circunstancias concurrentes y, en especial, el hecho de que carezca de domicilio o de documentación, así como la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes».

El marco jurídico básico que delinean, en primer término, la sentencia 115/1987 del Tribunal Constitucional y el artículo 62 de la Ley de extranjería deberá tenerse en cuenta a la hora de prestar una asistencia jurídica a una persona sobre la que se solicite su internamiento. No obstante, la interpretación de las normas debe hacerse en toda su extensión por todos los operadores jurídicos. Así, por ejemplo, se señala que entre las circunstancias a las que debe prestarse especial atención está la de carecer de documentación o la existencia de una condena o una sanción administrativa previas. Mas si una persona carece de documentación y alega ser de un país en que, por la contrastada experiencia de la que pueden disponer los juzgadores, la policía y los letrados, se conoce que no documenta a los efectos de repatriación a los que dicen ser sus nacionales, hay que preguntarse si tiene sentido proceder al internamiento que se convertirá en una medida superflua y absolutamente ajena al único fin que debe pretender, que no es otro que el aseguramiento de la decisión de expulsión que se haya adoptado o pueda adoptarse. En concreto este ejemplo fue objeto de análisis en la jornada de trabajo celebrada con los abogados durante el proceso de preparación del presente informe, llegándose a la conclusión de que en estos casos sólo resultaría admisible la autorización del internamiento si la autoridad gubernativa alegara en su solicitud estar haciendo gestiones para documentar y acreditar la identidad de esa persona. En estas circunstancias el letrado deberá ser especialmente diligente para solicitar la libertad de un asistido en cuanto tuviera conocimiento de la imposibilidad de lograr esa identificación.

Respecto a la existencia de condenas penales o de otras sanciones administrativas, por ejemplo una orden de expulsión que no pudo ser ejecutada, habrá que tenerse presente que no tiene demasiado sentido proceder al internamiento

si no se acredita la variación de las circunstancias que impidieron o frustraron la ejecución de esa resolución.

Como documento jurídico relevante que es bueno tener en cuenta para planificar la prestación de asistencia jurídica a una persona sometida a internamiento debe mencionarse la Circular número 3/2001 de la Fiscalía General del Estado [73].

Otro punto en el que debe incidirse con particular interés es en la necesidad de que el Ministerio Fiscal esté presente en la actuación judicial, en concreto en la audiencia previa antes de resolver sobre la solicitud de internamiento. Durante la jornada de trabajo con abogados se insistió en la ausencia generalizada de los fiscales en este acto, a pesar de lo que se dispone en la Instrucción 6/1991, de 24 de octubre, dictada por la Fiscalía General del Estado, sobre garantías de las autorizaciones judiciales de internamiento de extranjeros sometidos a procedimiento de expulsión.

Un problema importante que se plantea a la hora de asegurar la tutela judicial en este ámbito es la lentitud con la que se resuelven los recursos frente al auto que acuerda una medida de carácter temporal. Frente al auto cabe recurso de reforma que se resolverá por el propio órgano que lo dictó y contra el mismo se dará apelación ante la Audiencia Provincial correspondiente. En alguna queja recibida en el Defensor del Pueblo, en relación con actuaciones judiciales realizadas por órganos judiciales de las Islas Canarias, se indicaba que los recursos contra las decisiones autorizando el internamiento se resolvían transcurridos los cuarenta días de plazo que señala la ley como tiempo máximo para estar internado, cuando llegaba la resolución definitiva ya había transcurrido el plazo mencionado y una eventual resolución favorable no tendría ningún efecto práctico. Esta Institución debe llamar la atención sobre el hecho de que una situación como la descrita no puede considerarse efectiva y, por tanto, compromete la propia esencia de la tutela judicial, por lo que parece necesario que se adopten medidas para superar este estado de cosas.

Para el Defensor del Pueblo el régimen legal de control de la situación de internamiento, por parte de los órganos judiciales que han autorizado dicha medida, tiene la grave falla de que los centros de esta naturaleza están concentrados en unos determinados puntos que reciben internos desde zonas geográficas muy distantes. En estos términos el control judicial queda de facto mermado y se limita a un intercambio de comunicaciones escritas, muchas veces faltas de la necesaria agilidad y, frecuentemente, ajenas a toda posibilidad real de inmediación que tan conveniente sería ante situaciones extraordinarias, como la aplicación de medidas de contención o separación. Es evidente que, en tanto no

[73] Según esta Circular corresponde al juez de instrucción: vigilar y controlar la legalidad y regularidad de la detención previa (motivo, asistencia letrada, presencia de intérprete, reconocimiento médico, etc.), comprobar la existencia de presupuestos básicos en la causa de expulsión alegada por la Administración, que sea probable la ejecución de la medida de expulsión y que la medida de internamiento sea proporcionada al caso concreto.

cambie el sistema, es especialmente necesario que los letrados desarrollen un rol activo para poner en conocimiento del juzgado que autorizó la medida aquellas circunstancias que consideren relevantes para el interno o para su situación jurídica. Pero, con independencia de ello, esta Institución ha llegado a la conclusión de que sería deseable que se encomendara a uno de los juzgados de cada una de las ciudades que cuentan con un centro de internamiento, la responsabilidad de vigilar la ejecución de las medidas y resolver sobre las incidencias que puedan plantearse. La puesta en marcha de este sistema podría establecerse por un acuerdo del Consejo General del Poder Judicial, si afecta al control genérico del centro, aunque su plena implantación requeriría de una reforma legal que definiera las funciones y cometidos de estos juzgados y desvinculara el hecho de autorizar un internamiento y, en su caso, resolver sobre el recurso que quepa contra tal decisión, del control judicial de la ejecución de la medida.

También ha de referirse, como una consideración *de lege ferenda*, que, en opinión del Defensor del Pueblo, la asignación de las competencias para la autorización de los internamientos a los jueces de instrucción no resulta consecuente con la naturaleza enteramente administrativa de estos procedimientos, dentro de los cuales se insertan como una medida cautelar. La atribución a los jueces de instrucción de esta competencia obedece a una concepción de tal figura como «juez de la libertad» que está ampliamente superada en nuestro Derecho [74], en el cual se reivindica esa condición para el conjunto del Poder Judicial [75], que la ejerce según las competencias previstas para su orden jurisdiccional. Por tanto, una decisión que se configura como una medida de aseguramiento de la efectividad de una decisión administrativa, cuyo control de fondo está sometido a la jurisdicción contencioso-administrativa, debería quedar también bajo la responsabilidad de esa misma jurisdicción. A esta decisión conducen tanto razones de coherencia sistemática de las normas procesales, como otras de naturaleza pedagógica, vinculadas a evidenciar la nítida separación entre los ámbitos de la inmigración y la delincuencia.

---

[74] También pudieron pesar puras razones prácticas, derivadas de la inexistencia de juzgados de guardia en otros órdenes jurisdiccionales en el momento que se estableció esta medida en la Ley Orgánica 7/1985. La puesta en marcha de la propuesta que hace esta Institución implica una razón más para el establecimiento de guardias en los juzgados de lo contencioso-administrativo, en la misma línea de lo que ya se ha reivindicado en otros capítulos del presente informe.

[75] Recuérdese a este respecto lo indicado en el artículo 7.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece que «los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del Título I de la Constitución vinculan, en su integridad, a todos los jueces y tribunales y están garantizados bajo la tutela efectiva de los mismos».

5.8. Principales incidencias detectadas respecto del ejercicio del derecho de defensa cuando la persona internada se encuentra en el centro

5.8.1. Acceso a los servicios de interpretación

A criterio del Defensor del Pueblo, cuando la Administración priva de libertad a una persona, a ella le corresponde, en primer término, facilitar los medios para que puedan comprenderse letrado y asistido.

Debe, pues, reivindicarse la existencia de sistemas de interpretación ágil, cómodo y de fácil acceso en los centros de internamiento de extranjeros a disposición del personal que preste sus servicios en el mismo y de los letrados. En este sentido, si se opta por un sistema de interpretación presencial [76], ha de quedar asegurado que la función de los intérpretes no va más allá de servir como instrumento de comunicación, sin que resulte admisible su uso para otras actividades ajenas a sus funciones, como las de determinación de la nacionalidad o similares que les restarían neutralidad e impedirían que el letrado y su cliente se pudieran entrevistar con garantías sobre la necesaria reserva.

El objetivo, en lo que ahora interesa, ha de ser asegurar la mejor defensa del asistido, y ésta será difícil de realizar si no hay siquiera un nivel de interlocución suficiente.

Es opinión del Defensor del Pueblo, que en aquellos casos en los que la Administración no esté en condiciones de garantizar la eficaz prestación del servicio de interpretación, el letrado actuante podrá reclamar la colaboración de los servicios que el colegio tenga establecidos a esos efectos. En tales circunstancias si el letrado acude al centro junto con una persona en calidad de intérprete la Administración no puede impedirle o dificultarle el paso, puesto que esta persona actúa como auxiliar de la función letrada —es decir, como instrumento material de apoyo a esa función— y sin el mismo se vería comprometido el derecho a la asistencia letrada y a la comunicación reservada letrado-asistido, que se recoge en el artículo 62 bis de la Ley de extranjería.

Tampoco puede admitirse que la dirección del centro dificulte el acceso de la persona que el letrado ha aportado para realizar funciones de interpretación so pretexto de que puede emplearse para estos fines a otro interno con conocimiento de ambas lenguas. De hecho la admisión de esta práctica puede implicar una vulneración del derecho a la intimidad del interno y de la reserva de las comunicaciones entre éste y su abogado y tal sacrificio de derecho no está justi-

---

[76] Como alternativa hay que señalar el muy interesante sistema que tiene implantado la sanidad catalana denominado *Sanitat respond*. Se trata de un sistema de traducción telefónica a tres bandas que permite la interlocución en un alto número de idiomas y ofrece servicios como el acceso posterior a la grabación por parte del facultativo que tendrían gran utilidad práctica. Podría explorarse su adaptación a centros de este tipo, con lo que se conseguiría mejorar sustancialmente con presupuestos asumibles.

ficado ni se considera inevitable en atención con las eventuales razones de seguridad que pudieran argüirse para justificar la medida contraria.

5.8.2. Constancia en el centro de la identidad del letrado que asiste a cada interno

La Administración debe incluir entre los datos que se comunican al centro el nombre del letrado que lo asiste —o lo ha asistido— en el correspondiente procedimiento administrativo del que trae causa el internamiento [77]. De esta forma su acceso al centro no debería requerir ningún otro trámite.

En tanto no se adopte esta medida por la Administración, los letrados deberían hacer llegar al centro en el que se ha dispuesto el internamiento de su asistido, por medio de fax u otro medio escrito, sus datos de contacto junto con la indicación del nombre de su cliente y la referencia de su internamiento.

Sólo cuando no se conozca el nombre o no coincida el nombre del letrado que desee acceder con el que consta como letrado del internado, se debería exigir por la dirección del centro la correspondiente autorización colegial.

En esa línea, un letrado planteó a esta Institución que cada vez que acudía al centro se le exigía la presentación de un volante colegial antes de acceder a la entrevista con sus clientes, exigencia que le parecía excesiva. En relación con esto la Administración ha indicado que el volante colegial tan sólo se requiere en la primera visita de los colegiados a cada interno, como una precaución elemental de seguridad [78]. En tales términos entiende esta Institución que dicha medida resulta admisible siempre que, como se ha dicho, no conste ya en el expediente el nombre del letrado encargado de ofrecer asistencia, en cuyo caso la mera comprobación de identidad es garantía de seguridad suficiente. Sin embargo, ha de insistirse en que en momentos de urgencia, o en horas en que no resulte posible contactar con el colegio, a criterio de esta Institución, este requisito debe flexibilizarse allí donde exista para que no llegue a constituir un obstáculo infranqueable para el derecho de asistencia jurídica.

---

[77] Según la información recibida en los centros de internamiento visitados por los asesores de esta Institución las visitas de los letrados no son frecuentes y cuando desde el centro se precisa conocer por algún motivo el nombre del abogado que ha asistido a un interno, es habitualmente necesario llamar al juzgado de instrucción que autorizó el internamiento, ya que el ciudadano extranjero desconoce el nombre del abogado que le asistió.

[78] En el centro investigado, el CIE de Madrid, la Dirección General de la Policía señalaba que se facilita a los letrados que acudían sin volante de designación un teléfono y un número de fax donde podía serle remitido dicho volante desde las oficinas del colegio.

5.8.3. Horarios de comunicación entre letrado y asistido

El régimen de acceso de los letrados encargados de la asistencia jurídica a los internos ha sido objeto de supervisión por parte de esta Institución, tanto en las visitas realizadas a los centros como con ocasión de la tramitación de algunas quejas.

Cuando se planteó este problema el Defensor del Pueblo indicó a la Administración la necesidad de acomodarse al ordenamiento jurídico para que quedara salvaguardada la plena accesibilidad del abogado a su cliente. Tras la reforma de la legislación de extranjería, llevada a cabo por la Ley Orgánica 14/2003, se ha dado rango legal a determinados preceptos del régimen interior de los centros. En concreto el artículo 62 bis *f)*, zanja la cuestión de forma satisfactoria.

A este respecto la Institución entiende que la valoración de la urgencia de la comunicación a la que alude el referido precepto corresponde exclusivamente al profesional que ejerce la asistencia letrada y que la misma no puede ser coartada al libre criterio de los servicios policiales. En caso de que se aprecien excesos o alguna situación irregular del letrado la vía más adecuada es la de la supervisión y el control por parte del colegio de abogados correspondiente, al que el centro debería dar cuenta.

5.8.4. Dependencias que garanticen la confidencialidad de las entrevistas

Resulta imperativo para todos los centros de internamiento disponer de dependencias adecuadas que aseguren la confidencialidad y reserva de las entrevistas que puedan llevar a cabo el letrado y su asistido. Esta confidencialidad exige que la comunicación no sea conocida por terceros, ni esté sometida a control alguno.

El Defensor del Pueblo debe recordar con ocasión del presente informe que la comunicación entre el letrado y su asistido no puede estar sometida a limitación temporal alguna, por lo que ha de establecerse un espacio específico que permita el libre desarrollo de esta comunicación sin afectar ni condicionar las de los demás internos.

De hecho, en el curso de las visitas que los servicios de esta Institución giran periódicamente a los diversos centros de internamiento se ha puesto de manifiesto con frecuencia esta carencia de dependencias idóneas para llevar a cabo las entrevistas o el uso y condiciones inadecuadas de las que existen.

Así, por ejemplo, en el caso del Centro de Internamiento de Murcia, se detectó la existencia de unas mamparas de cristal en la sala de visitas que dificultaban la comunicación y el contacto entre el interno y su letrado, o las demás visitas que pueden recibir. A juicio de esta Institución, esta práctica resulta muy

severa y no es coherente con el carácter no penitenciario de los centros de internamiento.

En el caso del Centro de Internamiento de Valencia, la sala de visitas es también única y en ella reciben los internos las visitas de cualquier tipo [79]. En este caso se apreció que la privacidad no quedaba garantizada, al existir una ventana en la sala que conectaba directamente con una habitación para los funcionarios de servicio en donde podía seguirse fácilmente una conversación. Esta Institución manifestó que resultaba necesaria la eliminación de la ventana en aras de asegurar la privacidad de las comunicaciones.

5.8.5. Problemas derivados de la distancia entre el lugar de tramitación del procedimiento y el centro de internamiento

El limitado número de centros de internamiento existentes en el territorio nacional obliga a concentrar en ellos, como ya se ha indicado, a extranjeros cuya expulsión se tramita en ciudades o provincias distantes. Surgen entonces problemas ante la necesidad de prestar una adecuada asistencia jurídica a un extranjero internado en un centro de internamiento de otra provincia, cuando su expediente lo lleva una plantilla policial de otra demarcación colegial y ha sido asistido por un abogado que se encuentra, en ocasiones, a muchos kilómetros de distancia.

El Defensor del Pueblo es consciente de que esta desvinculación entre el letrado que ha llevado un caso y su cliente, forzada por el internamiento de este último, es una de las pruebas más críticas a las que debe enfrentarse todo sistema de asistencia jurídica para probar su efectividad. Desde esa perspectiva, pueden apuntarse algunas medidas paliativas de los efectos adversos que se han detectado, si bien una mejora sustancial de esta situación pasaría por la puesta en práctica de varias de estas medidas de forma combinada.

Como primera cuestión, podría establecerse la práctica de que el letrado que inicialmente asista al ciudadano extranjero, cuando éste sea internado en un centro que se encuentre alejado de la ciudad en la que actúa, comunicase al colegio de abogados de la ciudad en la que se encuentra el centro esta circunstancia, a fin de que de resultar necesario se articulasen los medios para que un letrado de ese colegio pueda suplir a su compañero o efectuar por delegación de éste las actuaciones, contacto y visitas que se consideren pertinentes. No parece que deba insistirse en este punto en la necesidad de que la actuación de ambos

[79] En el foro de debate abierto en la página web de esta Institución para la recepción de aportaciones con vistas a la preparación del presente informe, un letrado valenciano hizo constar que existía una diferencia de trato, puesto que la entrevista de familiares y amigos se debía realizar con la puerta abierta, y un policía en la puerta, pero la entrevista de los abogados se hacía a puerta cerrada.

letrados esté estrechamente coordinada bajo la dirección técnica del primero. Ha de advertirse que, en este caso, la actuación del segundo letrado se realizaría por delegación del primero y que, en consecuencia, no se le debería exigir la acreditación de que es el encargado de la defensa jurídica del interno, sino tan sólo que acredite la condición en la que actúa.

Las comunicaciones entre los letrados podrían verse muy favorecidas si se generalizase el uso de bases de datos que permitan el acceso de información en red a los letrados cuando trabajaran en la asistencia de un interno afectado por la circunstancia que se viene comentando.

La medida anterior debería ser alternativa al pago de desplazamientos a los letrados, al menos dentro de unos determinados límites kilométricos. Indudablemente, dada la magnitud que están alcanzando las actuaciones sancionatorias en materia de extranjería, también debería abordarse por parte de la Administración un plan para incrementar el número de los centros de internamiento.

5.9. Finalización del internamiento

Si en el expediente administrativo el letrado hizo uso de su facultad de representación (art. 32 Ley 30/1992) habrá que notificarle la finalización del internamiento y, en todo caso, cualquier incidencia relevante que se produzca durante el mismo como la determinación de la nacionalidad, traslado a un hospital, o traslados a otra ciudad o a otro centro [80].

Deben los letrados y, desde luego, los jueces que autorizan los internamientos otorgar especial importancia a facilitar la recuperación de la libertad de aquellos extranjeros sometidos a internamiento, sin aguardar al agotamiento del plazo que se haya establecido en el correspondiente auto, cuando se evidencie la inutilidad práctica de esa medida o sobrevengan hechos o circunstancias que aconsejen dejarla sin efecto.

En esa misma línea en el Informe correspondiente al año 2004 esta Institución daba cuenta de la emisión de una recomendación a la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración para que en el Reglamento de extranjería, entonces en preparación, se eliminase la necesidad de tener que solicitar en todo caso a la autoridad judicial la puesta en libertad del extranjero. Concretamente, el Defensor del Pueblo entiende que debe ser responsabilidad de la autoridad administrativa acordar la libertad de los extranjeros sometidos a medida de

[80] En la jornada celebrada por esta Institución con representantes de organizaciones no gubernamentales para la preparación del presente informe se informó de que en Lanzarote no se informa a los jueces de instrucción que autorizan los internamientos de los traslados de los extranjeros a las instalaciones de Fuerteventura, Las Palmas o a la península. Los abogados tampoco conocen esos desplazamientos. En atención al principio de tutela judicial efectiva y al derecho de defensa, la Administración debería comunicar siempre los traslados tanto al juez como al abogado.

internamiento cuando se conozca que la expulsión proyectada no podrá materializarse por cualquier causa, disponiéndose solamente la obligación de los centros de internamiento de comunicar a la autoridad judicial esta circunstancia con la mayor brevedad posible.

El artículo 62 de la Ley de extranjería, tantas veces citado en este capítulo, expresamente alude al carácter extraordinario del internamiento al disponer que esta medida «se mantendrá por el tiempo imprescindible para los fines del expediente, sin que en ningún caso pueda exceder de cuarenta días». Sin embargo el apartado 5 del artículo 127 del Reglamento vigente en el momento de emitir la recomendación señalaba la obligación de la autoridad gubernativa de solicitar de la autoridad judicial la puesta en libertad del extranjero cuando con anterioridad al transcurso del plazo máximo de cuarenta días se tenga constancia de que la práctica de la expulsión no podrá llevarse a cabo.

Según criterio de esta Institución, la regulación reglamentaria no puede implicar una traba o impedimento para lograr la inmediata libertad del interno. Ha de repararse en que, como se razonaba en el mencionado Informe anual, la disponibilidad sobre la pérdida de libertad del extranjero es sin lugar a dudas una medida de carácter judicial, pero es también claro que la decisión última sobre la expulsión y la ejecución de la misma tiene carácter administrativo. No resulta por ello justificado que la autoridad gubernativa se vea en la obligación de esperar a la autorización de la autoridad judicial para dejar en libertad al interno, una vez desaparecidas las causas que motivaron la incoación del procedimiento sancionador o resulte judicialmente suspendida la medida de expulsión.

Tal demora puede acabar suponiendo una lesión innecesaria [81] al derecho a la libertad del extranjero, máxime cuando la decisión del juez de instrucción que aprobó el internamiento ha de limitarse lógicamente a ratificar la decisión de la Administración, al no ser de su competencia conocer sobre las circunstancias de fondo que impiden la expulsión. La necesidad de interpretar el ordenamiento de forma compatible con el ejercicio de los derechos fundamentales obliga, en este caso, a cuestionar el sentido de una norma reglamentaria que no introduce ninguna garantía material.

Esta Institución mantiene que, siendo la libertad la condición natural de todo ser humano, lo único que tiene sentido es establecer la intervención judicial como garantía material en el momento en que está en cuestión la pérdida de la misma, pero que no resulta imperativamente necesario establecer un cauce similar para la recuperación de ese *estatus* [82].

---

[81] A este respecto puede acudirse al ejemplo, por lo demás frecuente, de extranjeros internados en los que la Administración tiene noticia un viernes de que no va resultar posible la expulsión y que, con arreglo a la previsión que se viene analizando, deben aguardar como mínimo hasta el lunes a fin de que se cumplimente el trámite formal de instar la libertad al juez autorizante del internamiento.

[82] En la recomendación se citaba como precedente lo previsto en el artículo 763.4 último párrafo, de la Ley de enjuiciamiento civil, que cuando regula los internamientos involuntarios por razón de trastorno psíquico, señala que: «cuando los facultativos que atiendan a la persona inter-

Tan sólo en el caso en que el expediente de expulsión traiga causa de una sustitución de condena o una medida de seguridad, acordadas conforme a los artículos 89 y 108 del Código Penal, cabría plantearse teóricamente la necesidad de supeditar la puesta en libertad a la autorización judicial. No obstante la redacción de las normas resulta suficiente para despejar la duda, particularmente desde la revisión de la Ley Orgánica del Poder Judicial, efectuada por medio de la Ley Orgánica 19/2003 que, en su disposición adicional decimoséptima, ha establecido que la sentencia que disponga la sustitución de una pena privativa de libertad o de la medida de seguridad establecerá la ejecución de la misma hasta tanto la autoridad gubernativa proceda a materializar la expulsión.

La recomendación no ha sido aceptada en su integridad y en el artículo 153.5 del actual Reglamento de extranjería se ha incluido una previsión en términos similares a la que existía en el anterior reglamento. Por ello el Defensor del Pueblo debe concluir el presente capítulo indicando que los letrados deberán mantener a este respecto una actitud vigilante para que no se produzcan demoras en la finalización del internamiento.

Para este fin será muy conveniente que en el curso de las entrevistas con sus asistidos les ilustren sobre el procedimiento que puede emplearse para determinar su nacionalidad y les aconsejen para que reclamen su presencia en el centro o se pongan en contacto telefónico con ellos, una vez que este procedimiento haya tenido lugar, a fin de conocer sus resultados.

También parece necesario recordar que los centros deben estar en disposición de informar a los letrados sobre las previsiones de expulsión si éstos lo solicitan. Esta información debería resultar accesible por medios telefónicos o informáticos [83], siempre que se acredite la identidad del comunicante.

En el caso de que el letrado aprecie que esta información no es puesta de manera diligente en conocimiento del juzgado que autorizó el internamiento, debe él mismo efectuar la oportuna comunicación para que sea el juez el que reclame la información y alce la medida que acordó.

6. ASISTENCIA LETRADA EN CASOS DE ASILO

6.1. Precisiones conceptuales y terminológicas

El ámbito del asilo, al que deben unirse en este caso otras formas complementarias de protección, presenta algunos términos o expresiones propias cuya definición facilitará el seguimiento de todo este capítulo.

---

nada consideren que no es necesario mantener el internamiento, darán de alta al enfermo, y lo comunicarán inmediatamente al tribunal competente».

[83] Se dan por reproducidos los razonamientos sobre acceso de los letrados a los expedientes administrativos por vía informática que se han hecho en varios puntos del presente informe.

Asilo: Otorgamiento por un Estado de protección en su territorio a extranjeros que se encuentran fuera de su país de origen y que manifiestan fundadamente temor de ser perseguidos por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas. Es requisito necesario para la concesión de asilo que a los interesados no les sea posible acogerse a la protección de su país o, por causa del temor que padecen, no deseen hacerlo. El artículo 1 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, Reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado, en consonancia con lo previsto en el artículo 14.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, reconoce a los extranjeros el derecho a solicitar asilo en España.

Comisión Interministerial de Asilo y Refugio: Órgano administrativo de carácter colegiado, establecido por el artículo 6 de la Ley de asilo y desarrollado en el artículo 2 de su Reglamento de aplicación, aprobado por el Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, al que se atribuyen competencias para el examen y propuestas de resolución de los expedientes de asilo, protección subsidiaria y protección temporal. A sus sesiones es convocado el Representante en España del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados [84]. Suele usarse para designarla el acrónimo CIAR.

Cláusulas de cesación: Disposiciones del artículo 1 C de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados [85] que determinan el momento en que deja de aplicarse a un refugiado la protección que esa condición comporta [86]. La existencia de estas cláusulas sirve para caracterizar el asilo

---

[84] En adelante se empleará el acrónimo ACNUR.

[85] En tanto no se indique lo contrario, en el presente capítulo se utilizan los términos «Convención» o «Convención de Ginebra» para designar a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, celebrada en Ginebra el 28 de julio de 1951 y modificada por el Protocolo de Nueva York, de 31 de enero de 1967.

[86] La Directiva 2004/83/CE recoge en lo esencial estas cláusulas en su artículo 11, cuyo tenor literal indica: «1. Los nacionales de terceros países y los apátridas dejarán de ser refugiados en caso de que:

a) se hayan acogido de nuevo, voluntariamente, a la protección del país de su nacionalidad, o

b) habiendo perdido su nacionalidad, la hayan recobrado voluntariamente, o

c) hayan adquirido una nueva nacionalidad y disfruten de la protección del país de su nueva nacionalidad, o

d) se hayan establecido de nuevo, voluntariamente, en el país que habían abandonado o fuera del cual habían permanecido por temor de ser perseguidos, o

e) ya no puedan continuar negándose a acogerse a la protección del país de su nacionalidad por haber desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales fueron reconocidos como refugiados;

f) no teniendo nacionalidad, puedan regresar al país de su anterior residencia habitual por haber desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales fueron reconocidos como refugiados.

2. Al considerar lo dispuesto en las letras *e)* y *f)* del apartado 1, los Estados miembros tendrán en cuenta si el cambio de circunstancias es lo suficientemente significativo, sin ser de carácter temporal, como para dejar de considerar fundados los temores del refugiado a ser perseguido».

como una protección excepcional y con vocación de temporalidad [87], aunque marcada por la exigencia de que la cesación del Estatuto se deba a causas objetivas.

Cláusulas de exclusión: Previsiones contenidas en los párrafos D, E y F del artículo 1 de la Convención que permiten a los Estados no conceder la protección solicitada a personas que cumplirían con los criterios para el reconocimiento de la condición de refugiado, si se aprecia que se encuentran en alguna de las situaciones siguientes: Quienes reciban protección o asistencia de un órgano de Naciones Unidas distinto del ACNUR; quienes hayan fijado su residencia en un país que les reconozca derechos y obligaciones inherentes a la posesión de la nacionalidad; también quedarán excluidas aquellas personas sobre las que existan motivos fundados para considerar que:

— Han cometido [88] delitos contra la paz, delitos de guerra o delitos contra la humanidad, según la definición que para tales tipos delictivos se hace en los instrumentos internacionales pertinentes.
— Han cometido un grave delito común, fuera del país de refugio, antes de ser admitidos como refugiados [89].
— Se han hecho culpables de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas [90].

Desplazado: Se adopta a los efectos de este informe la definición de la Directiva 2001/55/CE, del Consejo, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas, que entiende la expresión 'personas desplazadas' como «los nacionales de un tercer país o apátridas que hayan debido abandonar su país o región de origen, o que hayan sido evacuados, en particular respondiendo al llamamiento de organizaciones internacionales, y cuyo regreso en condiciones seguras y duraderas sea imposible debido a la situación existente en ese país, que puedan eventualmente caer dentro del ámbito de aplicación del artículo 1 A de la Convención u otros instrumentos internacionales o nacionales

---

[87] A esa misma lógica responde que el artículo 22.1 del Código Civil español prevea un plazo privilegiado de cinco años para que los refugiados puedan acceder a la nacionalidad española por residencia. Con ello se pretende cumplir en parte con el artículo 34 de la Convención que expresa la obligación de los Estados de facilitar la asimilación y naturalización de los refugiados.

[88] La Directiva 2004/83/CE indica en el artículo 12.3 que se entenderá que existe causa bastante para la exclusión por algunos de los motivos que se reseñan a continuación, tanto respecto de personas que hayan tenido algún grado de participación directa en las actuaciones descritas, como de aquellas que hayan incitado a la comisión de tales delitos o actos.

[89] La Directiva citada en la nota anterior precisa a estos efectos en su artículo 12.2 *b)* que la comisión de un delito común deberá haberse producido «antes de la expedición de un permiso de residencia basado en la concesión del estatuto de refugiado». También se matiza que «los actos especialmente crueles, incluso si su comisión persigue un supuesto objetivo político, podrán catalogarse como delitos comunes graves».

[90] Nuevamente la Directiva 2004/83/CE precisa los términos para el ámbito de la Unión Europea, al señalar que estas finalidades y principios deben ser los enunciados en el preámbulo y en los artículos 1 y 2 de la Carta de las Naciones Unidas.

de protección internacional, y en particular las personas que hayan huido de zonas de conflicto armado o de violencia permanente; [o] las personas que hayan estado o estén en peligro grave de verse expuestas a una violación sistemática o generalizada de los derechos humanos».

Determinación del Estado responsable: En el marco de la Unión Europea esta expresión alude al mecanismo a través del cual se establece qué Estado miembro resulta competente para el examen de una solicitud de asilo, en virtud de determinados principios que pretenden un reparto equitativo de las cargas entre los Estados y que establecen un listado jerarquizado de causas por las que la atribución de responsabilidad se efectuará a un Estado u otro. Tales criterios dan prioridad al mantenimiento de los vínculos familiares, en segundo término a las vinculaciones jurídicas vigentes o anteriores que pueda tener el solicitante con un determinado Estado miembro (documentos de residencia o visados) y después al primer punto de llegada y a las condiciones en que se produjo esa llegada. La actuación concertada en el seno de la Unión Europea se plasmó en el Convenio de Dublín de 15 de julio de 1990 que, tras la comunitarización de la política de asilo (art. 63 del Tratado de la Comunidad Europea), se ha visto sustituido por el Reglamento (CE) 343/2003, del Consejo, de 18 de febrero de 2003.

Inadmisión [91] **a trámite:** Procedimiento, establecido en el capítulo II (arts. 17 a 23) del Reglamento de aplicación de la Ley reguladora del derecho de asilo, previsto como consecuencia de la modificación de dicha norma legal, efectuada por medio de la Ley 9/1994, de 19 de mayo, cuya función es determinar con carácter preliminar si se cumplen los presupuestos jurídicos que permitan a España examinar dicha solicitud, así como si existen indicios de que los motivos alegados resulten verosímiles, puedan considerarse subsistentes y se ajusten a los motivos previstos en la Convención o requieran otras formas de protección. Habida cuenta del carácter perentorio de este procedimiento, el transcurso de los plazos marcados sin que haya producido una resolución determina la admisión a trámite de la solicitud.

Oficina de Asilo y Refugio: Organismo administrativo, creado en la disposición adicional única del Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, y desarrollado en el artículo 3 del Reglamento de aplicación de la Ley de asilo, que se encuadra actualmente en la Dirección General de Política Interior del Ministerio del Interior. Su dirección corresponde al Subdirector General de Asilo. Se encarga de la tramitación de los procedimientos de asilo, protección temporal y apatridia. También le corresponde proponer al Ministro la inadmisión a trámite de solicitudes de asilo. Se usa frecuentemente para designarla el acrónimo OAR.

---

[91] Resulta cuando menos peculiar que en su día se optara por denominar a este procedimiento como de «inadmisión a trámite» cuando la resolución puede tener tanto un sentido positivo como negativo. La atención a una elemental presunción de legitimidad de las solicitudes, que constituye un presupuesto básico para cualquier procedimiento administrativo, hubiera aconsejado que en este caso se hablara de «procedimiento de admisión a trámite».

Persecución: La doctrina del ACNUR entiende que este término alude en el contexto de los refugiados a todo acto mediante el cual se vulneran gravemente los derechos fundamentales por motivos relacionados con la raza, la religión, la nacionalidad, las opiniones políticas o la pertenencia a un determinado grupo social. La noción de persecución requiere que esa lesión a derechos fundamentales vaya acompañada de una ausencia de protección efectiva en el país de origen, por abstención de sus autoridades o agentes o por imposibilidad de actuar. Los términos de la Convención han sufrido un proceso de interpretación para adaptarlos a la realidad social del momento en que deben ser aplicados; de particular importancia son en este ámbito las Conclusiones del Comité Ejecutivo del ACNUR sobre protección internacional y, para la Unión Europea, las previsiones de la Directiva 2004/83/CE, del Consejo, de 29 de abril de 2004 [92].

---

[92] En especial deben verse los artículos 9 y 10, cuyo texto se reproduce a continuación:

«Artículo 9. Actos de persecución.— 1. Los actos de persecución en el sentido de la sección A del artículo 1 de la Convención de Ginebra deberán:

a) ser suficientemente graves por su naturaleza o carácter reiterado como para constituir una violación grave de los derechos humanos fundamentales, en particular los derechos que no puedan ser objeto de excepciones al amparo del apartado 2 del artículo 15 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, o bien

b) ser una acumulación de varias medidas, incluidas las violaciones de los derechos humanos, que sea lo suficientemente grave como para afectar a una persona de manera similar a la mencionada en la letra *a)*.

2. Los actos de persecución definidos en el apartado 1 podrán revestir, entre otras, las siguientes formas:

a) actos de violencia física o psíquica, incluidos los actos de violencia sexual;

b) medidas legislativas, administrativas, policiales o judiciales que sean discriminatorias en sí mismas o se apliquen de manera discriminatoria;

c) procesamientos o penas que sean desproporcionados o discriminatorios;

d) denegación de tutela judicial de la que se deriven penas desproporcionadas o discriminatorias;

e) procesamientos o penas por la negativa a cumplir el servicio militar en un conflicto en el que el cumplimiento del servicio militar conllevaría delitos o actos comprendidos en las cláusulas de exclusión establecidas en el apartado 2 del artículo 12;

f) actos de naturaleza sexual que afecten a adultos o a niños.

3. De conformidad con lo previsto en la letra *c)* del artículo 2, los motivos mencionados en el artículo 10 y los actos de persecución definidos en el apartado 1 del presente artículo deberán estar relacionados.

Artículo 10. Motivos de persecución.— 1. Al valorar los motivos de persecución, los Estados miembros tendrán en cuenta los siguientes elementos:

a) el concepto de raza comprenderá, en particular, consideraciones de color, origen o pertenencia a un determinado grupo étnico;

b) el concepto de religión comprenderá, en particular, la profesión de creencias teístas, no teístas y ateas, la participación o la abstención de participar en cultos formales en privado o en público, ya sea individualmente o en comunidad, así como otros actos o expresiones de opinión de carácter religioso, o formas de conducta personal o comunitaria basadas en cualquier creencia religiosa u ordenadas por ésta;

c) el concepto de nacionalidad no se limitará a la ciudadanía o a su falta, sino que comprenderá, en particular, la pertenencia a un grupo determinado por su identidad cultural, étnica o lingüística, sus orígenes geográficos o políticos comunes o su relación con la población de otro Estado;

d) se considerará que un grupo constituye un determinado grupo social si, en particular:

Polizón: Persona que se embarca de manera clandestina en un buque, así como la que es detectada en tanto se encuentre en la nave sin un título que le habilite a continuar viaje.

Principio de no devolución: Eje central del derecho de los refugiados, establecido en el artículo 33 de la Convención, a tenor del cual ningún Estado podrá poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad corran peligro [93]. Es frecuente su invocación bajo la expresión francesa *non refoulement*. El ACNUR observa que este principio forma parte del Derecho internacional consuetudinario y resulta vinculante para todos los Estados, sean o no parte de la Convención. El Defensor del Pueblo considera que este principio debe aplicarse incluso antes de la formalización de la solicitud de asilo, de modo que cualquier autoridad pública o alguno de sus agentes estará obligado a suspender o a impedir que un ciudadano sea puesto en la frontera de un tercer Estado desde el momento mismo en que le conste por cualquier vía, incluso verbal, la intención de esa persona de acogerse a la protección de nuestro país.

Protección subsidiaria [94]**:** Estatuto que puede concederse a personas que no reúnen los requisitos para ser considerados refugiados, pero respecto de los cuales se aprecian motivos fundados para considerar que si regresase a su país o, en el caso de los apátridas, al país de su residencia habitual, se enfrentarían a un riesgo real de sufrir un daño grave [95] y que no puede o, a consecuencia de ese riesgo, no quiere acogerse a la protección de tal país.

— los miembros de dicho grupo comparten una característica innata o unos antecedentes comunes que no pueden cambiarse, o bien comparten una característica o creencia que resulta tan fundamental para su identidad o conciencia que no se les puede exigir que renuncien a ella, y

— dicho grupo posee una identidad diferenciada en el país de que se trate por ser percibido como diferente por la sociedad que lo rodea.

En función de las circunstancias imperantes en el país de origen, podría incluirse en el concepto de grupo social determinado un grupo basado en una característica común de orientación sexual. No podrá entenderse la orientación sexual en un sentido que comporte actos considerados delictivos por la legislación nacional de los Estados miembros. Podrían tenerse en cuenta aspectos relacionados con el sexo de la persona, sin que ellos por sí solos puedan dar lugar a la presunción de aplicabilidad del presente artículo;

e) el concepto de opiniones políticas comprenderá, en particular, la profesión de una opinión, idea o creencia sobre un asunto relacionado con los agentes potenciales de persecución mencionados en el artículo 6 y con sus políticas o métodos, independientemente de que el solicitante haya o no obrado de acuerdo con tal opinión, idea o creencia.

2. En la valoración de si un solicitante tiene fundados temores a ser perseguido será indiferente el hecho de que posea realmente la característica racial, religiosa, nacional, social o política que suscita la acción persecutoria, a condición de que el agente de persecución atribuya al solicitante tal característica».

[93] Conforme al artículo 42 de la Convención, el artículo 33 se encuentra entre aquellos que no pueden ser objeto de reserva.

[94] También se ha venido empleando por los operadores jurídicos la expresión «protección complementaria». No obstante en la Directiva 2004/83/CE de la que se toman los elementos centrales de la definición aquí propuesta, se refiere el término consignado, razón por la cual se opta por él.

[95] El artículo 15 de la Directiva 2004/83/CE establece que «constituirán daños graves:

a) la condena a la pena de muerte o su ejecución, o

Protección temporal: De conformidad con la Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio, ha de entenderse que se trata de un procedimiento de carácter excepcional, aplicable en casos de afluencia masiva o inminencia de afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de terceros países que no pueden volver a entrar en su país de origen. Su objeto es garantizar a las mismas un estatuto protector de carácter inmediato y por tiempo determinado. Se considera un instrumento idóneo para aquellos casos en que, por el flujo de personas a atender, se aprecien riesgos para el buen funcionamiento del sistema de asilo [96], el interés de las personas afectadas o de otras personas que puedan solicitar protección.

Reexamen: En términos generales, y conforme al artículo 9 de la Ley de asilo, es la petición cursada por un extranjero que ha visto denegada su petición de asilo para que se reconsidere la decisión adoptada a la vista de la existencia de nuevos elementos probatorios o de la desaparición sobrevenida de las circunstancias que motivaron la denegación.

También se da ese nombre al recurso administrativo específico, previsto en el marco del procedimiento de inadmisión a trámite de las solicitudes presentadas en frontera, a través del cual el propio órgano que resolvió la inadmisión a trámite debe confirmar o modificar su decisión en un plazo no superior a dos días desde la presentación del recurso. Una particularidad de este recurso es que mientras dure el plazo para su interposición, así como hasta la notificación de la resolución se suspende por ministerio de la ley la ejecutividad del acto administrativo. En todo caso el transcurso del plazo señalado sin que se haya notificado la resolución recaída como consecuencia del reexamen determinará la admisión del solicitante a territorio español y la tramitación de la solicitud por ministerio de la ley.

Refugiado: Persona a la que se ha otorgado asilo, reconociéndole una serie de derechos que pueden agruparse en dos ámbitos. El primero de ellos, de carácter negativo y que constituye el núcleo primario de protección, implica que, conforme al principio de no devolución, el interesado no será devuelto ni expulsado al territorio donde pueda tener motivos para temer alguna persecución o castigo. El segundo, de naturaleza positiva, incluye la obtención de la documentación que acredite su condición y facilite su libertad deambulatoria, la

---

b) la tortura o las penas o tratos inhumanos o degradantes de un solicitante en su país de origen, o

c) las amenazas graves e individuales contra la vida o la integridad física de un civil motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado internacional o interno.»

[96] En consecuencia cabe entender que la protección temporal constituye una respuesta urgente de la Unión Europea con vistas a dejar a salvo la especificidad del asilo. En otras regiones, y particularmente en África, se ha venido otorgando protección en situaciones de afluencia masiva bajo la fórmula de determinación colectiva o «determinación *prima facie* de la condición de refugiado».

autorización de residencia en España y la autorización para el desarrollo de actividades laborales, profesionales y mercantiles.

Solicitante de asilo: Persona que ha formulado una solicitud de asilo y que se halla aún pendiente de una decisión definitiva de las autoridades. En atención a la exigencia que para la presentación de la solicitud establece la legislación española, el Defensor del Pueblo estima que también han de ser considerados solicitantes de asilo quienes hayan manifestado ante la dependencia habilitada para la recepción su intención de presentar una solicitud de asilo y no hayan podido materializarla por causas que no le resulten imputables.

Temores fundados de persecución: En palabras del artículo 1 A de la Convención, la actitud de los refugiados ha de deberse a fundados temores de ser perseguidos por alguna de las cinco causas o motivos reflejados en la propia Convención. Ello comporta la coincidencia de dos elementos, uno de carácter subjetivo, el temor de la persecución, y un elemento objetivo, que implica la exigencia de que dicho temor haya de ser fundado o, dicho en otros términos, que este temor tenga una justificación razonable.

6.2. Regulación normativa

Como corresponde a una materia tan íntimamente relacionada con la protección de los derechos humanos, la legislación de asilo no puede considerarse de manera aislada, sino que ha ponerse en conexión con el conjunto de normas tuitivas de derechos fundamentales existentes en los diversos ámbitos territoriales. Esa labor excede las necesidades de este informe, por lo que las páginas que siguen abordarán únicamente las normas más directamente relacionadas con la materia.

Por otra parte, en el marco de la Unión Europea es un fenómeno frecuente la coexistencia e incluso la interacción de las normas jurídicas emanadas de los órganos de la propia Unión con las de los Estados miembros. Como a continuación se refiere, el fenómeno descrito se da en el ámbito del asilo de manera creciente e incluso se ve ampliado, como consecuencia de la necesidad de colocar en primer término la Convención de Ginebra, piedra angular del derecho de los refugiados, además de otros convenios y acuerdos internacionales de carácter complementario.

Para facilitar la comprensión del conjunto y dado fundamentalmente que en el momento presente no se ha completado el proceso de transposición al Derecho español de diversas Directivas del Consejo, se ha optado por hacer en primer lugar una breve reseña de la normativa general aplicable, tanto internacional como interna, para comentar luego las normas emanadas de los órganos de la Unión Europea.

6.2.1. Recepción y desarrollo del sistema de asilo en el Derecho español

En correspondencia con la estructura piramidal de las normas jurídicas la primera mención al ordenamiento jurídico del asilo ha de partir del artículo 13.4 de la Constitución, que se limita a prever la posibilidad de que se instituya un sistema de asilo, dejando la determinación del mismo a la ley. La parquedad de la norma suprema es en cierto modo explicable si se recuerda que la labor constituyente se simultaneó con el proceso de aprobación del texto de la Convención por parte de las, entonces, Cortes españolas [97]. De hecho el depósito del Instrumento de Adhesión ante el Secretario General de Naciones Unidas se produjo el 14 de agosto de 1978, entrando en vigor [98] la misma para España el 12 de noviembre de ese año.

La Convención y el Protocolo de 1967 forman ya para los países occidentales un todo indisociable, toda vez que el segundo elimina los límites temporales y geográficos que figuraban en la definición de refugiado que se contiene en el artículo 1 A de la Convención original.

La Convención tiene una estructura interna que parte de la definición de refugiado en el artículo 1. Este precepto central se conecta con los artículos 31 (refugiados que se encuentren ilegalmente en el país de refugio), 32 (expulsiones) y 33 (prohibición de la expulsión y devolución) que establecen el núcleo protector primario del refugio.

A partir de ahí la Convención dedica una serie de artículos a establecer el marco general en el que los Estados han de aceptar a los refugiados. Particular importancia tienen en este punto el artículo 3, sobre prohibición de la discriminación, y el artículo 4, sobre homologación con los nacionales en cuanto a la libertad religiosa (sobre ambos preceptos la Convención no admite reservas). Acto seguido se esboza un régimen general de permanencia de los refugiados que se modula en función de la cuestión a tratar y respecto del que se fija como nivel mínimo inexcusable que los refugiados no podrán recibir un trato menos favorable que el que generalmente se preste a los extranjeros (art. 15 sobre el derecho de asociación, art. 17.1 sobre el acceso al empleo [99], art. 18 sobre trabajo por cuenta propia, art. 21 sobre acceso a la vivienda, art. 26 sobre libertad de circulación, etc.) y que en determinados aspectos se asimila al que se reconoce a los nacionales del país de acogida (art. 14 sobre reconocimiento de derechos de propiedad intelectual e industrial, art. 16 sobre el acceso a los tribunales, art.

---

[97] El Instrumento de ratificación de la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de Nueva York de 1967 se publicó en el *BOE*, 252, de 21 de octubre de 1978. Existe una rectificación en el *BOE*, 272, de 14 de noviembre de 1978.

[98] Curiosamente, el Protocolo de Nueva York al que España se adhirió en el mismo acto entró en vigor el 14 de agosto de 1978.

[99] No obstante los artículos 17.2 y 17.3 trascienden esa inicial equiparación mínima basándose en el periodo de residencia, en los vínculos familiares y solicitando a los Estados la asimilación con los nacionales al menos en determinados supuestos.

20 sobre el racionamiento, art. 24 sobre legislación de trabajo y seguros sociales, art. 29 sobre fiscalidad, etcétera).

Junto a esta regulación material que estatuía una normativa de protección internacional a favor de los refugiados, se estableció un organismo dependiente de las Naciones Unidas, que se encargara de la gestión de la protección internacional [100] y de buscar soluciones permanentes al problema de los refugiados. Este organismo fue el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), cuyo Estatuto quedó fijado en la Resolución [101] 428 (V) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1950.

La previsión constitucional unida a la obligación derivada de la adhesión a la Convención, llevó a la aprobación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, Reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado [102]. Esta norma legal sufrió una sustancial modificación a través de la Ley 9/1994, de 19 de mayo.

En su actual configuración, la Ley española de asilo mantiene un vínculo estrecho con la Convención, que se hace patente no sólo en la concordancia entre la regulación nacional y las previsiones del texto internacional sino, de forma más clara, por las remisiones que el propio texto legal hace a aquel instrumento internacional en asuntos centrales, tales como el contenido del asilo (art. 2), las causas que justifican la concesión [103] o denegación (art. 3), los motivos de inadmisión a trámite de la solicitud [art. 5.6 apartados *a)* y *f)*], los efectos de la resolución denegatoria (art. 17) y la expulsión de los refugiados (art. 19). Con independencia de esto, la norma tiene un contenido principalmente procedimental, completado con algunas previsiones relevantes como, por ejemplo, la concesión de asilo por extensión familiar, así como la posibilidad excepcional de negar a los refugiados autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales de índole política, económica o social que, no obstante, requieren una ley formal que aprecie la con-

---

[100] A los efectos de determinar la condición de refugiado el ACNUR cuenta con una serie de documentos que plasman los criterios fundamentales que estima deben seguirse por los Estados y por los propios servicios del ACNUR allí donde actúen directamente. Entre ellos cabe citar las *Conclusiones sobre protección internacional*, emanadas del Comité Ejecutivo, el *Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado* y la *Agenda para la Protección*; esta última resultado de las Consultas Globales para la protección internacional que se pusieron en marcha en el año 2000.

[101] La creación de un Comisionado para los Refugiados es anterior a este Estatuto y se produjo por la Resolución 319 (IV) de la Asamblea General, de 3 de diciembre de 1949. El mandato del ACNUR está formalmente sometido a renovación por parte de la Asamblea General, conforme al artículo 5 de su Estatuto.

[102] Para la aplicación de la misma se aprobó por el Real Decreto 511/1985, de 20 de febrero, un Reglamento.

[103] De particular importancia resulta el artículo 8 de la Ley, que recuerda que la concesión de asilo no precisa más que un juicio de verosimilitud o, en los propios términos del precepto: «Para que se resuelva favorablemente la solicitud de asilo bastará que aparezcan indicios suficientes, según la naturaleza de cada caso, para deducir que el solicitante cumple los requisitos...».

currencia de tales circunstancias y que habrá de respetar las situaciones preexistentes.

Esta Institución presentó un recurso de inconstitucionalidad contra la redacción con la que quedó formulado el apartado 7 del artículo 5 de la Ley, en la parte que establece la permanencia del solicitante de asilo en el puesto fronterizo durante la tramitación de su solicitud. Se estimó que tal medida implicaba una privación de libertad que no respetaba el contenido material del derecho fundamental a la libertad consagrado en el artículo 17.2 de la Constitución y, al tiempo, desatendía la obligación de regular esta materia por ley orgánica. El Tribunal Constitucional resolvió mediante sentencia 53/2002, la conformidad de la norma impugnada con la Constitución.

El desarrollo reglamentario de la Ley, tras la modificación de 1994, se efectuó por medio del Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero. Además de toda la mecánica procedimental, en él se perfilan dos órganos básicos en el sistema español de asilo: la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio (CIAR), y la Oficina de Asilo y Refugio (OAR). Esta norma ha sido objeto de cuatro modificaciones, aunque en lo que ahora interesa son tres las modificaciones relevantes: La primera de ellas fue la efectuada en la disposición final tercera del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por medio del cual se estableció una norma de engarce entre el sistema de asilo y el de extranjería para los casos en que se conceda protección por razones humanitarias o de interés público, conforme a lo previsto en el artículo 17.2 de la Ley de asilo. La segunda se realizó por medio de la disposición final segunda del Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre régimen de protección temporal en casos de afluencia masiva de personas desplazadas, y sirvió para acomodar la normativa de asilo a la existencia de este nuevo Reglamento completando la extensión en el texto de asilo de las normas sobre protección subsidiaria y protección humanitaria. El reciente Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, incorpora, por medio de la disposición final tercera, algunos aspectos de la Directiva 2003/9/CE, del Consejo, de 27 de enero, sobre normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo e intenta nuevamente mejorar la coherencia entre la autorización de permanencia por razones humanitarias que se prevé en la legislación de asilo y la autorización de residencia por circunstancias excepcionales previstas en la legislación general de extranjería.

La vinculación [104] entre las regulaciones de extranjería y asilo se produce en múltiples puntos. En primer término, la Ley de extranjería contiene diversas previsiones específicas cuya función es excepcionar o suspender la actuación general de extranjería para los casos en los que se formule una solicitud de asilo. Esta previsión se hace en el artículo 25.3 en relación con los requisitos de

[104] A este respecto puede verse el papel que se otorga a la Comisión Interministerial de Extranjería en el Real Decreto 1946/2000, de 1 de diciembre, respecto del asilo (art. 3) que se ve reforzado en el Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre, en lo que a la determinación de la duración de la protección temporal se refiere.

entrada a territorio español [105]. En la misma línea pueden citarse el artículo 58.3, sobre actuación en los supuestos de devolución cuando se presenta una solicitud de asilo y el artículo 64.4, sobre suspensión de la expulsión si se presenta una solicitud de asilo. En otro orden, el artículo 34.3 configura la condición de refugiado como un *estatus* residencial de extranjería específico. Por último, el artículo 64.5 establece una cláusula para garantizar la ejecución material de las obligaciones internacionales asumidas por España, al disponer que el solicitante de asilo al que se le haya inadmitido a trámite su solicitud por resultar responsable otro Estado de su tramitación, podrá ser escoltado por funcionarios policiales sin necesidad de que se le instruya procedimiento de expulsión.

El actual Reglamento de extranjería, aprobado por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, acoge también un importante número de normas de enlace. Así, por ejemplo, se establece en el artículo 45.3 la posibilidad de conceder autorización de residencia por circunstancias excepcionales en atención a razones de protección internacional a las personas a las que se les haya autorizado la permanencia con arreglo a lo previsto en el artículo 17.2 de la Ley de asilo, a los extranjeros desplazados que cumplan los requisitos de su Reglamento específico y a las personas que contraigan matrimonio o constituyan un régimen estable de convivencia con un refugiado con posterioridad a que se reconozca a éste tal condición. El artículo 72.3 *f)* establece que se concederá una autorización de residencia permanente a los refugiados que se encuentren en territorio español y a quienes se les haya reconocido el respectivo estatuto en España. Diversos preceptos de la parte dedicada a expulsiones y devoluciones contienen igualmente normas de enlace, para racionalizar la actuación de la Administración si durante la tramitación, o en la fase de ejecución, de uno de estos procedimientos se formula una petición de asilo. Tales previsiones responden fundamentalmente a la necesidad de establecer una garantía para asegurar el cumplimiento del principio de *non refoulement*. Por su parte la disposición adicional decimoséptima establece el régimen de autorización para trabajar al que podrán acogerse los solicitantes de asilo una vez transcurridos seis meses desde que se admitió a trámite su solicitud, siempre que la falta de resolución no sea imputable a los interesados. Además, y en coherencia con la condición de extranjeros de los refugiados, el propio Real Decreto que aprueba el Reglamento de extranjería establece que las normas de éste se aplicarán con carácter supletorio a quienes sea de aplicación la Ley de asilo.

La incidencia de las normas de extranjería sobre el asilo no se agota obviamente en el Reglamento de ejecución de la Ley de extranjería, sino que llega a normas con escaso rango normativo, pero con mucha importancia práctica. Entre ellas debe hacerse mención de la Instrucción de 9 de marzo de 2002, de la Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración, sobre tratamiento

[105] Ha de afirmarse no obstante que resulta evidente que la incidencia de la normativa sobre acceso a territorio español, y especialmente las obligaciones previstas para los transportistas en relación con el control documental, plantea problemas que no se ven enteramente resueltos con la previsión indicada.

de polizones extranjeros, que contiene el procedimiento a seguir para determinar si un polizón ha solicitado asilo. En la misma línea cabe citar la Instrucción de 3 de agosto de 2000, sobre la entrada ilegal de extranjeros mediante embarcaciones, que también realiza algunas puntualizaciones respecto a las personas que llegan en pateras y solicitan asilo.

Otra de las piezas relevantes del sistema de asilo es el ya aludido Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre régimen de protección temporal en casos de afluencia masiva de personas desplazadas. Este reglamento trae causa de la Directiva europea relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en casos de afluencia masiva de personas desplazadas.

En esencia el Reglamento de protección temporal diseña un sistema de activación extraordinaria [106] y, por tanto, no permanente. La función principal de la llamada protección temporal es actuar como una válvula de seguridad del sistema de asilo, para evitar los colapsos de éste derivados de la afluencia masiva de personas con necesidades de protección. Tales necesidades pueden deberse a dos causas, situaciones de emergencia derivadas de conflictos o disturbios graves de naturaleza política, étnica o religiosa que hagan que se aproximen a la frontera española o entren en el territorio nacional un número importante de personas (arts. 8 y 9) y situaciones en las que se decide colaborar evacuando y dando acogida a personas que se encuentren en las condiciones señaladas pero que no puedan acceder a España o aproximarse a sus fronteras (art. 10).

El panorama normativo debe completarse con la mención a otros textos que también contribuyen a perfilar de manera más exacta el marco jurídico de los solicitantes de asilo.

En lo referente a los centros de acogida a refugiados (CAR) debe aludirse a la Orden del Ministerio de Asuntos Sociales, de 13 de enero de 1989 que los regula y establece sus características y requisitos de acceso. Dicha orden fue desarrollada por una Resolución de 6 de julio de 1998, de la Dirección General del IMSER-

[106] Según el artículo 4 del Reglamento esa activación corresponde al Consejo de la Unión, a propuesta de la Comisión Europea o bien al Gobierno español, en cuyo caso el alcance será sólo nacional, a través de una llamada declaración general de protección temporal. Respecto de esta cuestión el Informe anual de esta Institución señalaba lo siguiente: «El Defensor del Pueblo considera que esta norma puede constituir un valioso instrumento de respuesta a situaciones de emergencia o de riesgo de ella. No obstante, ha de tenerse presente que la previsión de la directiva era establecer un mecanismo extraordinario y estrechamente vinculado a un procedimiento de corresponsabilidad en el seno de la Unión Europea. En ese esquema no se comprende bien el sentido de introducir en el artículo 6 del Reglamento la posibilidad de que el Gobierno español efectúe una declaración general, por medio de acuerdo del Consejo de Ministros. En todo caso, cabe entender que esta declaración unilateral se adoptaría bajo similares parámetros y exigencias que la que puede adoptar el Consejo de la Unión Europea, especialmente en cuanto a los criterios que deben tomarse como base para adoptar una decisión de esta naturaleza y que figuran en el artículo 5.4 de la Directiva y preferentemente como vía subsidiaria ante la falta de un acuerdo común en el seno de la Unión Europea».

SO, por la que se aprobó el estatuto básico de estos centros. También hay que tener en cuenta lo previsto en el artículo 163 del vigente Reglamento de extranjería, que considera a los CAR como parte de la red pública de centros de migraciones y que anuncia la intención de establecer un estatuto común para el conjunto de los centros de migraciones, sin perjuicio de la posibilidad de que los distintos centros desarrollen programas destinados a colectivos determinados. Esta decisión, unida a otros factores, como el reconocimiento de nuevas figuras de protección y el discreto número de solicitantes de asilo que están en condiciones de acceder a los centros, parece que sitúa a los CAR ante un horizonte en el que se reformularán de manera sustancial su estructura y funciones.

Con independencia de cuanto se ha expuesto, nuestro país tiene firmados tres convenios internacionales que se ocupan de establecer mecanismos de cooperación en este ámbito y que responden a la evidencia de que la vida de un refugiado ha de desarrollarse —tanto más en un mundo globalizado como el actual— evitando en lo posible los inconvenientes que su desvinculación con el Estado del que es nacional acarrea en muchos de los órdenes de la vida. La mayor parte de las previsiones de estos convenios son concreciones más o menos parciales de disposiciones de la Convención. No obstante ha de señalarse que su efectividad actual es reducida, con la excepción del Convenio sobre transferencia de responsabilidad, al haberse visto superadas sus previsiones en muchos aspectos por la dinámica de colaboración que la mayoría de los Estados firmantes mantienen en el seno de la Unión Europea.

El Convenio sobre cooperación internacional en materia de asistencia administrativa, firmado [107] en Basilea el 3 de septiembre de 1985, fue auspiciado por la Comisión Internacional del Estado Civil. Desarrolla los mecanismos de ayuda administrativa previstos con carácter general en el artículo 25 de la Convención, cuando el ejercicio de un derecho por un refugiado necesite la ayuda de autoridades extranjeras. A tenor del mismo, cualquier Estado parte en que haya residido el interesado facilitará al Estado requirente información sobre la identidad y el estado civil con el que haya figurado inscrito el interesado. Obviamente este requerimiento no puede hacerse al país de origen del interesado, ni se efectuará a ningún otro país cuando ese trámite pueda afectar a la seguridad del refugiado o de su familia (art. 1.2).

El Acuerdo Europeo número 31, sobre exención de visados para refugiados [108], hecho en Estrasburgo el 20 de abril de 1959, y promovido por el Consejo de Europa, dispensa a éstos de la obligación de proveerse de visado para estancias menores de tres meses de carácter no lucrativo en el territorio de los países signatarios [109].

---

[107] El instrumento de ratificación de España es de 29 de abril de 1987. Además son Estados parte Bélgica, Francia y los Países Bajos.

[108] España lo ratificó por Instrumento de 2 de julio de 1982.

[109] Actualmente la mayoría son miembros de la Unión Europea, también son parte Liechtenstein y Suiza.

También en el marco del Consejo de Europa, se concluyó el Acuerdo Europeo relativo a la transferencia de responsabilidad con respecto a los refugiados [110], hecho en Estrasburgo el 16 de octubre de 1980. Dicho acuerdo desarrolla el artículo 28 de la Convención y el párrafo 11 de su anexo [111]. Como criterio general establece que se considerará transferida la responsabilidad si un refugiado permanece en un Estado signatario distinto del que le concedió el estatuto por un periodo ininterrumpido de dos años, siempre que cuente con la anuencia de las autoridades de este segundo Estado de acogida, o si con anterioridad a ese plazo las autoridades le autorizan a que pueda quedarse en él de forma permanente o por un periodo que exceda de la validez del documento de viaje expedido por el Estado de asilo (art. 2). Una vez transcurrido el plazo que determina la transferencia de responsabilidad, el segundo Estado deberá facilitar la reagrupación familiar (art. 6).

6.2.2. Normativa de la Unión Europea

El artículo 2 del Tratado de la Unión establece como objetivo de la misma el mantenimiento y desarrollo de la propia Unión Europea como un espacio de libertad, seguridad y justicia en el que esté garantizada la libre circulación de personas y, junto a ella, medidas adecuadas para el control de las fronteras exteriores, el asilo y la inmigración. Este objetivo general encuentra su regulación más detallada en los artículos 61 a 69 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. El Derecho primario de la Unión concibe el establecimiento de ese espacio europeo como tarea que se desarrollará de forma progresiva, para lo cual el artículo 61, párrafo *a)*, marca un plazo de cinco años desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam [112] para la adopción de medidas destinadas a garantizar la libre circulación de personas. En la lógica del Tratado las medidas sobre control de fronteras, asilo e inmigración funcionan en cierto sentido como premisas [113] cuya misión es hacer viable la libertad en el interior del territorio de la Unión. Junto a ello se prevé, en el párrafo segundo del mismo precepto, la posibilidad de adoptar otras medidas en los ámbitos del asilo y de la protección de los derechos de los nacionales de terceros países.

Si bien los artículos 62 y 63, apartados 3 y 4, que se ocupan de determinar las competencias de la Unión en materia de control y cruce de fronteras, visa-

---

[110] Ratificación por Instrumento de 21 de mayo de 1987. Son parte 12 Estados de la Unión Europea y Suiza.

[111] Entre países que no exista convenio estos preceptos de la Convención y de su anexo serían de aplicación directa.

[112] El Tratado entró en vigor el 1 de mayo de 1999.

[113] El Tratado utiliza la expresión más neutra de «medidas de acompañamiento directamente vinculadas».

dos, libertad de tránsito de los nacionales de terceros países en estancias de corta duración, así como sobre política de inmigración residencial, tienen gran importancia práctica en muchas de las cuestiones de asilo, el precepto que atañe de una forma directa es el artículo 63, apartados 1 y 2.

De acuerdo con el principio de subsidiariedad seguido con carácter general en el ámbito comunitario, y máxime cuando se trata de cuestiones tan cercanas al concepto tradicional de la soberanía estatal, el artículo presenta un elenco de competencias formalmente fragmentario y acotado a la creación de un sustrato jurídico común [114], aunque no puede obviarse que dentro de él caen los asuntos fundamentales en lo que a la determinación y mantenimiento de los estatutos de refugiados y desplazados se refiere. De hecho en varias de las normas a las que más adelante se aludirá se señala de manera clara esa vocación de establecimiento de un sistema europeo común de asilo «que pueda conducir, a largo plazo, hacia un procedimiento común y un estatuto uniforme, válido para toda la Unión» [115].

Así, en materia de asilo, se alude a los siguientes ámbitos:

— Criterios y mecanismos para determinar el Estado miembro que asume la responsabilidad de examinar una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país.
— Normas mínimas para la concesión del estatuto de refugiado a nacionales de terceros países.
— Normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar el estatuto de refugiado.
— Normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros.

También se prevé la adopción de una legislación común en lo relativo a los refugiados y personas desplazadas, respecto a:

— Normas mínimas para conceder protección temporal a las personas desplazadas procedentes de terceros países que no pueden volver a su país de origen y para las personas que por otro motivo necesitan protección internacional.
— Fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros en la acogida de refugiados y personas desplazadas y en la asunción de las consecuencias de dicha acogida.

Conforme a las disposiciones del Derecho primario, del año 2000 en adelante se han ido adoptando diversas normas en relación con los diferentes títulos competenciales aludidos.

---

[114] Nótese la deliberada reiteración a la expresión «normas mínimas» que encabeza muchos de los ítem de los párrafos 2 y 3 del artículo 63.

[115] Tomado del parágrafo 5 de la exposición de motivos de Reglamento (CE) 343/2003.

Siguiendo el mismo orden expuesto, cabe aludir al Reglamento (CE) 343/2003, del Consejo, de 18 de febrero, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país [116]. Este Reglamento [117], que tiene por tanto alcance general y debe ser directamente aplicado en todos los Estados, implica la asunción plena en el ámbito comunitario del Convenio de Dublín de 19 de junio de 1990 [118]. El Reglamento asume una serie jerarquizada de criterios (arts. 5 a 15) para establecer una prelación de Estados a fin de objetivar cuál es el país que debe actuar en cada caso, si bien se admiten una serie de excepciones (la llamada cláusula humanitaria del art. 15) por razones basadas en situaciones personales y familiares.

Superado el momento de la determinación de la responsabilidad sobre el examen de la solicitud y entrando en el procedimiento que ha de llevar a la concesión o denegación del estatuto de refugiado, resulta muy relevante la Directiva 2004/83/CE, de 29 de abril de 2004, que establece las normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida. Esta Directiva asume el reto de actualizar muchos de los conceptos de la Convención de Ginebra, especialmente en lo referente al núcleo central de la determinación del Estatuto (esto es, a los actos y motivos de persecución [arts. 9 y 10]), procurando dar reflejo legislativo a convicciones filosóficas y construcciones teóricas ya cristalizadas en la práctica común que habían superado de hecho las concepciones estrictas sobre raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un gru-

---

[116] La memoria de la Oficina de Asilo y Refugio correspondiente al año 2003 señala que se efectuaron 518 peticiones de toma de cargo a España por parte de 11 países, incluida Dinamarca (el primero de ellos Suecia con el 19,3 por 100 de las peticiones). De estas se aceptaron 343 y se denegaron 172. Se realizaron 102 traslados. Por su parte España dirigió una petición similar en 144 ocasiones (a 9 países) de las que fueron aceptadas 124 y denegadas 18. También se recibieron 1.469 consultas o peticiones de información de Estados miembros y se solicitaron 44 por parte de España.

[117] Otro Reglamento (CE), en este caso el 1560/2003, de la Comisión, de 2 de septiembre, establece las disposiciones de aplicación del Reglamento 343/2003. Por otra parte y dado su carácter instrumental, también hay que citar el Reglamento (CE) 2725/2000, del Consejo, de 11 de noviembre, relativo a la creación del sistema Eurodac, para la comparación de las impresiones dactilares, para la aplicación efectiva del Convenio de Dublín. Por disposición del artículo 24.3 del Reglamento 343/2003, las referencias al Convenio de Dublín en la normativa Eurodac se entenderán hechas al propio Reglamento comunitario que ha venido a sustituirlo. A su vez este Reglamento Eurodac cuenta con otra norma de desarrollo, concretamente el Reglamento (CE) 407/2002, del Consejo, de 28 de febrero.

[118] En el momento de la promulgación del Reglamento, el Convenio de Dublín continuó estando vigente a los únicos efectos de poder ser aplicado entre Dinamarca y los demás Estados miembros, ya que aquel país comunicó, conforme al Protocolo sobre su posición anejo al Tratado de la Unión, que no quedaba vinculada por la nueva norma. Recientemente el Estado danés ha comunicado que se incorpora al mecanismo previsto en el Reglamento, por lo que el Convenio de Dublín ha dejado de tener virtualidad.

po social y opiniones políticas. El plazo para la transposición de esta Directiva concluye en octubre de 2006.

La Directiva 2003/9/CE, del Consejo, de 27 de enero, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros, implica el establecimiento de un sustrato común al conjunto de la Unión en lo que a la atención a los refugiados se refiere. El plazo para la transposición de esta Directiva venció el 6 de febrero de 2004. Nuestro país procedió a efectuar dicha transposición a través de la modificación de algunos preceptos del Reglamento de aplicación de la Ley de asilo [119], fundamentalmente los artículos 15 y 30, por entender que el resto de la normativa existente respondía ya a las exigencias mínimas previstas en el articulado de esta Directiva [120].

También ha sido ya transpuesta a nuestro Derecho interno la Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida. La norma de transposición fue, según ya se ha visto, el Real Decreto 1325/2003.

Por su parte, la Decisión del Consejo 2000/596/CE, de 28 de septiembre, por la que se crea el Fondo Europeo para los Refugiados, pretende establecer un mecanismo que equilibre los esfuerzos que realicen los distintos Estados de la Unión para la mejor acogida de los refugiados y desplazados. El Fondo apoyará, conforme al artículo 4 de la Decisión, las acciones de los Estados miembros relativas a condiciones de acogida, la integración de personas cuya permanencia en un Estado miembro tenga carácter duradero o estable y, bajo ciertas condiciones, la repatriación. Este apoyo se otorga a través de cofinanciación de proyectos. También se prevé la financiación con cargo a este fondo de medidas de emergencia en casos de afluencia súbita o de plantearse un programa de evacuación, en particular en respuesta a un llamamiento de organismos internacionales, si así lo acepta el Consejo por unanimidad y a propuesta de la Comisión (art. 6).

Fuera de este núcleo más directamente relacionado con la protección temporal hay que dar cuenta de otras normas de la Unión que contemplan la situación de los refugiados. Entre las principales pueden citarse las siguientes:

En primer lugar, la Directiva 2003/86/CE, del Consejo, de 22 de septiembre, sobre el derecho a la reagrupación familiar. El artículo 3 señala que esta norma

---

[119] Dicha modificación se efectuó en la disposición final tercera del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre.

[120] El ACNUR ha expresado sus reservas sobre la forma en la que se ha procedido a trasponer esta Directiva, entendiendo que dicha transposición es incompleta.

no se aplica a refugiados cuya solicitud no haya sido objeto de una resolución definitiva, así como a los autorizados a residir en virtud de protección temporal u otras formas subsidiarias de protección. El capítulo IV (arts. 9 a 12) contiene las disposiciones específicas para los refugiados. De particular importancia es la previsión del artículo 11 sobre la admisibilidad de medios alternativos para acreditar los vínculos familiares, habida cuenta de la dificultad añadida que muchos refugiados pueden tener para probar tales vínculos por los documentos habituales. El plazo de transposición para esta Directiva concluye el 3 de octubre de 2005.

También la Directiva 2003/109/CE, del Consejo, de 25 de noviembre, sobre el estatuto de nacionales de terceros países residentes de larga duración, contiene una alusión a los refugiados, beneficiarios de protección temporal y acogidos a la llamada protección subsidiaria, aunque en este caso para declarar a estos colectivos excluidos de su aplicación (art. 3.2). Cabe entender que esa exclusión obedece en el caso de los refugiados a la existencia de una legislación común más específica, que establece un estatuto propio, ya que por su naturaleza —y tanto más después de la consagración del estatuto de protección temporal— la situación del refugiado es propiamente de residencia de larga duración, aunque ciertamente no condicionable a la acreditación de recursos o seguro de enfermedad, como hace con carácter general el artículo 5 de la Directiva referida.

En otras normas la mención a los refugiados se hace a los efectos de establecer una cláusula de salvaguarda, que excepcione el régimen general aplicable o asegure el cumplimiento de una obligación asumida por los Estados en virtud de un tratado o acuerdo internacional. Así ocurre en el caso de la Decisión [121] 2002/946/JAI, del Consejo, de 28 de noviembre, que refuerza el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y la estancia irregulares, que en su artículo 6 alude a que tal Decisión no podrá suponer la contravención de la Convención de Ginebra y, muy particularmente, de los artículos 31, sobre refugiados que se encuentren ilegalmente en el país de refugio, y 33, referente al principio de no devolución.

En el caso de la Directiva 2001/40/CE, del Consejo, de 28 de mayo, relativa al reconocimiento mutuo de decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países, la alusión se hace a los efectos de preservar la aplicación de las normas de la Unión sobre determinación del Estado responsable para el examen de las solicitudes de asilo (art. 3.3).

[121] Esta Decisión está estrechamente vinculada con la Directiva 2002/90/CE, del Consejo, de 28 de noviembre, que define la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares.

6.3. Magnitudes generales

En el mes de marzo de 2005 se conoció el informe del ACNUR sobre el asilo en los países industrializados [122] que constata el discreto número de peticiones que llegan a sus fronteras. Según se afirma el número total de solicitantes que llegaron en 2004 a los 38 países de los que se dispone de estadísticas es el más bajo en los últimos dieciséis años. En el caso de la Unión Europea las peticiones disminuyeron en un 19 por 100 respecto del año precedente [123].

El país que más peticiones recibió en 2004 fue Francia, donde se superaron las 61.000 solicitudes de asilo. Le siguieron los Estados Unidos (52.400), el Reino Unido (40.200), Alemania [124] (35.600) y Canadá (25.500).

El estudio aludido realiza también una interesante comparativa para medir el impacto del esfuerzo realizado por cada país, relacionando el número de solicitudes recibidas por los países en el lustro 2000-2004 con su población. Bajo esos parámetros los principales países receptores de la Unión Europea han sido Chipre [125] (22,1 por 100), Austria (17,9 por 100), Suecia (14,3 por 100), Luxemburgo (13,7 por 100), Irlanda (11,7 por 100) y Bélgica (11,5 por 100). La media de la Unión se sitúa en el 4,2 por 100. El Reino Unido y Francia están ligeramente por encima de este porcentaje y Alemania levemente por debajo. En cuanto a España se sitúa en el decimonoveno puesto, con un 0,9 por 100. A la vista de estos datos, parece claro que no existe un abuso del asilo para eludir las normas generales de extranjería.

Tradicionalmente la situación de España ha sido la de un país con bajo número de solicitudes de asilo, como puede verse en el siguiente cuadro general:

---

[122] *Asylum levels and trends in industrialized countries, 2004. Overview of asylum aplications lodged in Europe and non-Europe industrialized countries in 2004*, consultable en www.unhcr.ch/statistics. Los datos que aquí se recogen no se consideraban definitivos en la fecha de la publicación y están sujetos a cambios.

[123] Esto es acorde con los datos generales, que marca un descenso general para todos los países analizados del 22 por 100 en 2004. En América del Norte el porcentaje desciende el 26 por 100 y en Austria y Nueva Zelanda el 28 por 100.

[124] Alemania ha figurado en 13 ocasiones en los últimos veinte años como el principal receptor de solicitudes.

[125] Para Chipre, Finlandia, Malta, Polonia y la República de Eslovaquia, el número de solicitantes de asilo en 2004 ha sido el más alto de su historia. Los 10 nuevos Estados miembros de la Unión Europea han experimentado un incremento general del 4 por 100 en 2004, según resalta el estudio del ACNUR. Muchos de estos países tienen sistemas de asilo recientemente implantados y pueden estar, en opinión del ACNUR, enfrentándose a dificultades serias.

RECONOCIMIENTO DEL ESTATUTO DE REFUGIADO Y DE OTROS TIPOS DE PROTECCIÓN 1990-2004

	SOLICITUDES DE ASILO	DECISIONES	ESTATUTOS DE REFUGIADO	% DE ESTATUTOS DE REFUGIADO	OTROS TIPOS DE PROTECCIÓN	% DE OTROS TIPOS DE PROTECCIÓN	ESTATUTOS DE REFUGIADO Y OTROS TIPOS DE PROTECCIÓN	% DE ESTATUTOS DE REFUGIADO Y DE OTROS TIPOS DE PROTECCIÓN
1990	8.647	3.128	490	15,7	127	4,1	617	19,7
1991	8.138	4.879	313	6,4	56	1,1	369	7,6
1992	11.708	8.540	549	6,4	183	2,1	732	8,6
1993	12.615	17.537	1.287	7,3	125	0,7	1.412	8,1
1994	11.992	12.818	627	4,9	62	0,5	689	5,4
1995	5.678	6.294	464	7,4	209	3,3	673	10,7
1996	4.730	4.782	243	5,1	193	4,0	436	9,1
1997	4.938	5.127	156	3,0	218	4,2	374	7,2
1998	6.764	6.085	238	3,91	758	12,4	996	16,3
1999	8.405	7.055	294	4,1	738	10,4	1.032	14,6
2000	7.926	7.533	381	5,1	388	5,2	769	10,3
2001	9.490	9.074	314	3,4	266	2,9	580	6,3
2002	6.309	6.268	168	2,6	126	2,0	294	4,6
2003	5.918	6.948	227	3,26	142	2,04	369	5,3
2004	5.553 [126]	6.671	177	2,6	190	2,8	367	5,5

Fuente: Delegación del ACNUR en España.

[126] Datos provisionales facilitados por la Oficina de Asilo y Refugio a 11 de febrero de 2005.

Los datos aquí contemplados ofrecen una secuencia bastante ilustrativa que permite concluir que no ha existido nunca en España un empleo masivo de las solicitudes de asilo; sobre todo si se tiene en cuenta que en los últimos años, en los que hemos asistido a un fuerte incremento de la presión migratoria de carácter económico, se aprecia una tendencia descendente en el número de solicitudes presentadas. De hecho en los dos últimos años la reducción interanual de solicitudes ha sido superior al 6 por 100.

En relación con este primer campo, resulta interesante profundizar en algunos datos básicos que permitan completar la imagen de los solicitantes. En primer término puede ofrecerse la distribución por nacionalidades. La Memoria de la Oficina de Asilo y Refugio del año 2003 señalaba que el total de las solicitudes recibidas totaliza 92 países de procedencia. En el año 2004 el número de países se ha elevado a 98, más un 0,4 por 100 de apátridas, según los datos facilitados por la Comisaría General de Extranjería y Documentación.

PAÍSES MÁS FRECUENTEMENTE ALEGADOS
POR LOS SOLICITANTES

2003	SOLICITUDES	2004	SOLICITUDES
Nigeria	1.668	Nigeria	1.029
Argelia	682	Argelia	991
Colombia	577	Colombia	760
R. D. Congo	274	Mali	253
Costa de Marfil	241	Guinea	228
Liberia	190	R. D. Congo	203
Camerún	178	Guinea Bissau	114
Guinea	171	Costa de Marfil	110
Rusia	153	Gambia	108
Irak	139	Ghana	108

Fuentes: Oficina de Asilo y Refugio y Comisaría General de Extranjería y Documentación.

El listado anterior resulta bastante estable en lo que a los tres primeros puestos se refiere, que por lo demás concentran un porcentaje que se sitúa en torno al 50 por 100 de total de solicitudes. Resulta significativa la sustancial diferencia existente entre el número de solicitantes de los tres primeros países y el del resto de los Estados de la lista. Si se compara este listado, y particularmente sus tres primeros puestos, con el de otros países que figuran en el estudio del ACNUR se aprecia que el caso de los solicitantes de asilo colombianos supone quizá la mayor diferencia entre España y los restantes miembros de la Unión Europea, ya que la referencia a este país prácticamente no aparece en ninguno de ellos entre los principales Estados de origen. Cabe atribuir esta

especificidad al idioma común y los lazos que tradicionalmente han unido a ambos países. El número de solicitantes colombianos sí tiene relevancia en Estados Unidos, donde también ocupan el tercer puesto, y en Canadá.

Otra cuestión interesante es conocer el lugar en el que se presentan las solicitudes de asilo. Los datos reflejan que la presentación se hace de forma muy mayoritaria en el interior del territorio nacional. También en este caso tal situación se mantiene a través de los años, según puede comprobarse en las sucesivas memorias de la Oficina de Asilo y Refugio. El dato sobre solicitud de asilo en misiones diplomáticas españolas refleja tanto solicitudes de asilo propiamente tales, como solicitudes de extensión familiar del asilo.

PORCENTAJES SOBRE LUGAR DE PRESENTACIÓN
DE SOLICITUDES DE ASILO

LUGAR DE PRESENTACIÓN	2003 (%)	2004 (%)
Territorio nacional	85,6	83,4
Puestos fronterizos	12	11,6
Misiones diplomáticas	2,4	5

Fuente: Oficina de Asilo y Refugio.

Por provincias, el primer lugar de presentación de solicitudes es Madrid, donde sumando las presentadas en el interior del territorio y la del puesto fronterizo del aeropuerto de Barajas, se presentan entre el 40 por 100 y el 50 por 100 de las solicitudes. Desde dos años a esta parte le sigue Ceuta, que recibió en 2003 un 25,4 por 100 de las solicitudes totales y que en el año 2004 ha subido hasta el 34,8 por 100. A mucha distancia se sitúan Melilla, con algo más del 5 por 100 de las solicitudes, Barcelona, con alrededor del 3 por 100, y Valencia con un 2,5 por 100 en 2003 y dos décimas más en el 2004.

Las solicitudes en puestos fronterizos corresponden en un porcentaje superior al 90 por 100 al aeropuerto de Madrid-Barajas. Otros puntos presentan algunos casos, habitualmente alrededor de una decena, como Barcelona, Las Palmas o Pontevedra.

La siguiente cuestión a la que se debe atender es la de la admisión o inadmisión a trámite, en aquellos expedientes sometidos a dicho procedimiento. Así, en el último año sobre el que se cuenta con datos disponibles, el año 2003, se tramitaron expedientes que afectaron a 5.947 solicitantes. De ellos se admitieron a trámite los correspondientes a 1.718 personas (28,9 por 100) y fueron inadmitidas [127] 4.229 solicitudes (71,1 por 100). Un análisis de la evolución del

[127] Por países en el año 2003 el mayor porcentaje de inadmisiones correspondió a Nigeria (1.723 personas), Argelia (694), Colombia (209), Sierra Leona (130) y Liberia (118).

porcentaje general anual sobre decisiones de admisión e inadmisión a trámite permite apreciar un continuado incremento del porcentaje de inadmisión, desde algo más del 57 por 100 a los niveles señalados en el año de referencia.

Las causas en las que la Administración basó la inadmisión a trámite con mayor frecuencia durante el año 2003 se recogen a continuación, expresadas por orden de relevancia cuantitativa [128]. Las dos primeras concentran un porcentaje de empleo superior al 95 por 100.

— Que no se alegue ninguna causa de las que da lugar al reconocimiento de la condición de refugiado [art. 5.6 *b*) de la Ley de asilo].
— Que la solicitud se base en hechos, datos o alegaciones manifiestamente falsas, inverosímiles o que, por carecer de una vigencia actual, no fundamenten una necesidad de protección (art. 5.6 *d)* de la Ley de asilo).
— Que el solicitante se halle reconocido como refugiado y tenga derecho a residir o a obtener asilo en un tercer Estado, o cuando proceda de un tercer Estado cuya protección hubiera podido solicitar [art. 5.6 *f)* de la Ley de asilo].

En el año 2003, único del que se dispone de datos, la Audiencia Nacional anuló mediante sentencia la inadmisión a trámite acordada en las solicitudes de 198 personas, lo que supone un 9,8 por 100 del total de los recursos judiciales presentados frente a esta decisión preliminar.

Superada la admisión, que constituye de hecho el primer gran filtro para los solicitantes de asilo, y previa la oportuna instrucción por parte de la Oficina de Asilo y Refugio, la resolución de los expedientes arroja unos datos absolutos y porcentuales en cuanto a concesión del estatuto de refugiados y de otras formas de protección cuya serie anual figura en la primera de las tablas de este epígrafe.

La concesión de estatutos de refugiado se mueve en porcentajes que en escasas ocasiones superan el 5 por 100 de las decisiones adoptadas cada año. De hecho ese límite sólo se ha superado una vez en los últimos cinco años, situándose la media interanual de ese periodo en el 3,47 por 100. A estas cifras de concesión del estatuto deben unirse los reconocimientos por sentencia judicial, de los que sólo se dispone de datos referentes al año 2003, en el que 20 personas se vieron afectadas por sentencias estimatorias [129]. Al final del mismo año existían en España 2.747 refugiados debidamente documentados.

Con carácter alternativo al refugio resulta posible la concesión de otros tipos de protección, fundamentalmente la llamada protección subsidiaria. La tabla del inicio de este epígrafe da cuenta del número de estas concesiones que se ha efectuado anualmente. Según puede verse, en el último lustro el porcentaje de

---

[128] Debe hacerse la salvedad de que en algunos expedientes se citan diversas causas de inadmisión.

[129] Lo que, según la memoria de la Oficina de Asilo se correspondía con el 3,8 por 100 del total de los recursos presentados contra denegaciones de asilo.

concesiones en relación con las decisiones adoptadas cada año se ha situado habitualmente entre el 2 por 100 y el 3 por 100, llegando únicamente en un año al 5,2 por 100. La media del periodo se sitúa en el 2,81 por 100. También se registran algunos casos de autorización de permanencia en España por razones humanitarias o por razones de interés público derivadas de sentencias [130].

Antes de concluir este apartado debe hacerse también mención a los datos existentes sobre polizones. La razón de esta alusión es que en muchos casos el polizón es una persona en situación vulnerable que puede requerir en determinados supuestos protección internacional. Una vez que el polizón solicita asilo su solicitud no se distingue de las restantes y, por lo tanto, está ya contabilizada en los datos generales de los que se ha dado cuenta en este epígrafe.

En lo que ahora interesa, se trata principalmente de dejar constancia de la incidencia del fenómeno en los distintos puestos fronterizos marítimos españoles. Para profundizar en este asunto se solicitó a la Comisaría General de Extranjería y Documentación los datos existentes respecto a los dos últimos años. No se dispone del dato de cuántos de estos polizones solicitaron asilo. No obstante, por otras vías [131], sí se cuenta con algunos datos que señalan un bajo índice de solicitudes. En concreto en el periodo 2000-2003 sobre un total de 2.303 polizones se registraron 192 solicitudes de asilo, un 8,33 por 100, de las cuáles fueron admitidas a trámite 61 solicitudes, lo que supone un 31,77 por 100 de las formuladas.

LLEGADA DE POLIZONES A PUERTOS ESPAÑOLES
Y POLIZONES QUE CONTINUARON VIAJE

PUERTO	2003		2004	
	LLEGADAS	CONTINUARON VIAJE	LLEGADAS	CONTINUARON VIAJE
A Coruña	3	– –	– –	– –
Algeciras	42	42	30	22
Alicante	7	3	10	4
Arrecife	1	– –	– –	– –
Avilés	14	9	2	– –
Barcelona	69	57	83	77

[130] En el año 2003 la memoria de la Oficina de Asilo señala que 31 personas recibieron protección por esta vía.

[131] Los datos están extraídos de una serie de las respuestas a preguntas parlamentarias al Gobierno con solicitud de respuesta escrita, formuladas con fecha 21 de julio de 2004 (expedientes 184/008331 a 184/008351) cuyas respuestas aparecen en el *BOCG*. Congreso de los Diputados, Serie D, núm. 101, de 10 de noviembre de 2004.

LLEGADA DE POLIZONES A PUERTOS ESPAÑOLES
Y POLIZONES QUE CONTINUARON VIAJE *(Cont.)*

PUERTO	2003		2004	
	LLEGADAS	CONTINUARON VIAJE	LLEGADAS	CONTINUARON VIAJE
Bilbao	– –	– –	3	– –
Cádiz	44	43	37	34
Cartagena	10	7	3	1
Castellón	14	11	20	20
Ceuta	11	9	14	2
El Ferrol	2	2	1	1
Fuerteventura	4	4	– –	– –
Gandía	2	– –	4	– –
Huelva	9	8	7	6
La Línea	4	– –	– –	– –
Las Palmas de G. C.	114	92	80	67
Málaga	11	2	2	– –
Marín	– –	– –	3	– –
Pasajes	6	4	11	10
Sagunto	7	4	5	4
S. F. Guixols	2	– –	– –	– –
S. C. Tenerife	15	15	9	9
S. Sebastián	1	– –	– –	– –
Santander	11	1	– –	– –
Santurce	1	– –	3	3
Sevilla	4	2	1	1
Tarragona	12	10	4	– –
Valencia	67	57	44	32
Vigo	13	5	11	11
Villagarcía	2	– –	– –	– –
TOTAL	**502**	**387**	**387**	**304**

Fuente: Comisaría General de Extranjería y Documentación.

Por lo que respecta a la nacionalidad alegada por los polizones también se cuenta con datos sobre los mismos años.

POLIZONES POR PAÍS ALEGADO

PAÍS	2003		2004	
	LLEGADAS	CONTINUARON VIAJE	LLEGADAS	CONTINUARON VIAJE
Argelia	95	75	71	56
Bielorrusia	1	1	– –	– –
Burkina Faso	1	1	– –	– –
Burundi	3	1	– –	– –
Camerún	6	6	2	1
Colombia	1	1	2	1
Costa Marfil	13	10	15	6
Cuba	1	– –	– –	– –
Desconocida	15	7	7	1
Eritrea	1	– –	– –	– –
Etiopía	6	4	– –	– –
Gabón	4	4	1	– –
Gambia	1	– –	1	1
Ghana	25	24	37	32
Guinea Bissau	1	1	2	2
India	3	3	– –	– –
Irán	2	– –	2	2
Irak	2	2	– –	– –
Kenia	1	1	– –	– –
Libia	– –	– –	1	1
Liberia	62	45	13	13
Mali	3	3	– –	– –
Marruecos	152	116	124	97
Mauritania	– –	– –	5	4
Moldavia	– –	– –	1	1
Nigeria	28	20	16	16
Pakistán	3	3	– –	– –
Palestina	3	3	2	2
R. Centroafricana	3	3	– –	– –
R. Congo	13	10	6	5

POLIZONES POR PAÍS ALEGADO *(Cont.)*

PAÍS	2003		2004	
	LLEGADAS	CONTINUARON VIAJE	LLEGADAS	CONTINUARON VIAJE
R. D. Congo	– –	– –	4	4
R. P. China	9	– –	– –	– –
Reino Unido	2	2	– –	– –
R. Guinea	– –	– –	4	3
Ruanda	– –	– –	2	2
Rumania	– –	– –	1	– –
Senegal	12	12	14	14
Sierra Leona	10	10	11	11
Tanzania	10	9	4	3
Túnez	1	1	9	8
Turquía	8	8	27	16
Ucrania	– –	– –	1	1
Uganda	1	1	2	1

Fuente: Comisaría General de Extranjería y Documentación.

El cruce de los datos sobre llegada a puertos españoles con el de la nacionalidad de los polizones y su confrontación con las cifras de polizones que continúan viaje, ofrece un indicio de que pueden estar produciéndose casos en los que personas provenientes de países en conflicto, contra toda lógica, no solicitan protección.

6.4. Los procedimientos del sistema español de protección

Como ya se habrá advertido a estas alturas del capítulo, la rúbrica en plural del presente epígrafe viene justificada en el hecho de que, tras la introducción en nuestro Derecho interno de la protección temporal, el asilo ha dejado de ser el único procedimiento de protección internacional. Así pues, por motivos sistemáticos deslindaremos los dos ámbitos.

6.4.1. Procedimiento de asilo

6.4.1.1. Lugar y plazo para la presentación de la solicitud

La normativa española configura la presentación de una solicitud de asilo como un acto personal, que únicamente puede realizarse a través de representante en casos de imposibilidad. El Reglamento marca en el artículo 7 un plazo general para los extranjeros que se encuentren en territorio español, que será de un mes desde la entrada [132] salvo que el extranjero disfrute de un periodo de estancia legal superior, en cuyo caso se deberá presentar la solicitud antes de la expiración del mismo.

La recepción de una solicitud de esta naturaleza también se aparta de las previsiones generales del procedimiento administrativo (art. 38.4 de la Ley 30/1992) en lo tocante al lugar de presentación, al disponerse que la misma se hará en una serie de oficinas cuyo elenco establece el artículo 4.1 del Reglamento de aplicación de la Ley de asilo:

— Oficina de Asilo y Refugio, cuya única sede está en Madrid.
— Puestos fronterizos de entrada al territorio español.
— Oficinas de extranjeros.
— Comisarías provinciales de policía y comisarías de distrito que se señalen mediante Orden Ministerial.
— Misiones diplomáticas y oficinas consulares españolas en el extranjero.

Respecto a las comisarías de policía, es evidente que el sentido del precepto es asegurar al menos la existencia de una dependencia por provincia con capacidad para la recepción y tramitación de las solicitudes. Sin embargo, esa precisión puede no resultar suficiente ni acomodada a los flujos habituales de recepción de extranjeros existentes en ciertos territorios. Así ocurría en Algeciras, donde a pesar del alto índice de personas que pretendían acceder al territorio nacional por este punto a través de pateras, la Comisaría Local no estaba habilitada para la recepción de solicitudes de asilo.

Si alguna persona deseaba solicitar asilo se le indicaba que debía trasladarse hasta Cádiz. A pesar de la escasa coherencia de que uno de los puntos de llegada más importantes del territorio español no contara con medios para tramitar solicitudes, la cuestión estaba formalmente resuelta mientras que en Algeciras no existía un centro de internamiento, ya que las personas que no podían ser objeto de una devolución quedaban en libertad y podían solicitar asilo si ese era su deseo (y obviamente si conseguían alguna información de cómo y dónde hacerlo, lo que no siempre resultaba fácil). La apertura en el año 2003 de un

[132] También está previsto el cómputo del plazo cuando las circunstancias que justifiquen la solicitud se hayan producido después de la salida del interesado de su país. El plazo de un mes se computará desde que hayan acontecido los hechos que justifiquen el temor de persecución. Son los denominados refugiados *sur place*.

centro de internamiento en esa localidad vino a complicar la situación, ya que un eventual peticionario no disponía de libertad deambulatoria para desplazarse hasta Cádiz y su salida del centro sería para materializar la expulsión —lo que pondría en riesgo a una persona con necesidad de protección— o, por haberse cumplido el plazo máximo del internamiento. Ciertamente tras ese plazo podría acudir a la oficina pertinente a formular su solicitud de asilo, pero en tal caso al extranjero muy probablemente le habrá sido notificada una orden de expulsión y, por otro lado, de ordinario habrá transcurrido más de un mes desde su entrada en España en situación de irregularidad. Ambas circunstancias están previstas en el artículo 7.2 del Reglamento de la Ley de asilo como motivo para que la solicitud se presuma falsa, inverosímil, o carente de una necesidad actual de protección.

Lo expuesto resulta ilustrativo de la falta de coherencia que puede derivarse de la aplicación no adecuadamente coordinada de las normas generales sobre extranjería con aquellas que fijan el modo para acceder a la protección del asilo. En este punto, a criterio de esta Institución, resulta necesario que la Administración arbitre los medios para que las exigencias formales de la norma no pasen a constituir un obstáculo material para la plena virtualidad de instituciones jurídicas protectoras de carácter básico, como el asilo.

6.4.1.2. Forma de presentación

A tenor del artículo 8 del Reglamento de la Ley de asilo, las personas que deseen presentar su solicitud deberán hacerlo cumplimentando y firmando un formulario en el que expondrán de forma detallada los hechos, datos o alegaciones en que fundamenten su pretensión, y al que deberán acompañar fotocopia de su pasaporte o título de viaje y cuantos documentos de identidad o de otra índole puedan apoyar la solicitud formulada.

En ese acto tendrá que indicarse también si se solicita asilo por extensión, conforme al artículo 10 de la Ley de asilo, para las personas que forman el núcleo familiar del solicitante. Tales personas deberán comparecer personalmente junto al solicitante si se encuentran en España.

En el curso de las investigaciones que esta Institución desarrolla ha habido ocasión para analizar el problema surgido cuando se produce una demora temporal entre el momento en que un extranjero manifiesta su voluntad de solicitar asilo y aquel en que esta manifestación de voluntad es finalmente recogida por los cauces previstos en la norma.

Así ocurrió en el caso de las solicitudes de asilo tramitadas en Ceuta durante el año 2003. Como consecuencia del número creciente de extranjeros que solicitaban asilo y de la falta de medios para proceder a la formalización de las solicitudes de manera inmediata, la Administración distinguía con carácter general dos momentos. El primero era la manifestación de voluntad del extran-

jero sobre su intención de presentar una solicitud de asilo, que debía efectuarse en la Oficina Única de Extranjeros de la Ciudad Autónoma. Tras este acto el interesado recibía una cita para que acudiera a formalizar el expediente en una fecha posterior, así como una cita para obtener asesoramiento de una entidad no gubernamental. En un segundo momento, distante en ocasiones varios meses, se llevaba a cabo la formalización por escrito de la solicitud.

Se considera que era a partir de este segundo momento cuando comenzaban a contar todos los plazos establecidos en la legislación de asilo. De hecho hasta entonces no se facilitaba a los solicitantes la documentación identificativa establecida en el artículo 13.1 del Reglamento de aplicación de la Ley de asilo. A criterio de la Oficina de Asilo y Refugio, a la que se solicitó informe sobre esta práctica, el momento relevante tenía que ser forzosamente el segundo, que podía coincidir o no con el de la mera manifestación de la intención de solicitar asilo, atendiendo a la carga de trabajo de cada una de las dependencias habilitadas para la recepción de solicitudes y a la disponibilidad de intérpretes.

El Defensor del Pueblo no consideró adecuada esa interpretación ya que, si bien es cierto que el artículo 4 del Reglamento de la Ley de asilo obliga al solicitante de asilo a presentar su solicitud ante la autoridad gubernativa competente, resultaba obvio que esa era la intención de los extranjeros que comparecían ante la Oficina Única de Extranjeros de Ceuta.

Por su parte, el artículo 8.3 del citado Reglamento señala la forma en que se deberá cumplimentar la solicitud. Sin embargo, esa previsión no puede considerarse aisladamente sino que debe ser interpretada de manera sistemática con el resto del precepto y con el conjunto de la legislación en que se integra. Así el párrafo primero del artículo 8 reitera lo que ya dice el artículo 4 de la Ley; esto es, que los extranjeros deberán presentar su solicitud mediante una comparecencia personal en alguna de las dependencias encargadas de asumir tal misión. Pero, acto seguido, en el párrafo 2, el precepto señala que las citadas dependencias «dispondrán de un formulario específico para solicitantes de asilo, en castellano y otras lenguas». Por tanto, si las dependencias correspondientes deben disponer de formularios para formalizar las solicitudes, en castellano y en otras lenguas, según se precisa, es porque estas solicitudes deben recogerse con inmediatez. Es evidente que, desde tales premisas, no puede quedar a criterio de la Administración el momento en que deba procederse a recoger por escrito la manifestación de voluntad emitida por el interesado.

Por el contrario parece claro que, sistemáticamente interpretada, la legislación parte de la consideración de que toda solicitud de asilo debe ser formalizada con urgencia y que, a ese respecto, sólo es admisible la mínima demora imprescindible para cumplir con los requisitos derivados de la necesidad de contar, en su caso, con asistencia letrada y de intérprete. Ahora bien, en los expedientes que se analizaron en esa investigación las demoras en ofrecer una cita no podían justificarse por esta razón, sino por la insuficiencia de medios padecida por la propia Oficina receptora de la solicitud. Era, de hecho, la propia

Administración la que dilataba el momento de documentar y firmar la solicitud, por no estar en condiciones de atenderla [133], merced al alto número de peticiones.

La pretensión de la Administración de que se le permitiera fijar el momento inicial en el que puede considerarse presentada una solicitud de asilo resultaba exorbitante a criterio de esta Institución. A este respecto, no puede obviarse la circunstancia de que el acto de cumplimentación y firma de la petición no sólo implica el hecho de que el solicitante refleje por escrito los hechos, datos o alegaciones en que se basa en un formulario específico, pues si el trámite consistiera únicamente en esto podría darse validez a las razones de la Administración, dado que el interesado podría remitirlo por cualquiera de los medios previstos en la legislación de procedimiento administrativo. Sin embargo, la normativa exige que tal acto se efectúe en el curso de una comparecencia personal del interesado, por lo que la decisión personal de solicitar asilo no es formalizable por la sola voluntad del peticionario, sino principalmente por la de la Administración, que señala día y hora para tal acto. En tales circunstancias, admitir que el tiempo transcurrido entre lo que se ha dado en llamar «petición de cita» y la realización de la cita concertada sea irrelevante, resulta desproporcionado por excesivo y contraría el principio constitucional de seguridad jurídica.

Debe llamarse también la atención sobre la situación de los solicitantes de asilo entre el primer y el segundo trámite. A éstos se les proveía de un volante, en el que expresamente figuraba la leyenda «sin valor documental» y que no cumplía con las exigencias de la legislación de asilo. Sin embargo, se consideraba por la Oficina de Asilo y Refugio que estas personas tienen asegurada la protección como solicitantes de asilo en todo caso. La pregunta que cabe formularse es cómo puede alguien disponer de la protección debida a los solicitantes de asilo si no se considera que ha efectuado una solicitud, aunque no haya sido documentada. En consecuencia, en esta tesitura debe comenzar a contar el plazo que existe para resolverla.

Por todo ello el Defensor del Pueblo recomendó a la Administración que, en el supuesto de que se produzcan demoras entre el momento de la manifestación de voluntad realizada personalmente por el solicitante de asilo ante una dependencia habilitada en el territorio nacional y el de la cumplimentación y firma del correspondiente formulario por causas que resulten imputables a la Administración, se tome en consideración la fecha de la primera comparecencia a los efectos del cómputo de los plazos previstos en la legislación de asilo [134]. Esta

---

[133] Se constataron demoras de hasta ochenta días hábiles desde la fecha de la petición de cita hasta la fecha de la resolución en los expedientes de una serie de demandantes de asilo que vieron inadmitidas las solicitudes que plantearon ante la Oficina Única de Extranjeros de Ceuta.

[134] En consonancia con esta recomendación, se sugirió que se revocara de oficio la inadmisión a trámite acordada en su día en el operativo desarrollado en Ceuta en los casos en que, entre el momento de la presentación ante las autoridades encargadas de recibir la solicitud de asilo y el de la resolución denegatoria, hubieran transcurrido más de sesenta días hábiles, plazo indicado en

recomendación no fue aceptada en su día por la Dirección General de Extranjería e Inmigración, entonces competente en la materia [135]. No obstante, con ocasión del presente informe monográfico, el Defensor del Pueblo debe insistir en la necesidad de que este criterio sea asumido con carácter general por la Administración.

En un horizonte más amplio, resultaría igualmente oportuno que el Reglamento de asilo adoptara medidas operativas para asegurar la atención inmediata a una solicitud de asilo y la ágil tramitación de la misma, particularmente en el momento de decidir sobre su admisión a trámite. En esta línea podría resultar interesante la existencia en la Oficina de Asilo y Refugio de equipos de tramitación [136] encargados de reforzar aquellos puntos en los que se adviertan demoras en la diligente tramitación de las solicitudes. La existencia de equipos habituados a trabajar en estas condiciones puede resultar también muy adecuada para el desarrollo de las labores de tramitación de las solicitudes de protección temporal en caso de emergencia a las que se aludirá más adelante.

En otro orden de cosas, la Oficina de Asilo y Refugio deberá comunicar al Representante del ACNUR en España la presentación de cualquier solicitud, con independencia del cauce de la misma, en el plazo de veinticuatro horas desde que se reciba en aquel órgano central.

6.4.1.3. Información al solicitante de asilo

El artículo 5 del Reglamento de la Ley de asilo dispone que la Administración elaborará, en colaboración con el ACNUR y con las entidades que tengan entre sus objetivos la ayuda a los refugiados, un folleto que recoja toda la información útil para los solicitantes de asilo y que deberá estar disponible en varias lenguas. La publicación tendrá que distribuirse en todas las dependencias que puedan recibir solicitudes de asilo.

---

el artículo 17.2 del Reglamento de aplicación de la Ley de asilo para la resolución de los expedientes de admisión a trámite instruidos en territorio.

[135] Se recomendó también que se adoptaran las medidas precisas para asegurar que entre el momento de la personación de un solicitante de asilo en una dependencia que tenga atribuida la competencia de recibir su solicitud dentro del territorio nacional hasta aquel en que dicha solicitud quede formalizada por escrito, transcurra el lapso de tiempo indispensable para dar cumplimiento a las exigencias legales de asistencia letrada y de intérprete. Una tercera recomendación sobre esta cuestión al mismo centro directivo pedía que se dejara constancia escrita en los expedientes de asilo, en cualquiera de los formatos en que éstos se recojan, del momento en que los interesados efectúan la primera comparecencia para manifestar su intención de formalizar una solicitud de asilo. Estas recomendaciones sí fueron aceptadas.

[136] De hecho en el caso analizado en Ceuta, las demoras se resolvieron momentáneamente gracias a un operativo especial que trasladó a 10 funcionarios de la Oficina de Asilo y Refugio, en dos grupos de cinco. Mas allá de soluciones coyunturales se trataría de prever esta cuestión como una parte más del sistema de despliegue operativo de la propia OAR.

Como cuestión preliminar hay que constatar que este folleto no agota la obligación de información de la Administración, ya que el párrafo 2 del mismo precepto señala la obligación, de la autoridad que actúe en cada caso, de informar a los interesados sobre el derecho que les asiste a disponer de los servicios de intérprete y a la asistencia letrada. También se le facilitará asistencia médica, caso de resultar necesario, y se le orientará sobre los servicios sociales existentes para la cobertura de sus necesidades más inmediatas.

En relación con el folleto y su entrega surgen varias cuestiones de interés. La primera de ellas tiene que ver con la previsión del artículo 5.1 del Reglamento sobre que el folleto sea entregado «en el momento de formular la solicitud con el fin de que entren en contacto con las organizaciones que estimen oportunas». En buena lógica la labor de información debiera ser previa al momento de formalización de la solicitud y no simultánea o posterior a ésta. Lo razonable es pensar que el ciudadano que va a pedir asilo cuente con la información más relevante, de modo que le resulte accesible, sobre el trámite que pretende iniciar, su procedimiento y consecuencias, no que esta información le sea facilitada una vez que ya ha cumplimentado el formulario.

Por tanto, debe abogarse el hecho de que la información se facilite desde el primer momento en que una persona comparezca ante la dependencia administrativa oportuna solicitando asilo. Incluso, *de lege ferenda*, deberían matizarse los términos del artículo 5.1 del Reglamento para que su redacción reflejara adecuadamente esta idea.

El segundo elemento que ha de tomarse en consideración tiene que ver con los contenidos y con la forma de presentación de los mismos. En el informe que la Delegación en España del ACNUR preparó como contribución al presente informe, se señalaba que dicha Delegación fue consultada a finales de 2003 sobre un folleto informativo elaborado por la Oficina de Asilo y Refugio. El criterio sobre el mismo fue que su nivel técnico jurídico era demasiado elevado para el solicitante medio. Por ello sugirió simplificarlo, incorporando por ejemplo dibujos u otros elementos gráficos que faciliten la comprensión. El folleto fue finalmente publicado y remitido a los puntos de recepción de solicitudes de asilo.

El Defensor del Pueblo debe coincidir en la necesidad de que estos folletos resulten accesibles para los usuarios a los que están dirigidos, teniendo en cuenta, además, que se trata de hacer comprensible un procedimiento con un apreciable nivel de complejidad. La edición de una publicación en unos términos que no permita la comprensión de la misma por parte de una persona con el nivel cultural medio de los solicitantes [137] que recibe nuestro país, constituye una garantía meramente formal, que no puede resultar satisfactoria.

---

[137] En la memoria de la Oficina de Asilo y Refugio correspondiente al año 2003 se refieren datos sobre nivel de estudios, que muestran que sólo un 5,94 por 100 de los solicitantes manifestaron haber cursado estudios superiores y un 28,7 por 100 estudios secundarios.

En esa línea, la Institución ha expresado en varias ocasiones su convicción de que han de explorarse otros medios alternativos para ofrecer esta información de una manera más accesible. Para ello debería potenciarse el empleo de las nuevas tecnologías, al menos como instrumento de apoyo, ya que su uso ofrece diversas ventajas.

En primer lugar se asegura la existencia de documentos en todos los idiomas en todos los puntos disponibles; por otra parte se facilita la actualización de contenidos y la mejora continua de los mismos en función de las carencias que puedan detectarse; también podría de este modo facilitarse la disposición de contenidos específicamente preparados para personas en situación de especial vulnerabilidad; al tiempo se podría disponer de documentos donde la transmisión escrita de información se redujera al mínimo, utilizables para personas con carencias lecto-escritoras.

Un argumento adicional que aconseja la superación del modelo de folleto y su sustitución por un instrumento menos estático es la necesidad, que en el texto del Reglamento parece ser una de las razones fundamentales para la existencia del mismo, de que contenga información sobre las organizaciones a las que pueden acudir los solicitantes en demanda de asistencia. Para que esa información sea eficaz debe ser transmitida de modo muy claro, dejando perfectamente establecido el carácter gratuito de estos servicios y qué es razonable esperar de ellos. También resulta básico asegurar que la información esté actualizada y forme parte indisociable del documento que se entregue al solicitante.

Todas estas condiciones que se han venido enunciando podrían cumplirse de una forma más adecuada sustituyendo el actual folleto en formato impreso por una guía accesible a través de la red, probablemente complementado con materiales audiovisuales.

6.4.1.4. Tramitación de la solicitud presentada en una misión diplomática o consular española

El uso de la vía diplomática para la presentación de asilo resulta, según se ha reflejado ya, poco frecuente y lo es menos aún si se dejan aparte las solicitudes de extensión familiar del asilo. Probablemente a ello contribuye el hecho de que, conforme al artículo 1 A de la Convención, el solicitante deberá encontrarse fuera del país de su nacionalidad, para poder formular su solicitud.

Habida cuenta de que el solicitante no se encuentra en el territorio español no hay necesidad alguna de establecer un procedimiento preliminar de admisión a trámite. Así pues, presentada la solicitud en una embajada o consulado, se procederá por ésta a cursarla a la Oficina de Asilo y Refugio, a través del Ministerio de Asuntos Exteriores. La solicitud irá acompañada de un informe de la misión receptora (art. 6.2 del Reglamento de asilo). El órgano central ins-

tructor se encarga de tramitar la solicitud y formular una propuesta sobre el fondo.

No obstante, en el momento de redactar el Reglamento se tuvo conciencia de la necesidad de establecer unas medidas específicas que permitieran la evacuación del solicitante en caso de riesgo. En este supuesto, y conforme al artículo 16 del Reglamento, la Oficina de Asilo y Refugio podrá proponer a la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio que autorice el traslado a España durante la instrucción del expediente [138].

En el caso de que se reconozca el estatuto de refugiado se expedirá al interesado el visado, autorización de entrada o salvoconducto que se considere necesario para que pueda viajar a España (art. 29.4 del Reglamento de asilo). Obviamente en caso de denegación el interesado tiene la posibilidad de instar el oportuno recurso judicial, si bien la prosecución de estos procedimientos plantea problemas prácticos no menores.

6.4.1.5. Tramitación de la solicitud realizada en territorio español

Como ha quedado expuesto, la solicitud se ha de presentar necesariamente en una serie de oficinas habilitadas en el territorio nacional. En el caso de Madrid la presentación de la solicitud se hace directamente en la Oficina de Asilo y Refugio, para lo cual viene funcionando un sistema de cita previa concertada por vía telefónica.

En el resto de los puntos de recepción de solicitudes la presentación del formulario se efectúa por medio de comparecencia ante un funcionario de la dependencia de que se trate. Dicho formulario, de uso general, está articulado como una entrevista que tiene por objeto determinar los hechos en los que el interesado basa su solicitud, sus circunstancias personales y familiares, así como el itinerario que ha seguido hasta llegar a España.

Este cuestionario, junto con la restante documentación que haya podido aportar el interesado, debe ser remitido por la dependencia donde se formalizó a la Oficina de Asilo y Refugio de forma directa e inmediata, «por los medios electrónicos, informáticos y telemáticos más avanzados de que se disponga», según precisa el artículo 6.1 del Reglamento de la Ley de asilo.

Presentada la solicitud, el solicitante no podrá ser expulsado del territorio nacional (art. 12 del Reglamento de asilo) y tendrá autorizada su permanencia en España de forma provisional, cualquiera que sea su situación jurídica

---

[138] Esta situación es distinta de la prevista en el artículo 4.2, ya que en este caso se trata de un refugiado ya reconocido, que debe ser objeto de reasentamiento por haberse apreciado situaciones de alto riesgo en el país en el que se encuentran. Tal petición ha de ser cursada por el ACNUR.

(art. 11.1 del Reglamento de asilo). No obstante, en el caso de que el solicitante carezca de la documentación exigida para residir en España se podrá acordar la fijación de residencia obligatoria hasta la definitiva resolución del expediente. El mismo artículo 14 del Reglamento que prevé esta medida, bajo la cobertura del artículo 4.3 de la Ley de asilo, señala que se podrá acordar asimismo cualquiera de las disposiciones que figuraban en el artículo 6 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España [139].

Se proveerá al solicitante con una documentación específica, con validez para sesenta días, y se le informará de la obligación de comunicar cualquier cambio de domicilio (art. 13.1 del Reglamento de asilo).

El artículo 15 del Reglamento de la Ley de asilo garantizará al solicitante la cobertura de sus necesidades básicas, cuando carezca de medios económicos y, en su apartado 3, prevé toda una serie de circunstancias de especial vulnerabilidad, que requerirán la particular atención y un tratamiento conforme a las directrices contenidas en las recomendaciones internacionales que se encargan de homologar la actuación con estos colectivos de refugiados

En el plazo de sesenta días desde la recepción de la solicitud deberá haberse producido una resolución sobre su admisión a trámite. En el curso de la tramitación que efectúe la Oficina de Asilo y Refugio deberá solicitarse informe al representante en España del ACNUR, quien tendrá que emitirlo en el plazo de diez días desde la fecha en que se le notifique la presentación de la solicitud. La propuesta se elevará al Ministro a través de la Dirección General competente (art. 17 del Reglamento de asilo).

En el caso de que la solicitud se admita a trámite, o si transcurre el plazo previsto en el artículo 17.2 sin que se haya producido resolución [140], se proveerá

---

[139] Ese precepto, hoy derogado, permitía la aplicación a cualquier extranjero que se hallare legalmente en territorio español, por razones de seguridad pública, además de la medida de residencia obligatoria, la de presentación periódica ante las autoridades o bien la de alejamiento de las fronteras o de determinados núcleos de población. En la nueva Ley de extranjería esta previsión general se ha visto sustituida por el artículo 5.2, que contempla su adopción por resolución del Ministro del Interior adoptada conforme a las garantías jurídicas del procedimiento sancionador. La cuestión debe ser reconducida al artículo 18.2 de la Ley de asilo que prevé la posibilidad de adoptar todas estas medidas con los refugiados, con carácter temporal, por lo que hay que pensar que si pueden acordarse respecto de los refugiados deberán también poder ser dictadas respecto de los solicitantes de asilo, que se benefician de una forma provisional de la posición de aquellos en tanto se resuelve definitivamente sobre sus peticiones.

[140] El carácter positivo que se otorga aquí al silencio de la Administración resulta plenamente congruente con el hecho de que la actuación pertinente —el procedimiento de admisión a trámite— tiene un mero carácter preliminar. Una atribución de esta naturaleza debe tener como correlato un régimen exigente de garantías, a través del cual se asegure, entre otras cuestiones, que la resolución no se dilate a criterio de la Administración, ya que su función en esta fase no es resolver sobre el fondo, sino sólo detectar aquellas solicitudes con escasa o nula sustancia. Por esta razón concluía el Defensor del Pueblo en el caso de las demoras en la formalización advertidas en Ceuta, a las que se ha aludido antes, que la garantía normativa que implica este silencio positi-

al solicitante de la documentación que acredite su condición (art. 13.2 del Reglamento de asilo). En este momento, si no lo ha hecho con anterioridad [141], el interesado deberá hacer entrega de sus documentos personales y de viaje, que quedaran en depósito hasta la resolución final de la solicitud.

La inadmisión a trámite, tiene los efectos previstos en el artículo 23 del Reglamento y pone fin a la vía administrativa. El acceso a la jurisdicción en caso de denegación se rige por lo previsto en el artículo 21 de la Ley de asilo.

6.4.1.6. Tramitación de la solicitud realizada en un puesto fronterizo

Este cauce de tramitación cuenta en la normativa de asilo con una regulación bastante detallada, fruto en buena medida de su introducción cuando ya se había acumulado una experiencia de diez años en la tramitación de solicitudes y, principalmente, de una doble circunstancia: la premura con la que debe sustanciarse el procedimiento y la exigencia de que el solicitante permanezca en el propio puesto fronterizo hasta tanto se alcance una resolución definitiva en vía administrativa.

Al dar cuenta en el correspondiente Informe anual de la publicación de la sentencia del Tribunal Constitucional 53/2002, que no acogió el recurso de inconstitucionalidad presentado por esta Institución contra el párrafo tercero del artículo 5.7 del la Ley de asilo, que fue añadido por medio de la Ley 9/1994, de 19 de mayo, el Defensor del Pueblo observaba que la permanencia en el puesto fronterizo del solicitante de asilo mientras se decide sobre la admisión a trámite de su solicitud y, en su caso, sobre el reexamen que puede formularse frente a la inadmisión, deja a los solicitantes de asilo en peor condición que a cualquier extranjero que, sin argumentar temor de persecución, sea objeto de un procedimiento de denegación de entrada [142] conforme a la legislación general de extranjería. Consideraba el Defensor del Pueblo, y debe reiterarse con ocasión de este informe, que el ordenamiento español incurre aquí en una notable falta de coherencia. Este problema sólo puede resolverse de manera satisfactoria mediante la reforma de la Ley de Asilo, a los efectos de modificar el criterio del artícu-

---

vo se vería inutilizada si la Administración pudiera soslayar el momento en que han de comenzar computarse los plazos previstos en el artículo 17.2 del Reglamento.

[141] Extraña este inciso, tanto más cuanto en el apartado 1 del mismo precepto se precisa que la documentación provisional con que se dotará al solicitante, en espera de que se resuelva sobre la admisión a trámite, deberá unirse a su pasaporte.

[142] El artículo 60 de la Ley de extranjería indica entre otras cosas: «La autoridad administrativa que acuerde el retorno se dirigirá al Juez de Instrucción si el retorno fuera a retrasarse más de setenta y dos horas para que determine el lugar donde hayan de ser internados hasta que llegue el momento del retorno [...]. El extranjero durante su internamiento se encontrará en todo momento a disposición de la autoridad judicial que lo autorizó, debiéndose comunicar a ésta por la autoridad gubernativa cualquier circunstancia en relación a la situación de los extranjeros internados.»

lo 5.7, al menos en un sentido similar al previsto en el artículo 60 de la Ley de extranjería [143].

Como ya se refirió en la parte dedicada a los datos cuantitativos, el mayor número de las solicitudes recibidas en puestos fronterizos se formulan en el aeropuerto de Madrid-Barajas. Por una arraigada práctica interadministrativa estas solicitudes son atendidas por funcionarios de la Oficina de Asilo y Refugio que se desplazan al efecto y no por funcionarios de policía, como es lo habitual en los demás puestos.

El artículo 18 establece el criterio general de aplicación de este procedimiento condicionándolo al hecho de que el interesado no acredite los requisitos necesarios para poder acceder a territorio español, conforme a la legislación general de extranjería.

Cumplimentado el formulario y remitido a la Oficina de Asilo, este organismo dispone de cuatro días para tramitar el expediente, proponer al Ministro del Interior la resolución pertinente y notificarla. La superación de ese plazo sin que se haya notificado la inadmisión a trámite al interesado determinará la admisión a trámite de la solicitud por ministerio de la ley, con lo que deberá autorizarse la entrada del interesado al territorio nacional. Para asegurar el cumplimiento de este plazo, los artículos 19 y 20 prevén que la Oficina de Asilo y Refugio reciba y se forme un criterio sobre la solicitud que deberá comunicarse al puesto fronterizo dentro de las setenta y dos horas siguientes al momento de la presentación de la misma.

Desde que se reciba una solicitud de este tipo la Oficina de Asilo y Refugio deberá remitir todos los antecedentes al representante en España del ACNUR, quien dispone de veinticuatro horas para entrevistarse con el solicitante y emitir un informe. Si la Delegación del ACNUR solicita la admisión a trámite deberá motivar esta opinión.

En caso de inadmisión a trámite la resolución informará al interesado de la posibilidad de solicitar el reexamen de la inadmisión, así como del derecho a abandonar el puesto fronterizo y regresar a su país de origen o a un tercer Estado, desde donde podrá, si lo desea, continuar el expediente a través de la legación diplomática española en ese país. La norma pone especial atención sobre la necesidad de que el desistimiento del reexamen sea plenamente consciente y por ello prevé que el solicitante deje constancia escrita de su voluntad de abandonar el puesto fronterizo, que deberá firmar «asistido por letrado y, si fuera necesario, por intérprete».

---

[143] Debe indicarse que, a pesar de la previsión de la norma que presupone la existencia en todos los puestos fronterizos de unas «dependencias adecuadas» para la permanencia de los solicitantes de asilo, esas dependencias no siempre cumplen unos mínimos criterios para permanecer un periodo que puede llegar a los siete días. Obviamente la homologación con lo previsto en el artículo 60 excluye toda comunicación a la embajada o consulado del país de origen.

Si el interesado desea solicitar el reexamen, cuenta para ello con un plazo de veinticuatro horas. Es misión de los funcionarios de frontera facilitar los formularios para realizar alegaciones, todo ello sin perjuicio de las obligaciones del letrado que dé asistencia jurídica, sobre las que más adelante se harán las oportunas consideraciones.

Los plazos se acortan aún más para un procedimiento que en esencia reproduce el circuito que ya ha quedado expuesto. Nuevamente el representante en España del ACNUR debe informar sobre la solicitud, tomando en consideración el conjunto del expediente.

La resolución que deje sin efecto la inadmisión inicialmente acordada, o bien la superación del plazo de dos días desde la formulación del reexamen sin que se notifique la resolución denegatoria, determinará, conforme al artículo 21 del Reglamento de la Ley de asilo, la admisión a trámite y la autorización de permanencia del solicitante en España hasta que se resuelva de manera definitiva sobre su pretensión [144].

En consonancia con la disparidad de criterios de inadmisión que se manejan por el artículo 5.6 de la Ley de asilo, su Reglamento de aplicación efectúa en el artículo 23 una regulación más detallada de los efectos de la inadmisión a trámite en frontera. A salvo de la posibilidad de que autorice la entrada en España por entender que existe causa para otorgar la protección subsidiaria prevista en el artículo 31.3 del Reglamento de la Ley de asilo, o por las razones humanitarias contempladas en el apartado 4 del mismo precepto, la inadmisión a trámite por las causas previstas en las letras *a)* a *d)* del artículo 5.6 de la Ley determinará el rechazo en frontera del interesado y su retorno al punto de origen.

Una vez más, el carácter urgente del procedimiento determinó la inclusión de una cláusula de salvaguardia, que se aplica cuando un agente calificado en las cuestiones de refugio, como es el ACNUR, se manifiesta favorable a la admisión en su informe en el trámite de reexamen. En este caso, conforme al artículo 21.2 de la norma legal, la interposición de un recurso contencioso-administrativo suspenderá el acto administrativo. El artículo 39.2 del Reglamento precisa más los términos, en cierto modo confusos, de la Ley, al señalar que bastará que el solicitante anuncie por escrito su intención de recurrir en vía judicial para que se autorice su entrada en España hasta tanto el tribunal competente resuelva sobre la suspensión del acto administrativo [145].

A continuación el artículo 22 del Reglamento aborda, en los párrafos 3 y 4, dos situaciones críticas en las que la actuación de las autoridades españolas puede verse afectada por elementos externos.

---

[144] El párrafo 2 del artículo 21 refuerza la idea del carácter limitado del constreñimiento que se impone al solicitante de asilo, al recordar que el periodo previsto para completar todo el proceso, incluida la notificación del reexamen, no podrá exceder de siete días.

[145] El recurso debe interponerse en los dos meses siguientes a la fecha de notificación de la resolución denegatoria del reexamen. En caso de que no sea interpuesto, el solicitante podrá recibir una orden de salida obligatoria o ser expulsado, conforme a lo previsto en el artículo 23 del Reglamento de la Ley de asilo.

En el primer supuesto se prevé que una vez notificada la resolución de inadmisión y transcurridos los plazos que han quedado expuestos, si existieran carencias en la documentación o problemas de transporte que imposibilitaran el retorno inmediato del extranjero deberá autorizársele la entrada a territorio nacional. Esta entrada, según indica el precepto, habría de hacerse de acuerdo con lo previsto en el artículo 12.4 de la Ley Orgánica 7/1985, de derechos y libertades de los extranjeros en España, precisándose que tal decisión podría ir acompañada de la adopción de las medidas cautelares que se estimen oportunas conforme a la legislación de extranjería vigente, dando cuenta, en su caso, a la autoridad judicial. En la actual Ley de extranjería el precepto que regula la cuestión es el artículo 25.4, que alude genéricamente a la autorización de entrada cuando existan razones excepcionales de índole humanitaria [146].

La segunda precisión del sistema tiene que ver con la inadmisión a trámite, por considerarse que no corresponde el examen a nuestro país, en virtud de los convenios de determinación correspondientes [art. 5.6 *e)* de la Ley de asilo], así como en el caso de que el solicitante esté reconocido como refugiado en otro país, tenga derecho a residir o a obtener asilo en un tercer Estado, o proceda de un Estado a cuya protección hubiera podido acogerse [art. 5.6 *f)* de la Ley de asilo). En este caso las autoridades disponen de setenta y dos horas desde la presentación de la solicitud para efectuar las gestiones oportunas con vistas a trasladar al solicitante. Transcurrido ese plazo se autorizará la entrada del solicitante, quedando en suspenso el procedimiento hasta que se reciba respuesta del país requerido. Si dicho requerimiento tuviera resultado negativo se dejará sin efecto la inadmisión, continuando la tramitación de la solicitud por el procedimiento ordinario.

El acceso a los tribunales en este caso exige el agotamiento de la vía administrativa hasta el reexamen.

6.4.1.7. Polizones

La situación de los polizones ha sido objeto constante de atención por parte de esta Institución. La clandestinidad de su embarque, las condiciones en que puede realizar el trayecto (a veces ocultándose entre la carga con riesgo de su vida), las condiciones de confinamiento en las que suele ser colocado si es descubierto, unido todo ello a las consecuencias económicas que para los consignatarios y los propios capitanes de los buques tiene habitualmente la presencia

[146] Dicho precepto está desarrollado en el artículo 4.2 del Reglamento de extranjería, que alude al empleo de esta posibilidad para hacer honor a los compromisos adquiridos por España. La normativa no vincula a este trámite con la adopción de medidas cautelares, como sí hacía la primera Ley de extranjería, por lo que en todo caso no podrán imponerse más que las previstas con carácter general por el artículo 5.2 de la propia Ley de extranjería, que deberán tener un alcance temporal limitado y adoptarse conforme a las garantías previstas en la propia Ley.

de estas personas a bordo (amarres en puerto, retrasos en las operaciones, eventuales repatriaciones, sanciones, contratación de seguridad suplementaria, etc.), hace que la situación del polizón sea en muchos casos extremadamente vulnerable desde diversos puntos de vista.

El tratamiento de este fenómeno dentro del capítulo dedicado a asilo es la consecuencia de una pura constatación: en la mayoría de los casos la única vía que encuentran los polizones para intentar desembarcar es acogerse a normas de protección internacional. En términos teóricos el polizón podría limitarse a manifestar su intención de entrar en España, con lo que debería procederse conforme a lo previsto en la Ley de extranjería. Esta Institución no tiene noticia de que esta previsión haya sido empleada [147]. De hecho, y de manera muy significativa, en la Instrucción [148] de 9 de abril de 2002 de la Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración que regula actualmente el tratamiento a polizones extranjeros, la mención a la pretensión de entrada en España se hace de forma marginal en el punto tercero y no se desarrolla en modo alguno [149]; sin embargo varios puntos (concretamente 5 sobre 12) aluden a la forma en que se habrá de proceder cuando se formule una solicitud de asilo. El punto séptimo regula de manera detallada la permanencia del polizón mientras se tramita el procedimiento de admisión a trámite.

Como se puso de manifiesto en las jornadas de trabajo organizadas por esta Institución para la preparación del presente informe, y más concretamente, en la que se celebró con letrados expertos en extranjería y asilo, llama la atención que una cuestión de esta naturaleza, donde se ventila la protección de bienes jurídicos de gran relevancia, no haya sido objeto de regulación en una norma con rango legal o, al menos, reglamentario. El Defensor del Pueblo ha de coincidir con esa apreciación y considera que sería deseable que el tratamiento a polizones se contemplara en las normas que en cada caso le sean de aplicación, fundamentalmente las leyes de extranjería y de asilo. Esto, entre otras cuestiones, permitiría una mayor seguridad jurídica, al ser objeto la norma de un sistema de publicidad formal, que en el caso de la Instrucción no está previsto. Subsidiariamente, y en tanto no se proceda a efectuar una regulación con un rango normativo más adecuado, parece imprescindible que las instrucciones que puedan darse sean objeto de publicación oficial.

---

[147] En el caso de que una persona solicite entrar en España podría resultarle de aplicación el artículo 4.2 del Reglamento de extranjería, por el que se puede autorizar la entrada en España de personas que no reúnan los requisitos establecidos por razones excepcionales de índole humanitaria, interés público o cumplimiento de compromisos adquiridos por España.

[148] Hasta la fecha este asunto siempre ha sido objeto de regulación a través de instrucciones. La primera de ella la Instrucción 5-bis A/94 de la Secretaría de Estado de Interior, dictada el 21 de julio de 1994 y la segunda la Instrucción 3/1998, de la Secretaría de Estado de Seguridad, de 17 de noviembre de 1998.

[149] El punto noveno es muy expresivo de la idea de la que parte la Instrucción al señalar que los polizones que sean embarcados por las condiciones del buque (sería más correcto decir por las condiciones que se encontraban en el buque) serán repatriados a su país de origen, sin contemplar otras posibilidades previstas en nuestro ordenamiento, entre ellas la del artículo 4.2 del Reglamento de extranjería ya expuesta.

Pasando ya a cuestiones más concretas, un primer asunto al que es preciso atender es el propio ámbito material de aplicación de la Instrucción. Varios de sus preceptos aluden a que las previsiones de la misma se aplicarán ante la llegada de un buque mercante en el que se hayan detectado polizones extranjeros a un puerto español. De hecho, según se pudo constatar en el curso de una visita realizada en diciembre de 2003 al puerto de Algeciras, en aquel puesto fronterizo sólo se procedía a cumplimentar lo establecido en la Instrucción sobre tratamiento de polizones extranjeros, cuando el barco recalaba en la dársena del puerto, pero no cuando el buque permanecía fondeado fuera de él.

Esta Institución, después de evaluar la cuestión en toda su extensión, ha concluido que tal forma de actuar no puede considerarse correcta. Para ello hay que atender de manera fundamental a la propia finalidad de la norma, que no es otra que asegurar a toda persona que se encuentra en el espacio de aplicación de las leyes españolas el respeto de sus derechos y, muy especialmente, en lo referente a la protección de su integridad y a la prohibición de someter a cualquier persona a tratos inhumanos o degradantes. La Instrucción tiene, pues, también la finalidad de asegurar un punto de conexión entre las autoridades españolas y los polizones, de modo que éstos puedan expresar su intención de ingresar en territorio español o acogerse a la protección de nuestro país.

Para uno y otro fin resulta irrelevante que el barco esté atracado en un puerto español o permanezca fuera de él, siempre que esté en aguas jurisdiccionales españolas. En ambos casos existen idénticas razones para prever una actuación inspectora que se sobreponga temporalmente al fuero del pabellón del buque y cuyo legítimo fin es asegurar la protección de bienes jurídicos de carácter superior, señaladamente la vida, la integridad física y la libertad. La necesaria protección de estos bienes, que constituye una exigencia para todo Estado social y democrático de Derecho, no puede verse condicionada por la decisión, sea del capitán o consignatario del buque, sea de las propias autoridades españolas, de no acceder a puerto, una vez que la conexión con el ordenamiento español se ha producido ya como consecuencia del ingreso de la nave en el espacio marítimo español.

Así pues, esta Institución entiende que cabe admitir que la práctica de las previsiones de la Instrucción puede diferirse hasta la llegada a un puerto español en aquellos casos en los que se autorice la entrada del buque en alguna de esas instalaciones, siempre que no se cuente con elementos de juicio que no desaconsejen demorar la inspección, pero no puede considerar correcta la inhibición en los demás casos.

Por otro lado, la pretendida dificultad que tendrían los efectivos del Cuerpo Nacional de Policía para acceder a los buques cuando no están atracados en las dársenas de los puertos españoles, tampoco puede resultar un argumento convincente, pues puede solicitar la colaboración de otros organismos.

En otro orden de cosas, esta Institución estima necesario señalar que la pregunta que la Instrucción prevé que se realice por los funcionarios policiales

actuantes que acceden en un primer momento al buque para conocer las intenciones del polizón, contenida en el anexo I de la Instrucción, peca de una evidente falta de concreción. Tras interesarse por su salud, el trato que recibe, y si le dan de comer, se le pregunta «si desea decir algo más». Es en ese momento en el que el polizón, sin asistencia jurídica de ningún tipo, y habitualmente desconocedor de los derechos que puede ejercer y de las consecuencias jurídicas de sus palabras, debe manifestar si desea entrar en España o por algún motivo demanda la protección del Estado español.

Esta Institución ha podido comprobar que cuando la voluntad del polizón de entrar en España o solicitar asilo no ha sido expresada en términos taxativos, la autoridad gubernativa en muchos casos no ha entendido que tal voluntad exista, y por tanto no ha procedido a procurar al polizón la debida asistencia letrada. Así, a título ilustrativo, puede señalarse la actuación de la Delegación del Gobierno en la Comunidad Valencia, que ante la manifestación de cuatro polizones de que su deseo era vivir y trabajar en algún país de Europa, no entendió que se trataba de una solicitud de entrada en España, por lo que no procedió a tramitar la preceptiva asistencia letrada. Este mismo organismo, ante la manifestación de un polizón consignada en el apartado del anexo I antes referido, de que quiere entrar en Europa porque «le persiguen», no realiza ningún intento de aclaración sobre los motivos o circunstancias de la persecución, y no entiende que haya motivos para procurar asistencia letrada a la persona que manifestaba ser perseguida.

En el mismo puerto de Valencia, durante una visita de inspección realizada por esta Institución, se pudo conocer igualmente que se producían con cierta frecuencia casos de polizones sorprendidos mientras pretendían huir durante las maniobras de estiba y desestiba, que eran retornados al barco, al no entender los servicios policiales que su actitud implicara la exteriorización de un deseo de entrar en España.

Estas cuestiones, junto con otras más directamente relacionadas con la asistencia jurídica, motivaron la formulación de una recomendación a la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración [150], a fin de que se modificara sustancialmente el contenido de la Instrucción vigente. La Administración ha comunicado que ha iniciado los trabajos de valoración de los puntos tratados en la recomendación.

Como ya se ha dicho, el punto séptimo de la Instrucción, aborda de manera detallada cómo se ha de proceder en los casos en que el polizón solicite asilo. La solicitud se tratará bajo el procedimiento de presentación en frontera. En este caso si el plazo de tramitación, incluido el reexamen, es inferior al tiempo que el buque tiene previsto permanecer en puertos españoles, el polizón perma-

[150] También se informó a la Dirección General de Política Interior, dada su competencia en materia de asilo.

necerá en el buque bajo la responsabilidad del capitán [151]. Si la salida prevista del buque es inferior al plazo para la tramitación, el polizón será desembarcado y alojado en las dependencias adecuadas a las que se refiere la Ley de asilo en su artículo 5.7 y de las que han de estar provistas todos los puestos fronterizos [152].

Resulta igualmente ilustrativo aludir al caso analizado en su día a través de una investigación de oficio, en relación con dos ciudadanos de nacionalidad iraní que arribaron como polizones al puerto de Alicante y formularon solicitudes de asilo.

Durante todo el procedimiento de admisión a trámite, el buque se desplazó por los puertos de Cartagena (Murcia) y Motril (Granada). En el primero de ellos se comunicó a los interesados la inadmisión a trámite de sus solicitudes de asilo. La notificación que se les trasladó contenía una mención a que en atención a que el ACNUR había informado favorablemente las solicitudes, se permitiría su entrada en España si manifestaban su intención de recurrir judicialmente la decisión denegatoria de la Administración.

La Administración mantuvo que los interesados habrían señalado su intención de continuar viaje. Sin embargo al llegar al puerto de Motril uno de ellos se autolesionó pidiendo permanecer en España. Finalmente los interesados fueron desembarcados en el puerto de Motril, una vez que la Policía admitió los anuncios de interposición de sendos recursos contencioso-administrativos efectuados por un letrado del Colegio de Abogados de Granada.

Como primera cuestión se apreció que en las resoluciones de denegación del reexamen que se notificaron en el puerto de Cartagena, constaba la indicación de que la intención de recurrir debía ser comunicada en el plazo de dos días a contar desde la notificación de la resolución.

Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que la posibilidad de recurrir las decisiones administrativas en vía judicial está sujeta ya a unos plazos, previstos en la legislación de procedimiento. Por otra parte la normativa que rige este supuesto no establece ningún plazo específico para que los interesados realicen la manifestación de su intención de recurrir, limitándose a referir que se procederá conforme al artículo 23 del Reglamento de aplicación de la Ley de asilo si transcurre el plazo de dos meses desde la fecha de la notificación y el interesado no ha interpuesto el recurso contencioso-administrativo correspondiente.

Se hizo notar a la Administración que la práctica de señalar un plazo de dos días no sólo no aportaba nada desde el punto de vista de las garantías, sino que

---

[151] Se entiende sin perjuicio del deber de la Administración de desembarcar en cualquier momento al polizón si se aprecia un trato inhumano o degradante o se produce un deterioro de su situación médica.

[152] La Instrucción hace un ejercicio de realismo y, acto seguido, señala que si el puesto fronterizo careciese de estas dependencias se le asignará residencia obligatoria conforme a las previsiones del artículo 4.3 de la Ley de asilo y 14 de su Reglamento de aplicación.

establecía al margen de cualquier habilitación legal una condición que dificultaba el pleno ejercicio de un derecho legalmente reconocido. Para esta Institución, la adaptación de los artículos 21.2 de la Ley de asilo y el 39.2 de su Reglamento de aplicación al caso de los polizones pasa por considerar que los interesados podrán manifestar su intención de recurrir mientras el barco se encuentre en cualquier puerto español —tampoco necesariamente aquel en el que se practicó la notificación de la denegación del reexamen del asilo— y siempre que no haya transcurrido el plazo de dos meses desde la notificación de la resolución. En su día la Administración comunicó la aceptación de la recomendación formulada.

Por otro lado, la explicación ofrecida por la Administración en el curso de la tramitación de la investigación, sobre que la exigencia de personación en la Comisaría estaba establecida para asegurar el control y la documentación del extranjero solicitante de asilo que manifiesta su intención de recurrir la denegación de su solicitud y cuenta con un informe del representante en España del ACNUR favorable a la admisibilidad de su petición, pareció razonable. No obstante, en el caso analizado se evidenció una cierta desorientación por parte de las fuerzas de seguridad actuantes, ya que, según se mantenía, los interesados habían expresado tras serle notificada la denegación del reexamen su intención de no recurrir y se interpretaba que esto impedía cualquier posterior cambio de postura. La Institución señaló su desacuerdo con tales criterios y debe reflejar en este informe su convicción de que el polizón es libre para decidir qué decisión adopta desde el acto de notificación hasta el momento en que el barco salga de la jurisdicción española.

6.4.1.8. Motivación de las resoluciones de inadmisión a trámite

En el curso de la investigación sobre la tramitación de asilo en Ceuta, a la que ya se ha aludido, la Institución efectuó un estudio de las fundamentaciones de las resoluciones de inadmisión a trámite.

La mayor parte de las resoluciones de inadmisión a trámite se basaban en no haberse alegado causas que dan lugar al reconocimiento de la condición de refugiado [art. 5.7 *b)* de la Ley de asilo] y otro porcentaje relevante en la inverosimilitud, falsedad o imprecisión de las alegaciones y datos aportados. A la hora de evaluar la actitud de la Administración en lo referente a la motivación de sus resoluciones en los expedientes esta Institución distingue dos planos: El primero el de las deficiencias insubsanables y, en lo que aquí toca, especialmente la falta de una justificación que permita inferir con razonable certeza los elementos y apreciaciones que fundamentan la inadmisión a trámite acordada. El otro tiene más que ver con aquellas deficiencias derivadas de una cierta inercia administrativa.

Las motivaciones examinadas en esa ocasión y en las quejas que se reciben son, en la mayoría de los casos, de una evidente parquedad y fruto de un uso generoso de modelos preconfeccionados, pero eso no basta para considerarlas viciadas si cumplen al menos con un canon de correspondencia con lo actuado en el expediente —y así sucedía en los casos investigados según pudo verificarse— y transmiten al interesado la información indispensable sobre la causa en la que la Administración basa su decisión.

Ahora bien, esta mínima suficiencia puede servir con carácter general para dar por solventado el trámite administrativo, pero no es una práctica idónea. Resulta admisible que la Administración parta de modelos preconfeccionados para formalizar las resoluciones de inadmisión a trámite y como elemento de apoyo para armonizar la actuación de los diversos instructores, pero no lo es tanto que los modelos sean considerados perfectos en sí mismos, sin necesidad de individualizarlos y ajustarlos a cada caso.

En este punto y para este trámite en concreto debe repararse en que el carácter extraordinario de la facultad que la Ley de asilo otorga a la Administración, de decidir *ab initio* si la solicitud presentada contiene una carga indiciaria que la haga merecedora de ser tomada en consideración para su posterior estudio, ha de verse cohonestada con la exigencia de que la motivación de las resoluciones que cierran la puerta a ese estudio posterior realice un esfuerzo explicativo para hacer patente las razones concretas y los elementos de juicio que han resultado determinantes para adoptar tal decisión.

En este sentido, determinadas motivaciones que pudieron analizarse sí se ajustaban en mayor medida a estos criterios y permitían conocer con alguna mayor concreción qué elementos aconsejan inadmitir sus solicitudes a trámite. Pero estos casos eran los menos frecuentes en el conjunto de los expedientes examinados, puesto que la mayoría se resolvieron con alguna fórmula que evidenciaban en su misma redacción una pretensión de alcance general.

Al analizar este asunto tampoco debe desatenderse la circunstancia de que la responsable de la instrucción de los expedientes es la Oficina de Asilo y Refugio, la cual, por su especialización en la materia y por los medios con los que cuenta, está en condiciones de ofrecer unos argumentos más ceñidos a las manifestaciones de cada uno de los interesados.

Por otra parte, en los expedientes instruidos en Ceuta a los que se viene aludiendo constaba que junto con la petición de asilo se había formulado con carácter subsidiario la aplicación de las previsiones de los párrafos segundo y tercero del artículo 17 de la Ley de asilo; esto es, que se autorizase la permanencia en España de los interesados por razones humanitarias o de interés público; o que, aun en caso de denegación de lo anterior, se evitase el rechazo o la expulsión del interesado si ello vulnerara la llamada obligación de no devolución prevista en el apartado 1 del artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

Sin embargo, en las resoluciones de inadmisión no se hacía mención expresa a estas peticiones. Bien es verdad que de la generalidad de las redacciones utilizadas en algunas de ellas, podía inferirse que las pretensiones formuladas por los interesados con carácter subsidiario también habían de entenderse rechazadas junto con la principal. No obstante, la diversidad de situaciones en las que puede encontrarse un solicitante de asilo y la relevancia del efecto que sigue a la denegación obligan a considerar que la práctica más correcta sería haber dado una respuesta expresa a todas las peticiones formuladas.

Todo ello condujo a que se formularan dos recomendaciones a la Dirección General de Extranjería e Inmigración, para que, con carácter general, en las resoluciones de inadmisión a trámite se concretasen en mayor medida los motivos en los que se fundamenta la decisión adoptada, evitando dar por cumplida tal exigencia sobre la base de modelos generales que no hayan sido previamente adaptados a las circunstancias apreciadas en cada solicitud. Asimismo se indicó que en los casos en los que el solicitante formule una petición en la que se acoja a lo previsto en los párrafos segundo o tercero de la Ley de asilo, se diera respuesta expresa a dicha petición. La Dirección General comunicó en su día la aceptación de las dos recomendaciones.

6.4.1.9. Tramitación y resolución de la solicitud de asilo admitida a trámite. Situación de los solicitantes

Una vez admitida a trámite la solicitud, sea por resolución favorable de la Administración o por ministerio de la ley, comienza propiamente el procedimiento para el reconocimiento de la condición de refugiado. De conformidad con el artículo 13.2 del Reglamento se dotará al solicitante del oportuno documento [153] de identidad que acredite su condición y le habilite a permanecer en el territorio español mientras se tramita su solicitud. Se prevé también la adopción de medidas cautelares, para el caso de que el solicitante careciese de la documentación exigida para residir en España. Dichas medidas habrán de ser adoptadas actualmente con carácter extraordinario y por los trámites y con las garantías del artículo 5.2 de la Ley de extranjería.

La naturaleza tuitiva del asilo y las propias circunstancias fácticas de los solicitantes determinan que no resulte exigible para la concesión del estatuto la certeza en términos técnico jurídicos, sino más bien un juicio de plausibilidad. Tal y como recuerda muy oportunamente el artículo 8 de la Ley de asilo, para la resolución favorable de la solicitud «bastará que aparezcan indicios suficientes, según la naturaleza de cada caso, para deducir que el solicitante cumple los requisitos» señalados en la Convención de Ginebra.

---

[153] Deberá procederse a la consignación de los documentos personales y de viaje que quedarán en depósito hasta la resolución favorable de la solicitud (art. 13.3 del Reglamento de asilo).

Debe atenderse además a que, en los términos del artículo reseñado, tales indicios han de estar en relación con la naturaleza del caso, esto implica la imposibilidad de establecer estándares probatorios uniformes, ni aun por razón de la nacionalidad o de la etiología de la persecución, puesto que en el estudio de los casos ha de primar la consideración individual de las circunstancias puestas de manifiesto por el solicitante. Ello lleva necesariamente a reivindicar la necesidad de que con carácter general se adopten los medios para que el instructor y el solicitante entren en contacto directo durante el procedimiento, ya que en muchos casos, la decisión sobre un caso penderá de un elemento en extremo subjetivo, como es la credibilidad, y difícilmente puede formarse un juicio a este respecto si el análisis del caso se hace únicamente sobre la base de los documentos que van conformando el expediente.

La normativa prevé, en los artículos 24 y 25 del Reglamento de la Ley de asilo, un procedimiento abierto, en el que el interesado puede presentar los documentos y alegaciones que desee en cualquier momento, antes del trámite de audiencia [154]. En dicho trámite se le dará vista del expediente antes de redactar la propuesta de resolución, ofreciéndole un plazo de diez días para formular alegaciones y presentar documentos. Al expediente quedarán incorporados los informes del ACNUR y de las asociaciones que tengan entre sus objetivos el asesoramiento y ayuda a los refugiados. Se exige al interesado que mantenga una actitud de colaboración, que determinará el archivo de las actuaciones por caducidad si el procedimiento se paraliza más de tres meses por una causa que le resulta imputable [155].

La previsión reglamentaria es que todo este procedimiento concluya en seis meses [156], pudiendo entenderse desestimada la solicitud si transcurrido dicho plazo no se ha dictado resolución. Sin embargo, a pesar de lo categórico de los términos de la norma, lo cierto es que el cumplimiento de la misma constituye la excepción y no la regla.

Esta Institución ha dado cuenta en varios informes del paulatino incremento de los plazos [157] en términos reales, que ha sido en los últimos años particularmente relevante en el caso de los solicitantes de nacionalidad colombiana [158].

---

[154] Se podrá prescindir de este trámite si en el procedimiento no figuran ni se han tenido en cuenta otros hechos o alegaciones o pruebas distintos de los presentados o propuestos por los interesados.

[155] Conforme al artículo 13.4 del Reglamento de la Ley de asilo el solicitante está obligado a comunicar a la OAR cualquier cambio de domicilio.

[156] Para los expedientes que se hayan recibido por vía diplomática el plazo comenzará a contar desde la fecha de la recepción de la solicitud en la OAR.

[157] En el Informe anual correspondiente a 2002 se mencionaba una respuesta oficial que fijaba el plazo medio de tramitación en 411 días, aunque la Administración precisaba que dentro de ese plazo se incluía el tiempo necesario para efectuar la notificación, que cifraba en una media de cuarenta y un días, por causas que se atribuían en gran parte a maniobras dilatorias de los interesados en los casos de resolución desfavorable.

[158] En el Informe anual de 2003 se citaba la información oficial que cifraba el número de solicitantes de esa nacionalidad admitidos a trámite en los dos años anteriores en casi 2.200. El

Esta demora, unida a la desazón sobre la solución que finalmente se adopte, provoca además en algunos casos una angustia añadida para los solicitantes, ya que toda pretensión de reunirse con sus familiares requiere la previa concesión del estatuto de refugiado, sin la cual no resulta posible que estos se acojan a la extensión familiar del asilo (art. 10 de la Ley de asilo).

El artículo 15 del Reglamento de la Ley de asilo, recientemente reformado para adaptarlo a una directiva de la Unión Europea, establece que mientras dura la tramitación, los solicitantes de asilo que carezcan de medios económicos podrán beneficiarse de servicios sociales, educativos y sanitarios que presten las administraciones públicas, cuyo acceso se regirá por lo previsto con carácter general en la Ley de extranjería.

El vértice de ese engranaje de atención a los refugiados son los centros de acogida regulados con carácter general por la Orden del Ministerio de Asuntos Sociales de 13 de enero de 1989 y cuyo estatuto básico se aprobó por resolución del IMSERSO de 6 de julio de 1998, aunque existen también otros recursos promovidos por entidades de apoyo a los refugiados.

El ingreso en estos centros, de los cuales existen cuatro [159] directamente dependientes de la Administración, en Alcobendas, Madrid, Mislata (Valencia) y Sevilla, no resulta obligatorio para los solicitantes y se condiciona, entre otras cuestiones, a la carencia de recursos económicos para atender sus necesidades y las de su familia. El estatuto básico prevé en su artículo 13.4 una serie de casos de ingreso prioritario (parejas con hijos menores, familias monoparentales, personas o familias en situación de alto riesgo por motivos sociopolíticos en su país de origen, personas con especiales riesgos psicosociales, personas con enfermedades crónicas no contagiosas necesitadas de atención especial y personas que formen parte de programas especiales aprobados por el Gobierno). La duración prevista para la estancia en estos centros es de seis meses, prorrogable como máximo por otro periodo semestral (art. 15 del Estatuto básico).

El artículo 15 también establece, en su apartado segundo, que el solicitante de asilo podrá ser autorizado a trabajar de conformidad con la normativa de extranjería, si bien puntualiza que tal autorización estará en función de las circunstancias del expediente y la situación del interesado. En el Informe anual correspondiente a 2002, esta Institución tuvo ocasión de aludir a la situación en la que quedaban los solicitantes de asilo una vez concluido el periodo en el que

---

tiempo de tramitación medio de los expedientes era en esa fecha cercana a los dos años, aunque la Administración indicaba que procuraba dar prioridad a aquellos expedientes en los que se apreciaba causa suficiente para ello, y particularmente cuando se detectaban casos en que miembros de una familia habían solicitado protección en fechas distintas. La Administración consideraba que, a pesar del esfuerzo realizado para especializar más instructores, la tramitación de estos expedientes resultaba muy compleja por diversos factores, no sólo derivados de la propia naturaleza del conflicto y de su variedad de agentes, sino del alto número de documentos falsos que se habían detectado.

[159] Durante el año 2004 los Servicios de esta Institución han iniciado un programa de visita a estos centros, habiéndose visitado los CAR de Alcobendas y Mislata.

podían permanecer en los centros de acogida y, en su caso, la prórroga del mismo. Se defendió en aquel momento que, ante la demora acreditada en la resolución de las peticiones de asilo, resultaba preciso buscar fórmulas para que los solicitantes pudieran obtener una autorización para trabajar, agilizándose sustancialmente la tramitación de estas autorizaciones que en aquel momento implicaba la actuación de tres organismos.

El Defensor del Pueblo mantuvo abierta una investigación con la Secretaría General de Asuntos Sociales, al objeto de profundizar en las vías para conseguir el objetivo expuesto. Como resultado de las mismas, dicha Secretaría General comunicó, en febrero de 2004, que se había sugerido a la Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración que en el Reglamento de extranjería entonces en preparación se incluyera la previsión de que, una vez transcurridos seis meses, la tarjeta de solicitante de asilo incorporara de manera automática una autorización para trabajar.

Finalmente se ha incorporado al Reglamento de extranjería una norma, la disposición adicional decimoséptima, en que se señala que los solicitantes estarán autorizados para trabajar en España una vez transcurridos seis meses desde la presentación de la solicitud, siempre que ésta hubiera sido admitida a trámite y no estuviera resuelta por causa no imputable al interesado [160].

A la vista de la norma aprobada, el Defensor del Pueblo considera que lo sustancial de su propuesta se ha visto adecuadamente reflejado en la regulación definitiva. No obstante, ha causado alguna duda la mención que se hace al cumplimiento de unos determinados requisitos. Por el análisis sistemático de la disposición adicional referida cabe entender que tales requisitos habrán de ser únicamente la admisión a trámite y el hecho de que la demora no le sea imputable al propio interesado. Por otra parte, a criterio de esta Institución, debe entenderse que la procedencia de la autorización está en conexión con el plazo transcurrido y no con el criterio que vaya formándose la Oficina de Asilo y Refugio sobre la petición de cada solicitante, ya que este criterio no ha de tener incidencia en la situación del interesado, hasta tanto se adopte una resolución en vía administrativa con arreglo al procedimiento regularmente establecido.

Concluida la tramitación del expediente se elevará a la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio. El procedimiento que ha de seguir la CIAR para adoptar una decisión viene referido en el artículo 26 del Reglamento de la Ley de asilo. La resolución corresponde en principio al Ministro del Interior, que deberá elevar el asunto a su vez al Consejo de Ministros si discrepa de la opinión de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio (art. 27.2 del Reglamento de asilo).

---

[160] La autorización para trabajar se acreditará mediante la inscripción «autoriza a trabajar» en el documento del solicitante de asilo y, si procede, en sus sucesivas renovaciones, y estará condicionada a su validez. En caso de que no proceda esta inscripción porque no se cumplan los citados requisitos, la Oficina de Asilo y Refugio hará constar tal hecho en resolución motivada y se lo notificará al interesado.

La resolución [161] deberá ser motivada y resolverá también, si así se solicitó, sobre la extensión familiar del asilo, sin perjuicio de que tal extensión pueda instarse con posterioridad si no se formuló en el momento de la solicitud de asilo o sobrevienen circunstancias nuevas.

La resolución favorable implica el reconocimiento de la condición de refugiado, al que se expedirá la documentación oportuna y se le proveerá de un título de viaje. En el caso de que la petición se formulase ante una misión diplomática se adoptarán las medidas para permitir la entrada en España del interesado. En caso de carecer de trabajo el refugiado podrá beneficiarse de los programas sociales que faciliten su integración y le permitan atender a sus necesidades y las de su familia. Su situación pasará a regirse por lo previsto en los artículos 12, 13, 15 y 16 [162] de la Ley de asilo y 32 a 35 de su Reglamento de aplicación.

En los casos, cuantitativamente los más frecuentes, en que se deniegue la solicitud, la resolución irá acompañada de una orden de salida obligatoria, que en caso de ser desatendida podrá dar lugar a la incoación de una orden de expulsión [163]. No obstante, la materialización de cualquier medida de este tipo habrá de tener en cuenta la necesidad de no poner en riesgo al solicitante, según recuerda el artículo 17.3 de la Ley de asilo, ni podrá suponer el envío a un tercer Estado que carezca de protección efectiva contra la devolución al país perseguidor.

No obstante, cabe, como ha quedado expuesto, la concesión de una autorización de permanencia en España con el carácter de protección subsidiaria o por motivos humanitarios, según dispone el artículo 31 del Reglamento de la Ley de asilo [164]. Con independencia de lo expuesto, el apartado 2 del mismo artículo

---

[161] La notificación se efectuará en los términos previstos en la legislación de procedimiento administrativo, comunicándose el sentido de la resolución a la dependencia en que se presentó la solicitud y, de existir, a la organización no gubernamental que haya asistido al interesado.

[162] Este precepto contiene una cláusula de aplicación extraordinaria que permite denegar la concesión de autorizaciones de residencia y trabajo a los refugiados, que exige la previsión de los supuestos por ley formal, previstas como cláusula de cierre, ante situaciones críticas, por causas políticas, económicas y sociales.

[163] En el caso de que en su día se hubiera suspendido una orden de expulsión a consecuencia de haberse solicitado asilo, la denegación implicará la continuación de las actuaciones.

[164] Tras la reforma efectuada por medio del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, el artículo 31 del Reglamento de la Ley de asilo, ha dejado la regulación en los siguientes términos:

«3. El Ministro del Interior, a propuesta de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, podrá autorizar la permanencia en España, conforme a lo previsto en el artículo 17.2 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, Reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado, siempre que se aprecien motivos serios y fundados para determinar que el retorno al país de origen supondría un riesgo real para la vida o la integridad física del interesado.

Dicha autorización revestirá la forma de autorización de estancia. En el plazo de un mes, contado desde la notificación de la resolución, salvo retrasos por causa justificada, el interesado deberá solicitar la autorización de residencia temporal prevista en el apartado 3 del artículo 45 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social. Una vez solicitada esta autorización, la resolución del Ministro del Interior por la que se autoriza la permanencia del interesado en España surtirá

señala que el extranjero cuya solicitud sea denegada podrá permanecer en España si reúne los requisitos necesarios con arreglo a la legislación de extranjería.

Frente a la denegación es posible presentar una solicitud de reexamen, si se dispone de nuevos elementos probatorios o se mantiene que las circunstancias determinantes para la denegación de la solicitud han desaparecido, conforme establece el artículo 9 de la Ley de asilo. El procedimiento a seguir se detalla en el artículo 38, y puede dar lugar a la apertura de un nuevo expediente si se considera que existe razón para ello, en el que se omitirán los trámites ya realizados con ocasión de la primera petición. En caso de que se estime que no concurren causas suficientes para acceder al reexamen el Director General competente ordenará el archivo de la petición. Frente a esta decisión cabe recurso administrativo ante el órgano superior.

En el ámbito judicial, frente a la denegación del asilo cabe recurso contencioso-administrativo, durante cuya pendencia, si se obtiene la suspensión judicial del acto administrativo impugnado y, por tanto, de la orden de salida, se reexpedirá al interesado la documentación de solicitante de asilo hasta tanto recaiga sentencia firme (art. 40 del Reglamento de asilo).

6.4.1.10. Expulsión del refugiado y revocación del asilo o cesación del estatuto

En la lógica de la Convención de Ginebra, la expulsión de un refugiado es un hecho de la máxima relevancia, puesto que pone en situación de riesgo

---

efectos de autorización de trabajo y permitirá, en su caso, el alta del interesado en la Seguridad Social, hasta que recaiga resolución expresa sobre la solicitud formulada. Estas circunstancias se harán constar expresamente en la propia resolución del Ministro del Interior.

4. Por razones humanitarias distintas de las señaladas en el apartado anterior, el Ministro del Interior, a propuesta de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, podrá autorizar la permanencia del interesado en España y, en su caso, recomendar la concesión de una autorización de residencia conforme a lo previsto en el apartado 3 del artículo 45 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, siempre y cuando la concurrencia de dichas razones humanitarias quede acreditada en el expediente de solicitud de asilo. Dicha autorización de permanencia revestirá la forma de autorización de estancia.

5. Si a la finalización de la autorización de estancia o residencia concedida mantuvieran su vigencia los motivos que la justificaron, el interesado podrá instar, según proceda, la renovación de la autorización de estancia o de residencia temporal. Cuando proceda y, en todo caso, en los supuestos del apartado 3 de este artículo, la autoridad competente para ello solicitará informe a la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio sobre dicha vigencia. Transcurridos tres meses desde la fecha de solicitud de renovación sin que haya recaído resolución expresa, se entenderá concedida la renovación por silencio positivo.

Alternativamente, y siempre que cumpla los requisitos establecidos a este efecto, a excepción del visado, el interesado podrá obtener una autorización de residencia y trabajo, de la duración que corresponda en función del tiempo que haya residido y, en su caso, trabajado legalmente en España».

potencial a una persona cuyo estatuto pretende precisamente la inmunidad frente a la persecución. Por esta razón el artículo 32 de la Convención circunscribe la posibilidad de proceder a la expulsión a la existencia de razones de seguridad nacional o de orden público.

La decisión se rodea de un especial régimen de garantías a fin de permitirle al refugiado la presentación de pruebas exculpatorias —lo que es un indicio de que se está pensando en que la expulsión sólo es posible cuando exista una participación directa del interesado en hechos o actividades que hayan podido perjudicar la seguridad nacional o menoscabar el orden público— y formular los recursos oportunos.

En desarrollo de esta previsión, el artículo 19 de la Ley de asilo prevé que una vez presentado el recurso procedente, si estos se ejercitan en el plazo de diez días desde la notificación de la resolución, la misma quedará en suspenso hasta su resolución, sin perjuicio de las medidas de seguridad que puedan adoptarse.

Como quiera que la expulsión no afecta a la condición de refugiado, la Convención y la ley española prevén que se concederá al interesado un plazo razonable para buscar la admisión legal en otro país. La expresión «un plazo razonable» deja abierta la cuestión, aunque en la práctica hay que pensar que el refugiado contará con la asistencia del ACNUR para esa labor, por lo que el término de plazo estará en función de las dificultades objetivas que puedan existir para lograr el reasentamiento.

La revocación del estatuto de refugiado, que con arreglo al artículo 20 de la Ley de asilo, puede tener carácter total o parcial, procederá en los casos en los que el asilo se haya obtenido mediante datos, documentos o declaraciones que sean falsos y hubieran sido determinantes para la concesión, así como si el interesado incurre en alguna causa prevista en los convenios internacionales ratificados por España para la privación de la condición de refugiado. En cualquiera de los dos casos, por razones humanitarias o de interés público, podrá autorizarse la permanencia en España del interesado, en el marco de la legislación de extranjería. A este respecto ha de tenerse en consideración que la revocación del estatuto no podrá suponer un incumplimiento del artículo 33 de la Convención, en relación con el principio de *non refoulement*, salvo que se aprecien las razones extraordinarias (suponer un peligro para la seguridad del país de acogida o haber cometido un delito muy grave) establecidas en el párrafo segundo del mismo precepto.

Por último, el artículo 37 de la Ley establece los casos en que el estatuto cesará sus efectos de forma automática: por obtención de la nacionalidad española, cuando el refugiado se acoja de nuevo voluntariamente a la protección del país de su nacionalidad, o cuando se produzca la transferencia de responsabilidad a otro Estado. Junto a estas causas automáticas se establece también un procedimiento para los casos en que se haya producido un cambio fundamental en el país de origen que haga innecesaria la continuidad de la protección. La

decisión corresponde a la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio [165], oído el representante en España del ACNUR. El acuerdo tendrá efecto individual en el momento de la renovación de la documentación por parte de cada refugiado [166], debiendo dársele un plazo a los interesados para formular las alegaciones que tengan por convenientes.

Aquellos refugiados afectados por una decisión de cesación del estatuto por cambio de las circunstancias podrán ser autorizados a continuar su residencia en España, con arreglo a la normativa de extranjería, si alegan una justificación razonable.

6.4.2. Procedimiento de protección temporal

A diferencia del procedimiento de asilo que se ha venido exponiendo, el llamado procedimiento de protección temporal es de muy reciente incorporación a nuestro ordenamiento interno, con lo que la falta de experiencia [167] aboca a un sucinto comentario sobre las previsiones reglamentarias contenidas en el Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre.

Según ya ha quedado expuesto, la aplicación de este régimen es extraordinaria en relación con el sistema de asilo y requiere de una decisión del Consejo de la Unión Europea o del Consejo de Ministros que declare su alcance y duración. La primera fase del procedimiento prevé una serie de actuaciones de la Administración, entre las que se encuentra la formación de un censo de afectados, bien a través de la inscripción que deberá efectuar la Oficina de Asilo y Refugio en aquellos supuestos de emergencia previstos en el artículo 8, o a través de los visados, salvoconductos o autorizaciones de entrada que se expidan en los casos de evacuación (art. 9).

Hecha la declaración general de protección temporal, que lógicamente debe incluir los grupos concretos a los que les resulta de aplicación, los interesados [168] han de efectuar una solicitud que se tramitará por la Oficina de Asilo y

---

[165] Resulta curioso que siendo la decisión sobre la concesión responsabilidad del Ministro del Interior e incluso, en situaciones extraordinarias, del Consejo de Ministros, la cesación de ese estatuto por una situación que afecta al núcleo central de la protección que supone el asilo se encomienda a un órgano que no tiene capacidad jurídica para el reconocimiento, sino tan sólo para elevar una propuesta.

[166] De acuerdo con el artículo 72.2 *f)* del Reglamento de la Ley de extranjería los refugiados tienen derecho a una autorización de residencia permanente. La renovación de la tarjeta de residencia permanente deberá hacerse cada cinco años (art. 74.1 del Reglamento de extranjería).

[167] Existen, no obstante, algunos antecedentes recientes como la protección dispensada a desplazados que huían de los conflictos en Kosovo.

[168] El artículo 11.2 del Reglamento de protección temporal indica que el Ministro del Interior podrá extender el disfrute de este régimen a personas desplazadas por las mismas razones y que procedan del mismo país o región de origen que las cubiertas por la declaración general. Cabe entender que esta extensión se hará de forma individualizada y como resultado de una petición de los interesados.

Refugio y que deberá ser resuelta individualmente y en forma motivada (art. 11.1 del Reglamento de protección temporal). En atención a que el sistema de protección temporal pretende el aseguramiento de la libertad y la seguridad de las personas frente a un peligro generalizado, no se exige en la norma la acreditación de ningún temor o peligro cierto o probable. Se trata, pues, de un régimen objetivo, cuyas únicas causas de denegación se basan en la falta de encuadramiento en la definición que haga la Declaración general o en responsabilidades personales del interesado [169], ajenas en principio a la actuación o inhibición de los agentes estatales y de terceras personas. Por esta razón una vez reconocido el estatuto de protección temporal, se permite a los interesados formular una solicitud de asilo, ya que no existe conexión material entre una y otra razón para otorgar protección.

Los beneficiarios de este régimen podrán, conforme establecen los artículos 14 a 18, circular libremente por el territorio español [170] y residir en él, a cuyo efecto se les concederá un permiso de residencia al amparo, actualmente, del artículo 45.3 del Reglamento de extranjería. Dicho permiso tendrá una duración de un año y su renovación requerirá de informe de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio en relación con la continuidad del régimen de protección. También se les facilitará un título de viaje si no disponen de pasaporte o título de viaje expedido por el país de su nacionalidad.

Los beneficiarios de protección temporal podrán acceder a los servicios sociales y sanitarios de acuerdo con la normativa de asilo, si no disponen de recursos suficientes, en particular si presentan necesidades especiales de las contempladas en el artículo 15 del Reglamento de la Ley de asilo (art. 20). El artículo 19 establece que se otorgará una autorización administrativa para trabajar a los beneficiarios que presenten una oferta de trabajo sin someterla a con-

---

[169] En consecuencia, cabe denegar el estatuto de protección temporal en los siguientes supuestos recogidos en el artículo 12.1 del Reglamento cuando existan motivos justificados para considerar que la persona en cuestión:

1.º Ha cometido un delito contra la paz, un crimen de guerra o un crimen contra la humanidad, según se definen en los instrumentos internacionales elaborados para responder a tales crímenes.

2.º Ha cometido un grave delito común fuera del Estado español antes de su admisión en éste como beneficiaria de protección temporal. La gravedad de la persecución que cabe esperar debe considerarse en relación con la naturaleza del delito presuntamente cometido por el interesado. Las acciones especialmente crueles, incluso si se han cometido con un objetivo pretendidamente político, podrán ser calificadas como delitos comunes graves. Esto es válido tanto para los participantes en el delito como para los instigadores de éste.

3.º Se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas.

Cuando existan razones fundadas para considerar que la persona en cuestión representa un peligro para la seguridad nacional o cuando, por haber sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza al orden público.

El artículo 12.2 del Reglamento indica que la apreciación de los motivos de denegación se basará en el comportamiento de la persona y respetará el principio de proporcionalidad.

[170] La norma prevé la posibilidad de establecer medidas cautelares por razones de seguridad pública.

sulta de la situación nacional de empleo. El nuevo Reglamento de extranjería ha detallado de forma más precisa el procedimiento que resulta de aplicación en estos casos, en el artículo 45.7, determinando que la solicitud se podrá presentar al tiempo de la autorización de residencia y limitando los elementos a acreditar a su grado mínimo [171].

También se prevé un régimen específico de reagrupación familiar que, a tenor del artículo 21 del Reglamento, se concederá a los familiares del beneficiario de protección temporal una vez que éste se encuentre en España [172]. Para ello será necesario que la familia estuviera ya constituida en el país de origen y la separación se debiera a las causas que determinaron la aplicación de este régimen. Entre los reagrupables se señala al cónyuge o a la persona ligada por una análoga relación de afectividad y convivencia; a los hijos menores del beneficiario y los del cónyuge; y a los ascendientes del beneficiario que fueran dependientes total o parcialmente de él, siempre que conviviesen juntos y formasen parte de la unidad familiar en el momento en que se produjeron los acontecimientos que han dado lugar a la aplicación temporal.

El capítulo V del Reglamento de protección temporal se ocupa de regular las diversas figuras que suponen, por uno u otro motivo, la extinción de este régimen.

La primera posibilidad que se contempla, en el artículo 23, es la finalización del régimen de protección temporal por la expiración del plazo de vigencia o por acuerdo en tal sentido del Consejo de Ministros. La expiración tendrá efectos en el momento de la renovación de la documentación de residencia. En el primero de los supuestos, si se mantuvieran vigentes las circunstancias, los beneficiarios podrán acogerse a la protección subsidiaria contemplada en el artículo 17.2 de la Ley de asilo, para lo que deberán formular una solicitud personal ante cualquiera de las dependencias habilitadas en el artículo 4.1 del Reglamento de la Ley de asilo. También se prevé, para cualquiera de los supuestos de extinción, que cabrá autorizar la residencia de los interesados con arreglo a la normativa general de extranjería cuando éstos aleguen justa causa para permanecer en España.

El cese de los beneficios, regulado en el artículo 24 del Reglamento de protección temporal, se producirá de forma automática, por el transcurso del plazo previsto en la declaración de protección temporal y de sus eventuales prórrogas, por la obtención de la nacionalidad española, por regreso voluntario del benefi-

---

[171] Se deberá acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en las letras *b)* a *e)* del artículo 50, que, además, en lo referente a la solvencia técnica y económica de la empresa se limitará a la verificación de alta en Seguridad Social y en el pago de las obligaciones tributarias.

[172] En el caso de que los miembros de la familia se hallen en diversos Estados de la Unión Europea a consecuencia de las circunstancias que dieron lugar a la declaración de protección temporal, la OAR efectuará las gestiones oportunas para lograr la reunificación familiar, en cooperación con las autoridades responsables de los demás Estados y con las organizaciones internacionales pertinentes (del 21.4 Reglamento de protección temporal).

ciario a su lugar de procedencia [173], por renuncia expresa del beneficiario, o cuando se produzca el traslado al territorio de otro estado miembro por reagrupación familiar. El punto segundo permite que el Ministro del Interior declare el cese de la protección de manera individual cuando se aprecie renuncia tácita del interesado a los beneficios de la protección. Se entenderá que concurre esta circunstancia cuando habiendo sido citado el interesado para comparecer para la realización de algún trámite indispensable no se verifique dicha comparencia en el plazo de cuarenta y cinco días desde el requerimiento, sin que se acredite una justa causa que haya impedido atenderlo.

La revocación se prevé en el artículo 25 por las mismas causas establecidas para la revocación del estatuto de refugiado.

El postrero artículo 26 del Reglamento que se viene comentando señala la conveniencia de que los ministerios competentes coordinen sus actuaciones para posibilitar el regreso voluntario de las personas beneficiarias de protección temporal o de aquellos cuyo régimen de protección haya llegado a su fin.

6.5. Cuestiones necesitadas de especial análisis

6.5.1. Evolución y actualidad del modelo de asistencia jurídica a los solicitantes de asilo en España

La Ley española de asilo, en su redacción original de 1984, no hacía mención alguna a la asistencia letrada. En la jornada de trabajo que se mantuvo con representantes de los órganos administrativos competentes en asuntos de extranjería y asilo, se explicó la génesis de este sistema, vinculándolo al hecho de que en un primer momento la petición de asilo había de formularse por escrito, como una más de las tantas que pueden presentarse ante los órganos administrativos, sin que habitualmente mediara una entrevista con ningún funcionario más que en casos excepcionales. En esa lógica, se entendió que un ciudadano extranjero podía tener graves dificultades para expresar su situación de una manera adecuada sin ayuda y se fomentó la participación de las entidades sociales por la vía de las subvenciones [174].

Una vez cumplimentado este trámite las entidades sociales de apoyo a los refugiados podían dirigirse a la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, en virtud del interés legítimo que se les reconocía a la vista de sus objetivos

[173] Deberá manifestar esta voluntariedad ante la autoridad gubernativa correspondiente.

[174] En la explicación ofrecida en la jornada a la que se ha aludido se abundaba en esta idea, manifestando que la principal pretensión era ayudar al interesado a comunicarse con la Administración española, que exigía la presentación de la solicitud por escrito redactado en español, idioma que muchos de los solicitantes no conocían y en el que menos aún podrían expresarse por escrito con una mínima soltura.

sociales específicos, para formular alegaciones o presentar informes de apoyo a determinados casos. No se exigía que tal relación tuviera que ser realizada preceptivamente por letrados.

El cambio del sistema que supuso en su momento la creación de la Oficina de Asilo y Refugio y la atribución a ésta de las competencias de instrucción de los expedientes, que anteriormente venía realizando la Comisaría General de Extranjería y Documentación, no supuso en este punto, en opinión de la Administración, ningún cambio inmediato, ni legal ni práctico, sobre la situación descrita [175].

Con ocasión de la modificación de la Ley de asilo, por medio de la Ley 9/1994, de 19 de mayo, se dio carta de naturaleza a la actuación de los letrados en el procedimiento. Según mantuvieron los representantes de la Administración, con ello se pretendió asegurar una profesionalidad de la asistencia prestada a los solicitantes de asilo, que seguía considerándose necesaria. En consecuencia se introdujo en el artículo 4 de la Ley, que regula la presentación de la solicitud, la asistencia letrada para los extranjeros que pretendan solicitar asilo y se encuentren en territorio español. En desarrollo del mencionado precepto los artículos 8.4, con carácter general, y 19.2, específicamente para el procedimiento de inadmisión en frontera, del Reglamento de la Ley de asilo, recuerdan la posibilidad de solicitar dicha asistencia.

Esta previsión fue reforzada a través de la introducción del mismo principio en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita. En el artículo 2 *f)* se establece que sus disposiciones resultarán también de aplicación a los ciudadanos extranjeros que acrediten insuficiencias de recursos a la asistencia letrada en la vía administrativa para la tramitación del asilo y a la defensa y representación gratuita en los procesos que eventualmente pudieran derivarse de aquella. En el marco de esta ley, como ya se ha indicado en otros capítulos del presente informe, el modelo de prestación de servicios es exclusivamente colegial y está fundamentalmente centrado en la actuación letrada en los procesos judiciales.

El último hito en ese itinerario legislativo fue la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, que al tratar la cuestión de la asistencia jurídica gratuita reiteraba que la misma se prestaría a los extranjeros que se hallaren en España y que carecieran de medios económicos en todos los procedimientos y procesos en materia de asilo (art. 22.1).

---

[175] Según se mantuvo en la reunión, en aquel momento y a pesar de que el sistema se varió y se introdujo la realización de una entrevista semiestructurada entre el solicitante y un instructor, para mejorar la calidad de la información inicial aportada al expediente, los letrados de las entidades no gubernamentales que se ocupaban de estos asuntos no manifestaban habitualmente interés por asistir a la entrevista inicial, comenzando en muchos casos el primer contacto entre el solicitante y la entidad con posterioridad a la realización de la entrevista. Los abogados, siempre según la información proporcionada por la Administración, centraban sus esfuerzos en efectuar un seguimiento del expediente y ver cómo podían completarse sus lagunas y carencias.

La evolución del sistema de asistencia jurídica a los solicitantes de asilo ha llevado a que, en la práctica, se mantenga en este ámbito un sistema dual. De una parte los solicitantes pueden requerir los servicios profesionales de los letrados adscritos a los turnos correspondientes de los diferentes colegios de abogados. Dichos servicios son justificados por los colegios respectivos y abonados por las Administraciones competentes para el pago de los mismos, la Administración General del Estado y las diferentes autonomías que tienen transferidas las competencias sobre administración de la Administración de justicia. De otra, quienes piden asilo pueden también acudir a las entidades sociales, algunas de las cuales reciben fondos públicos para prestar asistencia jurídica a estas personas.

En concreto, y a reserva de que alguna autonomía mantenga también programas con entidades sociales presentes en su territorio que prevean la prestación de asistencia jurídica a solicitantes de asilo, según los datos facilitados en su día por el IMSERSO como contribución a la preparación de este informe, existe una vía específica, articulada a través de órdenes comunicadas, por la que varias organizaciones reciben una subvención para la asistencia jurídica a solicitantes de asilo [176].

La situación resultante no deja de plantear evidentes zonas de sombra. El asilo supone en la práctica un capítulo cuantitativamente menor dentro del gran sistema de asistencia jurídica que se ha desarrollado en España en relación con los ciudadanos extranjeros. Gran parte de las tareas de asistencia jurídica son realizadas por las entidades no gubernamentales cuyo objeto social es, al menos en parte, la atención a los solicitantes de asilo. A ello contribuyen múltiples factores, entre los que, sin ánimo exhaustivo, pueden citarse, la concentración de solicitudes en puntos muy concretos del territorio nacional; el hecho de que a una persona que desea orientación sobre el asilo le resulta más fácil plantearse la necesidad de buscar el apoyo de una organización no gubernamental que se dedique a este asunto, que informarse sobre cómo acceder a un letrado del turno colegial correspondiente; la falta de una formación específica en materia de asilo de una buena parte de los letrados que puede propiciar deficiencias en la detección de casos que requerirían protección; la inexistencia de turnos especializados en esta cuestión; o la escasez de letrados ajenos a las entidades sociales que se dediquen prioritariamente a este campo.

De hecho, de todos los colegios a los que esta Institución se dirigió en solicitud de informe, tan solo el Colegio de Abogados de Madrid tenía prevista una asistencia específica en materia de asilo. Esta especificidad se concreta en la existencia de una guardia especializada en materia de asilo, atendida diariamen-

[176] En el año 2003, en el que se emitió el informe, el presupuesto para este concepto ascendía a 177.095 €. Independientemente y con cargo a la partida de fondos provenientes del 0,52 por 100 del IRPF que puede destinarse a proyectos de interés social, se financiaba también una red de información y orientación para extranjeros, que puede proporcionar asesoramiento genérico en materias de extranjería y asilo, pero cuya misión no es propiamente la asistencia jurídica en la vía administrativa o judicial.

te por dos letrados del Turno de Extranjería y Refugio [177] que atienden los requerimientos de asistencia que se efectúan desde el puesto fronterizo de Madrid-Barajas o desde la Oficina de Asilo y Refugio.

Debe recordarse que Madrid constituye el primer lugar de presentación de solicitudes y que, como consecuencia de que la jurisdicción sobre el asilo está concentrada en la Audiencia Nacional, recibe también peticiones de designación de letrado para ejercitar acciones ante ese órgano jurisdiccional provenientes de toda España. Aunque el informe del Colegio no precisa el número de asistencias en materia de asilo, sí desagrega las designaciones efectuadas para esta materia por el turno de oficio. El número total de éstas en 2003 fue de 2.116 [178].

Fuera de este caso las cifras son, cuando existen, mucho más modestas. En el segundo punto de entrada de solicitantes en los dos últimos años, la ciudad autónoma de Ceuta, el Colegio de Abogados manifestó en su informe que disponían sólo de datos parciales correspondientes a los tres últimos trimestres del año 2003, que indicaban la realización de 121 asistencias en expedientes de asilo. Sin embargo en ese mismo año se registraron 1.507 solicitudes en la Oficina de Extranjeros de la ciudad. El informe del Colegio trasladaba también la impresión de que eran muy pocos los extranjeros que solicitaban asistencia letrada para este procedimiento mientras que, sin embargo, sí se registraban muchas visitas de solicitantes de asilo para tramitar el beneficio de justicia gratuita en Madrid, al objeto de recurrir la inadmisión a trámite o la denegación de su solicitud.

Colegios en cuyo territorio las estadísticas oficiales registran varias decenas de casos de asilo por año, como los de Barcelona [179], Las Palmas [180] y Cádiz [181], constatan en sus informes que el número de peticiones de asistencia que reciben es muy bajo. Otros colegios directamente señalan que los solicitantes de asilo acuden casi de manera exclusiva a los servicios jurídicos de las entidades no gubernamentales o, incluso, omiten cualquier mención al tema en sus informes.

Cabe preguntarse si la situación descrita, fruto como se ve de una conformación progresiva y poco sistemática, resulta la más idónea para conseguir el doble objetivo de asegurar una asistencia de calidad adaptada a las necesidades

---

[177] Según manifestaba el informe del Colegio de Madrid a este turno estaban adscritos en el momento de la emisión del informe 341 letrados, habiéndose producido un incremento anual de los integrantes de un 42 por 100.

[178] El año anterior se registraron 1.867 designaciones y en 2001 se alcanzaron 2.813.

[179] Se tramitan anualmente alrededor del 3 por 100 de las solicitudes.

[180] En 2003 se registraron 149 solicitudes en esa provincia. La provincia cuenta con dos Colegios, el de Las Palmas y el de Lanzarote. Según el informe de la Delegación en España del ACNUR, la mayor parte de ellos se presentan en la capital de la provincia, una vez que los interesados son liberados de los centros de detención de Fuerteventura y Lanzarote y suelen estar asistidos por CEAR.

[181] Los datos oficiales reflejan 49 solicitudes en el año 2003. El informe del Colegio de Cádiz indica lo siguiente: «Asistencia letrada en casos de asilo.—No es significativo este supuesto en el territorio de este Colegio, no conociéndose ningún caso».

de los solicitantes de asilo y, al tiempo, procurar una gestión eficiente de los recursos públicos. Ahora bien, antes de abordar una reflexión sobre ese tema central parece más oportuno realizar un análisis más detallado de lo que es y debe ser la asistencia letrada a lo largo de las distintas fases del procedimiento, de modo que pueda tenerse una visión de conjunto.

6.5.2. Temas comunes en la fase de admisión a trámite

6.5.2.1. Dificultades para el acceso a una orientación jurídica preliminar

Ya se dijo en su momento que la normativa española exige que la solicitud de asilo se presente por medio de una comparecencia personal del interesado ante unos determinados organismos de la Administración. Como es lógico, la normativa no prevé nada sobre el proceso previo a la presentación de la solicitud y, sin embargo, la experiencia dicta que la formulación de una solicitud de este tipo no es factible sin una labor previa de orientación y detección de eventuales necesidades de protección.

Ha de repararse en que, con arreglo a la actual configuración jurídica del asilo y de la protección subsidiaria o por razones humanitarias, son muy diversas las situaciones fácticas susceptibles de aconsejar la presentación de una solicitud de asilo a fin de que la Administración pueda evaluar las razones aducidas para conceder el estatuto de refugiado o autorizar la permanencia en España bajo otras formas de protección. Este entramado de normas no es precisamente fácil de asimilar y menos aún para personas que pueden tener dificultades de comprensión por el desconocimiento de nuestra lengua.

El problema tiene alcance general y requiere un cambio en la forma de concebir la actuación de los servicios de orientación jurídica y otros recursos de naturaleza semejante, pero resulta especialmente preocupante en determinados supuestos en los que se da una actuación de la Administración pública que limita la libertad de movimiento del interesado. En el informe emitido por la Delegación en España del ACNUR se alude a una serie de situaciones en las que se han apreciado dificultades para que personas con eventuales necesidades de protección puedan entrar en contacto con un asesor jurídico que les oriente y aconseje.

En concreto se refería a la situación de ciertos puntos de entrada de inmigrantes, como Fuerteventura, Lanzarote, Tarifa o Algeciras, en los que a los extranjeros que intentan acceder a territorio español y son detectados, se les incoan los procedimientos correspondientes y pasan a estar internados, si es que no se puede proceder a su devolución con carácter inmediato. Esa Delegación ponía el acento en el hecho de que en los centros en los que se producía el internamiento no se había establecido la presencia de asistentes sociales y que los letrados no podían entrar en ellos si no eran requeridos por los propios interna-

dos (por ejemplo, en el Centro de Detención de Fuerteventura). En estas condiciones se expresaban dudas sobre las posibilidades que tienen muchas de estas personas para obtener una información que puede resultarles vital y reclamar protección.

El Defensor del Pueblo debe coincidir sustancialmente en ese análisis ya que, con motivo de las visitas que efectúa periódicamente a los centros de internamiento y otros lugares de detención, viene observando la continuada falta de trabajadores sociales. De hecho, según se ha indicado repetidamente en los sucesivos informes anuales, este es un servicio básico para los centros de esta naturaleza, cuya existencia está prevista en la normativa que los regula, y que, no obstante, no acaban de estar presentes con carácter permanente.

Debe coincidirse asimismo en la importante labor que estos profesionales pueden desarrollar en la detección de personas necesitadas de algún tipo de protección; aunque para que esa labor sea más efectiva resultará necesario que reciban una formación específica en este campo. También ha de asegurarse por los medios adecuados, plasmándose incluso en la normativa de desarrollo, la garantía de que estos profesionales actúen en el desarrollo de sus labores profesionales en interés de sus asistidos y con plena autonomía técnica de la dirección del centro en el que presten sus servicios.

Otra opción asumible, también planteada por la Delegación en España del ACNUR en su contribución al presente informe, sería la de asegurar la presencia regular en los centros de internamiento o detención de representantes de las organizaciones no gubernamentales, al menos de las que reciben fondos públicos para la prestación de la asistencia jurídica a solicitantes de asilo.

6.5.2.2. Información que se facilita al peticionario sobre el procedimiento

Otra cuestión que también debe ser replanteada es el sistema para facilitar la información a los solicitantes de asilo. Como ya se ha analizado en el epígrafe dedicado al procedimiento, la normativa establece una vía de publicidad formal en el artículo 5 del Reglamento de aplicación de la Ley de asilo, articulada a través de un folleto con información útil para estas personas.

Ya se han efectuado algunas valoraciones sobre la eficacia de dicho folleto. Ahora bien, cabe preguntarse cuál es la finalidad del mismo y la respuesta es que este folleto parece principalmente concebido para aquellas personas que ya han solicitado asilo. Así se deduce de la lectura del párrafo primero del artículo 5.1 del Reglamento de aplicación de la Ley de asilo, en función de las dependencias en las que se prevé que el folleto en cuestión esté disponible, así como por la redacción misma del precepto, que dispone que su entrega se haga «en el momento de formular la solicitud con el fin de que entren en contacto con las organizaciones que estimen oportunas».

La norma asume en este punto un criterio rigurosamente formalista. La entrega del folleto parece estar concebida para que el interesado disponga de información escrita —otra cosa será si le resulta o no comprensible en función de su nivel cultural— una vez que ha formalizado su solicitud; esto es, una vez que se le atribuye por la Administración la condición de solicitante de asilo.

A esa lógica responde el hecho de que el folleto se entregue tras la entrevista y que, incluso, como se puso de manifiesto en la jornada de trabajo desarrollada con entidades no gubernamentales que trabajan en el ámbito de la extranjería y el asilo, la diligencia de información de derechos al peticionario de asilo se cumplimente en algunos casos una vez que ya se ha efectuado la entrevista para completar el formulario y no antes, como parecería lo más razonable.

En esta situación el Defensor del Pueblo no puede sentirse satisfecho con las prácticas que se siguen, ya que considera que la primera necesidad a la que debe atenderse es que el protagonista de este procedimiento sepa, antes de iniciar los trámites, qué va a ocurrir, quiénes son las personas que van a tomar parte en el mismo, cuáles son sus cometidos y funciones y qué puede esperar de ellos. Esto es siempre necesario, pero resulta tanto más relevante cuanto que la existencia de un procedimiento de inadmisión a trámite obliga a concentrar, en un tiempo que a veces es muy escaso, una notable cantidad de esfuerzos para reunir la información más relevante y presentarla a la consideración de la Administración.

Nada de esto está previsto en las normas y, nuevamente, la labor del abogado resulta aquí vital. La Administración debe, desde luego, tomar la iniciativa en cuanto a facilitar una información suficientemente indicativa, que contribuya a generar una sensación de seguridad y confianza en el peticionario. Desde esa óptica, constituye una buena práctica que la persona que actúe como instructor realice algunas aclaraciones y explicaciones al comienzo de la entrevista. Sin embargo esas explicaciones no pueden suplir, en opinión de esta Institución, el relevante papel que deben asumir los letrados en este punto.

En efecto, los letrados, como técnicos a los que se encomienda la asistencia jurídica de los solicitantes, deben desarrollar con carácter previo a la entrevista una labor dirigida principalmente a los siguientes ámbitos:

— Explicación asequible para el nivel cultural del solicitante sobre el carácter del procedimiento y el desarrollo del mismo.
— Explicación sobre el papel de cada una de las personas que intervienen en el proceso y, muy especialmente, sobre el carácter independiente de su actuación como letrado.
— Facilitar datos sobre su identificación, medios de localización y el carácter gratuito de sus servicios.

Esta Institución es consciente de que la puesta en práctica de las medidas que reclama puede precisar de un cambio en los procedimientos operativos de actuación en muchas oficinas, especialmente en cuanto a la forma y plazos de convocar a los letrados e iniciar las entrevistas, pero considera que las prácticas

administrativas deben estar al servicio de las garantías que el ordenamiento establece y no al revés.

6.5.2.3. Disponibilidad de intérpretes

La normativa establece que los ciudadanos que pretendan solicitar asilo tendrán derecho a intérprete. La genérica mención que hace el artículo 4.1 de la Ley de asilo, se ve desarrollada en el artículo 8.4 en términos extensivos, perfectamente acordes con la naturaleza de este procedimiento. A tenor de lo que se dispone en este último precepto «los solicitantes de asilo que se encuentren en territorio nacional tendrán derecho a intérprete (...) para la formalización de su solicitud y durante todo el procedimiento».

En consecuencia, no cabe duda de que una persona que no hable o comprenda la lengua española deberá ser asistida de intérprete en la realización de los diferentes trámites. Ahora bien, hay que plantearse que si es necesaria la presencia de intérprete para el procedimiento también lo será frecuentemente para que el letrado y su asistido entren en contacto de manera reservada y pueda producirse el intercambio de información necesario para una buena defensa.

Ante esta evidencia es preciso determinar a quién debe corresponder la carga de disponer los servicios de interpretación necesarios. La Institución se ocupa en la parte tercera del presente informe de analizar este asunto de manera específica, mas por las peculiaridades que presenta el asilo, resulta conveniente ofrecer a continuación las pautas que se consideran más apropiadas:

— Los letrados deben procurar, en la medida de lo posible, informarse con carácter previo a la realización de la asistencia sobre si previsiblemente será necesario el empleo de intérpretes.
— Parece necesario que los servicios de asistencia jurídica prestados a través de los colegios o de entidades no gubernamentales prevean la necesidad de disponer de intérpretes que asistan a los abogados en sus funciones.
— En los casos en los que el solicitante se encuentre en instalaciones fronterizas o privado de libertad, esta Institución considera que los servicios de interpretación deben facilitarlos la Administración.
— Para los casos en los que la asistencia se produzca con el extranjero en libertad deambulatoria y por alguna razón acreditada no resulte posible disponer de un intérprete facilitado por el propio sistema de asistencia jurídica, la Administración debería facilitar la colaboración para que los abogados y sus asistidos puedan entenderse.
— Con carácter general la Administración y, en todo caso, el letrado deberán velar por el hecho de que los servicios de interpretación cumplan su función con probidad. A tal efecto procurarán que no tomen parte en un procedimiento personas que por su origen nacional, pertenencia a un

determinado grupo étnico u otras circunstancias personales puedan inducir a desconfianza al solicitante.

Pasando ya a la actuación de los intérpretes en los actos del procedimiento, el Defensor del Pueblo también tuvo ocasión de analizar con motivo de una de sus investigaciones en esta materia, la práctica seguida en algún momento por funcionarios de la Oficina de Asilo y Refugio de entrevistar a los peticionarios en su idioma.

La Institución no consideró que esta práctica fuera incorrecta. Según se señaló en su momento, y figura en el correspondiente Informe anual, el derecho a intérprete tiene un carácter marcadamente instrumental y sujeto al criterio de necesidad. De hecho, si el interesado habla el español su testimonio no precisará de la actuación de intérprete y el instructor se encargará de recoger directamente las manifestaciones que aquel efectúe. En el mismo sentido si el instructor cuenta con un conocimiento suficiente de la lengua en la que se expresa el solicitante de asilo parece razonable pensar que pueda entrevistarlo directamente. Incluso cabe admitir que una interlocución más directa permitirá al instructor calibrar de manera más exacta las respuestas ofrecidas por el solicitante, sin las pérdidas y limitaciones que una traducción sucesiva comporta forzosamente.

Ahora bien, la admisibilidad de esta práctica tiene una importante salvedad, puesto que cuando el interesado esté asistido por un letrado, si éste no conoce el idioma en el que se expresa su defendido, resultará inexcusable que el trámite se desarrolle en español y se recurra a la oportuna interpretación.

6.5.2.4. Presencia y actuación letrada en la entrevista de solicitud de asilo

La postura que la Administración ha transmitido a esta Institución durante el proceso de preparación del presente informe insistía en que la presencia letrada no constituía una necesidad en este acto inicial del procedimiento y, más bien, debería ir encaminada a la tramitación posterior. En su criterio, la actuación del letrado tendría que estar más centrada al asesoramiento posterior al acto de formulación de la solicitud y a un estudio de lo dicho por su asistido y del conjunto de los elementos obrantes en la solicitud, que puede realizarse mediante la vista del expediente [182].

Sin embargo, el Defensor del Pueblo no puede estar de acuerdo con esta tesis. Como primer argumento hay que considerar que el artículo 8, apartado 4, del Reglamento de aplicación de la Ley de asilo, afirma claramente el criterio

[182] La explicación parte aquí, a lo que parece, de una premisa cuantitativa y es que alrededor del 50 por 100 de las solicitudes por ambos procedimientos se presentan en Madrid.

de que la asistencia letrada alcanzará al momento de la «formalización de la solicitud de asilo» [183] y, en nuestro Derecho y en nuestra práctica administrativa, ese momento no es otro que el de la realización de la entrevista que responde al cuestionario preparado al efecto por la Oficina de Asilo y Refugio, al que alude el apartado tercero del precepto citado.

Existe también otro argumento derivado de la actual configuración del procedimiento, puesto que la admisión a trámite convierte de hecho la entrevista en un acto trascendental, del que depende en gran medida la suerte del solicitante.

Al propio tiempo, no debe ocultarse que, en caso de inasistencia del letrado a la entrevista, en muchos supuestos va a existir una dificultad real para que la asistencia jurídica que preconiza nuestro ordenamiento pueda suponer una garantía efectiva. En concreto ha de repararse en el hecho de que, una vez formalizadas las solicitudes —ya sea por el procedimiento en frontera o en territorio— la instrucción y propuesta de resolución corresponde a un órgano centralizado: la Oficina de Asilo y Refugio, cuya única sede se encuentra en Madrid. En esta situación la vista del expediente, si quiere ser verdaderamente tal, esto es, comprender el conjunto de actuaciones, datos y documentos que puedan figurar en el mismo, ha de hacerse ante ese órgano. Y aquí surgen distintos problemas para la labor de los letrados, por motivos de distancia [184], de imposibilidad de desatender otras obligaciones y de celeridad.

La inasistencia del letrado a la entrevista le priva de un primer elemento de juicio que le permite centrar la naturaleza de las cuestiones que pueden ser objeto de debate o estar necesitadas de elementos adicionales de apoyo. Esa inasistencia impide igualmente al letrado formarse un criterio exacto sobre las condiciones materiales en las que se desarrolló la entrevista, así como llegar a un juicio de convicción sobre la situación anímica de su cliente, su credibilidad y la verosimilitud de su relato. Elementos todos que tienen gran relevancia para la adecuada defensa de los derechos del solicitante en un procedimiento con una carga tal de subjetividad como es el de admisión a trámite en el asilo.

Una consecuencia natural de la postura de la Administración a la que se viene aludiendo, ha sido el criterio de que si el interesado hacía uso de su derecho a reclamar la asistencia letrada, se fijaba una hora para la entrevista y, en caso de incomparecencia del letrado, se intentaba proceder a su realización.

Esta práctica fue objeto de investigación por parte del Defensor del Pueblo en el año 2003 y, en atención al análisis realizado, que luego se vio confirmado por las explicaciones ofrecidas en la jornada de trabajo con representantes de órganos administrativos competentes en las materias que se abordan en el pre-

---

[183] El artículo 19.2 del Reglamento remite a este precepto para establecer los términos en los que se deberán prestar las asistencias letradas y de intérprete en el procedimiento en frontera.

[184] Se argüirá que el letrado puede solicitar la vista del expediente en la correspondiente Delegación del Gobierno, pero la tramitación de esa solicitud no será habitualmente todo lo ágil que cabría esperar, por lo que se puede producir una situación de desconocimiento sustancial del expediente en torno al cual ha de ofrecerse asistencia letrada.

sente informe, se constató que se produce especialmente en los procedimientos en frontera. Las razones que se argumentan para justificar tal modo de proceder son la necesidad de minimizar la situación de constreñimiento de la libertad en que se encuentra el interesado, la cortedad de los plazos previstos en la Ley, así como la necesidad de optimizar el horario de trabajo de los funcionarios instructores y de los intérpretes.

En el caso estudiado el letrado, que había sido designado por una solicitante de asilo de manera particular, indicaba que se había puesto en contacto con él un representante de la Oficina de Asilo y Refugio, que le citó para un determinado momento. El letrado argumentó que le resultaba imposible acudir pues coincidía con un señalamiento de la vista oral de una causa con preso. Continuaba el letrado afirmando que al día siguiente funcionarios de la Oficina de Asilo y Refugio se entrevistaron con su cliente e intentaron convencerla de que desistiera de contar con la asistencia del letrado que había designado, a lo que ésta se negó. Finalmente indicaba que su patrocinada iba a ser retornada a su punto de origen sin que su pretensión de asilo hubiera sido regularmente tramitada.

A la vista de las manifestaciones del compareciente, el Servicio de Guardia de esta Institución efectuó una visita a la Comisaría del aeropuerto de Madrid-Barajas para verificar la documentación obrante en el expediente de la interesada y mantener una entrevista con la misma. Como resultado de todo ello, se apreció que la Oficina de Asilo y Refugio, había considerado la negativa de la interesada a formalizar su solicitud sin la presencia y asistencia del letrado designado como un desistimiento. En opinión de esta Institución, la pretensión de la solicitante era plenamente acorde con lo previsto en la legislación de asilo, por lo que la Administración está obligada a admitirla o, en último término, para supuestos de imposibilidad material, a ofrecer una vía alternativa que asegure en todo caso la asistencia letrada por medio del turno correspondiente.

Según el criterio del Defensor del Pueblo, en estos casos en que los interesados ejerzan su derecho a contar con asistencia letrada no cabe soslayar la presencia de este profesional en el procedimiento. Así pues, si el letrado, una vez citado de manera que permita dejar constancia de dicha formalidad, no hubiera comparecido y no existiese plazo para retrasar la práctica de esta diligencia, lo procedente será ofrecer la posibilidad de contar con la asistencia de un letrado de oficio, todo ello sin perjuicio de dar cuenta de la incomparecencia del letrado al colegio de abogados a los efectos oportunos.

Sin embargo, en el caso analizado dicho ofrecimiento no figuraba en la diligencia extendida por el instructor de la Oficina de Asilo y Refugio a la que tuvo acceso esta Institución y en ella únicamente se barajaban como alternativas efectuar la entrevista sin presencia de letrado o tener a la interesada por desistida de su solicitud, lo cual suponía un menoscabo del derecho a la asistencia letrada que debe ser resueltamente rechazado [185].

---

[185] Tras la actuación de esta Institución se dejó sin efecto el retorno hasta tanto se resolviera lo procedente por la Oficina de Asilo y Refugio. Finalmente se procedió a citar nuevamente al

Desde luego, es cierto que una asistencia a la entrevista meramente presencial, limitada a firmar el correspondiente formulario, casi ceremonial podría decirse, aporta poco. Pero esa no es la fórmula de asistencia que se está preconizando. Bien al contrario la entrevista debe concebirse como un hito fundamental del procedimiento que, siempre que resulte posible, hay que preparar con antelación.

Una vez en ella, el rol del letrado no puede ser pasivo. Ello no implica, evidentemente, sustituir la voluntad o las manifestaciones de su cliente, pero sí debe llevar a la adopción de una actitud de observación participativa, atenta a favorecer el esclarecimiento de las preguntas y a que el solicitante pueda expresarse con libertad.

El letrado que intervenga en una de estas entrevistas debe atender especialmente a las siguientes cuestiones:

— Que la entrevista se desarrolla en un lugar reservado, fuera de la vista de terceros.
— Que el estado anímico de su asistido permite la realización de la entrevista, solicitando en caso de que aprecie lo contrario la puesta en práctica de medidas de atención y asistencia. Cuidará de que este hecho tenga fiel reflejo en el expediente.
— Que la asistencia de intérprete se presta en términos adecuados y que no existe en el intérprete condición personal que lo haga inidóneo para asistir en ese caso concreto.
— Que la formulación de las preguntas resulte comprensible para el nivel cultural del interesado, solicitando que se aclare por el instructor aquellas cuestiones sobre las que advierta extrañeza o dudas en su asistido.
— Realizar preguntas adicionales que puedan completar o aclarar puntos oscuros.
— Que el formulario se corresponde fielmente con lo indicado por su asistido, leyéndolo antes de su firma.
— Requerir que a la finalización del acto se le facilite copia íntegra del formulario cumplimentado por su asistido, debidamente sellado y foliado, así como copia de los restantes documentos aportados en ese acto por el asistido.

En los trabajos preparatorios de este informe se ha manifestado la disconformidad de los letrados con prácticas que, según sus afirmaciones, se siguen por algunos instructores. Algunas de ellas han sido o serán objeto de análisis específico, pero con carácter general esta Institución debe señalar que no se reciben quejas concretas de letrados que permitan una investigación detallada de estas prácticas. En el caso de que el letrado que efectúe la asistencia observe alguna actuación que, en su criterio, implique una mala práctica profesional, limite o condicione la libertad de expresión de su cliente, o menoscabe la función de la

---

letrado designado por la interesada a la entrevista, desarrollándose ésta según las previsiones de la norma.

asistencia letrada, su deber deontológico le obliga adoptar las medidas oportunas para que esa situación sea conocida por el órgano encargado de tramitar el procedimiento, por la Oficina de Asilo y Refugio, así como por el Representante en España del ACNUR.

Con posterioridad, de manera reservada, en la entrevista el letrado debe procurar profundizar con su cliente en aquellos puntos que le hayan suscitado alguna duda o en los que considere que puede apoyarse el relato con elementos adicionales, tales como informes de situación del país de origen, o cualesquiera otros.

Asimismo, en el momento en que el letrado estime más oportuno deberá ilustrar reservadamente a su asistido sobre la conveniencia de mantener el contacto, advirtiéndole de las consecuencias de desentenderse de la solicitud y de la imposibilidad en que se encontrará el propio letrado para efectuar una adecuada defensa de su pretensión si el interesado no mantiene dicha vinculación.

6.5.3. Intervención letrada en el procedimiento de inadmisión a trámite en territorio

De acuerdo con los datos que se han manejado para la preparación de este informe, en los procedimientos que se instruyen dentro del territorio coexisten dos situaciones radicalmente diferentes en cuanto a las facilidades de acceso a los servicios de asistencia letrada. En la mayoría de los casos el procedimiento se lleva a cabo con la persona en libertad. Así ocurre en un alto porcentaje de asuntos tramitados en la propia sede de la Oficina de Asilo y Refugio en Madrid, en Ceuta o en Melilla. Por el contrario en otros puntos a los que ya se ha aludido antes (Fuerteventura, Lanzarote o Algeciras), la entrada de los extranjeros de manera irregular va seguida en la mayoría de los casos de su detención e internamiento. Estas circunstancias condicionan en buena medida la forma en que se accede al procedimiento e incluso el propio desarrollo del mismo, por lo que el análisis en este punto debe comenzar centrándose en estas cuestiones.

6.5.3.1. Alto grado de renuncias a la asistencia jurídica

Como ya se ha dicho, los casos de solicitud en territorio en los que el peticionario se encuentra en libertad constituyen la mayor parte del número anual de expedientes de asilo. A priori, y dada la capacidad del interesado para acudir libremente donde considere oportuno, cabría pensar que en este supuesto no se detectarían grandes problemas para la prestación de una asistencia jurídica de calidad. Lamentablemente esto no es así. El primer hecho que llama poderosamente la atención es el número de solicitudes, particularmente en ciertos puntos

como Ceuta, en que los solicitantes manifiestan renunciar al derecho de asistencia jurídica.

Resulta forzoso interpelarse en este informe sobre las causas de esta poca importancia que los interesados parecen atribuir a la preparación jurídica de su caso. Después de analizar la cuestión, tomando contacto incluso con los propios solicitantes, como se hizo en el año 2003 con motivo de la investigación de solicitudes de asilo en Ceuta [186], esta Institución ha llegado a la conclusión de que el efecto se debe a la coincidencia de causas de diversas índoles:

— La falta de una orientación preliminar de la que se ha hablado antes, hace que el peticionario de asilo desconozca que puede disponer de asistencia jurídica en el momento en que va a formular su solicitud y no cuando está madurando esa decisión. A título meramente ilustrativo, en el momento de redactar el presente capítulo se ha conectado con la página web del Ministerio del Interior, departamento responsable en materia de asilo. Efectivamente, en la página figura información detallada sobre esta materia, aunque en esencia reproduce la normativa legal [187] sin ofrecer mayores aclaraciones. La información alude por dos veces a la posibilidad de que los solicitantes de asilo cuenten con asistencia letrada. Dicha mención se hace reproduciendo el contenido de los términos de preceptos concretos de la ley o el reglamento, sin expresar que esta asistencia letrada será gratuita si no se dispone de medios, ni concretar que la asistencia puede solicitarse con carácter previo a la presentación ante un colegio de abogados o bien prestarse por una entidad no gubernamental que recibe fondos públicos para tal fin. La información disponible se completa con un listado de asociaciones de ayuda al refugiado en el que también se incluye un elenco de entidades que prestan asesoramiento jurídico gratuito. En todas ellas se ofrece la dirección en Madrid y el teléfono, pero no la página web o la dirección del correo electrónico, que faciliten un contacto posterior. El único colegio de abogados cuyos datos se ofrecen es el de Madrid. Finalmente toda esta información tan sólo figura en español.
— El carácter especializado del derecho de asilo, lo que conlleva un escaso conocimiento para muchas de las personas que se dedican al trabajo social con colectivos de extranjeros e, incluso, para personas que traba-

[186] En aquel momento llamó poderosamente la atención el hecho de que cuando los interesados acudían a la Oficina de Extranjeros a solicitar asilo, eran citados en una fecha posterior y recibían una cita para reunirse con un abogado de una entidad no gubernamental que desarrollaba sus funciones en el Centro de Estancia Temporal de Inmigrantes, a fin de que les facilitara información sobre los trámites de asilo. Estas mismas personas acudían a la cita para formalizar su solicitud y mayoritariamente renunciaban por escrito a la asistencia letrada para ese trámite. Cuando se preguntó a algunos de los interesados por qué no habían solicitado la asistencia de letrado, no se consiguió una explicación razonable, por lo que ello obligó a pensar que la información que se estaba facilitando era deficiente.

[187] También es posible descargar una guía de trámites en formato PDF que contiene una información similar a la que ofrece la propia web.

jan en puntos de orientación jurídica. La Institución ha observado cómo en algunos casos la posibilidad de solicitar asilo ni siquiera se ha contemplado entre la información facilitada a algunas personas que han acudido a servicios de orientación para extranjeros [188].

— La concentración de las solicitudes en determinados puntos del territorio nacional, que hace que en otros no se haya sentido la necesidad de contar con una entidad o recurso social que trabaje preferentemente en estos ámbitos.
— El hecho de que en Madrid, primer punto de entrega de solicitudes, la fecha de la presentación deba concertarse previamente por teléfono, sin que, hasta donde esta Institución tiene constancia, se aproveche este primer contacto para facilitar alguna orientación sobre la conveniencia de acudir previamente al colegio de abogados o a una entidad no gubernamental.
— Cierta inercia administrativa que tiende a considerar la presencia de los letrados en el acto inicial de procedimiento como no necesaria.

No es interés de este informe limitarse a la denuncia de aquello que ha de mejorarse, cuanto proponer medios para superar las situaciones que no se consideran adecuadas. Por esta razón el Defensor del Pueblo urge a la Administración, a los colegios de abogados y a las entidades no gubernamentales a iniciar, en estrecha asociación con la Delegación en España del ACNUR, un proceso de diálogo con vistas a concertar medidas que impliquen la mejora en los siguientes aspectos:

— Incremento de la información existente de fácil acceso para los potenciales solicitantes de asilo, poniendo especial énfasis en reducir en lo posible el empleo de términos técnicos. Asegurando que la información se actualice periódicamente.
— Facilitar que esta información esté disponible en los idiomas que los solicitantes de asilo emplean más frecuentemente.
— Establecer acuerdos de colaboración y coordinación entre los colegios de abogados y las entidades no gubernamentales para lograr una atención más efectiva y especializada a los solicitantes de asilo. Esa colaboración debería incluir la transferencia de los casos en aquellos colegios que no dispongan de letrados especializados.
— Variar las pautas de actuación en el procedimiento para favorecer que el primer contacto de los letrados con sus asistidos sea previo al acto de presentación de la solicitud y no con ocasión de la misma. Para ello resultará necesario que la Administración instruya a sus servicios para que con carácter general se facilite información a las personas que se pongan en comunicación con ellos, proporcionándoles direcciones y medios de contacto. En los casos en que no haya existido contacto previo se debería establecer como práctica común la celebración de una entre-

[188] El informe emitido por la Delegación en España del ACNUR también manifiesta haber detectado este problema.

vista con el letrado antes del comienzo del acto de formalización de la solicitud.

6.5.3.2. Acceso al procedimiento por parte de personas privadas de libertad

En los casos en los que la detención de los interesados se produce cuando intentaban entrar en España y se inician los trámites para su devolución o expulsión, el principal problema que se aprecia es que la celeridad del procedimiento y el alto número de personas a asistir que a veces se concentran en determinados puntos hace que difícilmente pueda efectuarse una evaluación mínimamente rigurosa de la situación que afecta a un solicitante de asilo, antes de que el extranjero se encuentre en un centro de internamiento, como el de Algeciras, o de detención, como El Matorral, en Fuerteventura, o La Guacimeta, en Lanzarote.

Salvadas las distancias de número de afectados, que tienen aquí particular importancia y que han supuesto en algunos casos un menoscabo de la calidad de la asistencia, también se plantea una situación compleja en el caso de personas que pretenden solicitar asilo tras haber sido internadas en otros centros de internamiento de extranjeros del territorio nacional [189].

Con independencia de lo que se ha dicho en un anterior epígrafe sobre la dificultad añadida que en este caso supone la falta de trabajadores sociales en los centros más afectados por este fenómeno, el problema se ha visto agravado por las dificultades que estos centros han venido poniendo al libre acceso de los letrados.

El asunto ha sido ya objeto de diversos pronunciamientos que parece necesario reiterar. Los letrados que asisten a personas que están sometidas a detención o internamiento tienen el deber de entrevistarse con sus asistidos de manera reservada y, lógicamente, parte fundamental del trabajo que desarrollan ha de ser explorar si existen indicios que aconsejen la presentación de una solicitud de asilo e informar a los interesados de lo que esto supone. No resulta admisible que un ciudadano extranjero que puede pasar hasta cuarenta días sometido a una medida de internamiento no reciba ni una visita de su abogado; tanto más si, como en los casos a los que se está aludiendo, el internamiento ha sido inmediato a la entrada en España.

---

[189] En el informe remitido a esta Institución por la Delegación en España del ACNUR se alude a que se hace un especial seguimiento de estos casos. Llama la atención que en el mismo se refiere el hecho de que no siempre se identifica al letrado que ha asistido al extranjero en el trámite de internamiento, por lo que la Delegación procura contactar con un letrado. Según se indica el acceso de estos letrados no genera habitualmente problema alguno, aunque se han dado algunos casos puntuales de problemas con la dirección de los centros que se han resuelto merced a la directa intervención de la Delegación.

En esta situación el letrado que asiste a cada ciudadano extranjero asume una importante responsabilidad, pues de su conocimiento y dedicación va a depender en buena medida la posibilidad de que personas que precisen protección puedan acogerse a ella. En particular los letrados deberán preocuparse a este respecto en salvaguardar los intereses de su cliente respecto a:

— Que la solicitud se presenta, siempre que ello resulte posible, en el plazo máximo de un mes desde la entrada del extranjero a territorio nacional.
— Que la dirección del centro o lugar de detención tiene conocimiento de la intención de solicitar asilo de su asistido [190] y que está adoptando las medidas oportunas para dar cumplimiento a los trámites preceptivos con diligencia.
— En caso de que se aprecien deficiencias o retrasos en la presentación de la solicitud, el letrado deberá solicitar de su cliente que le autorice por escrito a presentar su solicitud y recabará certificación de la dirección del centro indicativa de la situación del solicitante, a los efectos de dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 8.1 del Reglamento de la Ley de asilo. Corresponde en este último caso al letrado informar a su cliente de la obligación que tiene de ratificar su solicitud si en el momento de su puesta en libertad no ha efectuado aún la comparecencia en la que debe cumplimentarse y firmarse el correspondiente formulario de asilo.

6.5.3.3. Garantía de confidencialidad de las personas que pretenden solicitar asilo y están privadas de libertad

Otra cuestión a la que también debe atenderse por parte de la dirección de los centros de internamiento o detención, y a la que lógicamente el letrado deberá prestar atención, es que se adopten medidas para evitar la identificación de una persona que pretende solicitar asilo por las autoridades de su país de origen, así como para evitar la posibilidad de que éstas mantengan contacto con el interesado. Sin embargo algunas de estas medidas entran en colisión con previsiones generales de la normativa de extranjería que no han efectuado salvedad alguna para el internamiento de personas con necesidades de protección.

En concreto, el artículo 62 de la Ley de extranjería dispone que la incoación de expediente y la adopción de medidas cautelares serán comunicadas a la embajada o consulado del país de origen [191]. En la medida de lo posible, una vez que la dirección tenga noticia por alguna vía de la intención del interesado de

---

[190] A su vez la dirección del centro debería comunicar este hecho a la autoridad judicial que autorizó el internamiento, en virtud de lo previsto en el artículo 153.6 del Reglamento de extranjería, pues constituye una circunstancia relevante que puede afectar al desarrollo y mantenimiento de la medida.

[191] El artículo 154.4 del Reglamento de extranjería detalla más, al indicar que se facilitarán los datos sobre la personalidad del extranjero y la medida de internamiento.

solicitar asilo, lo procedente será suspender esta comunicación a la espera de la decisión que finalmente se adopte.

Idéntica precaución debe llevar a que no se someta a los extranjeros que hayan manifestado intención de pedir asilo o tengan en trámite de admisión su solicitud, a ninguna diligencia de reconocimiento consular de nacionalidad por parte de los funcionarios de su país de origen. Sin perjuicio de la directa responsabilidad de la dirección del centro en este ámbito, el letrado que asista a una persona en estas circunstancias deberá informarle de manera que le resulte comprensible sobre las cuestiones aquí expuestas y sobre la importancia de negarse a comparecer, reclamando incluso la presencia de su letrado si hubiera lugar, a los agentes diplomáticos y consulares de su país.

A este respecto resulta fundamental que la información que el letrado transmita a su asistido vaya dirigida a explicarle que la comunicación de las circunstancias de su internamiento y la posibilidad de que estas personas le visiten en las instalaciones en las que se encuentra, constituye un derecho de los internados, no una obligación para éstos.

Por otra parte, los interesados deben ser también informados de que la intervención de estos agentes se prevé a título de que puedan proteger los derechos de sus nacionales por las vías reconocidas en los tratados sobre asistencia diplomática y consular, pero que el ejercicio de esa posibilidad no es coherente con la situación de una persona que pretende el reconocimiento de un estatuto cuya esencia es precisamente buscar la protección de un país extranjero, ya que no puede o, por causa del temor que manifiesta padecer, no quiere ampararse en esa protección.

6.5.3.4. Seguimiento de la vía administrativa

Por más que, según se ha señalado ya en el epígrafe anterior, la asistencia y participación del letrado en la entrevista que da inicio formal al procedimiento tenga gran relevancia, no debe olvidarse que la actuación en este ámbito no se agota con la misma. Por decirlo de un modo gráfico: no se está aquí ante una asistencia al detenido, sino ante una asistencia para un procedimiento administrativo en toda su extensión.

Ha de recordarse que en el procedimiento en territorio no existe el reexamen, por lo que la inadmisión a trámite de la solicitud pone fin a la vía administrativa. Por esta razón resulta muy conveniente que el letrado aproveche las oportunidades que le ofrece el procedimiento para hacer valer los argumentos de su cliente, a través de la presentación de alegaciones [192] por medio de las

[192] Dado que la actuación de los órganos administrativos previstos para la presentación de la solicitud se agota en ese acto, parece muy oportuno que los letrados remitan sus alegaciones

cuales se ofrezca la información suplementaria que haya podido reunir para completar lo dicho en las entrevistas o contextualizar adecuadamente las manifestaciones de su asistido, especialmente cuando advierta la existencia de elementos relevantes que no fueron adecuadamente puestos de manifiesto en su momento.

Dada la participación que se reconoce en el procedimiento a la Delegación en España del ACNUR, resulta muy oportuno que el letrado adopte el criterio de comunicar las alegaciones a la Administración y a esa Delegación a fin de que puedan ser conocidas a un tiempo por ambas partes y sometidas a evaluaciones independientes.

6.5.4. Intervención letrada en el procedimiento de inadmisión a trámite en puestos fronterizos

De acuerdo con los datos de incidencia que se han expuesto en este capítulo, 9 de cada 10 casos de solicitudes de asilo corresponden al aeropuerto de Madrid-Barajas. El servicio de asistencia letrada es prestado habitualmente en ese punto por miembros del Turno de Extranjería y Refugio del Colegio de Abogados de Madrid [193]. En Barcelona la situación es diferente, puesto que los casos que se reciben son asistidos por la entidad ACSAR o por los letrados del Colegio de Abogados sin que se haya apreciado un criterio unívoco. En Las Palmas la práctica seguida por los servicios de frontera, tanto en el puerto como en el aeropuerto, es contactar directamente con CEAR. El informe de la Delegación en España del ACNUR señala que cuando no existe presencia en un determinado territorio de CEAR o de la Red Acoge se producen serias dificultades para facilitar un letrado, particularmente en el caso de polizones. Con todo, a diferencia de las solicitudes en territorio, la petición de contar con asistencia letrada constituye la regla de este tipo de solicitudes.

6.5.4.1. Condiciones de acceso del letrado al puesto fronterizo

En la jornada de trabajo con representantes de organizaciones no gubernamentales desarrollada por esta Institución, se plantearon las dificultades existentes para que la persona que desea solicitar asilo pueda entrevistarse con un

---

directamente a la OAR, a fin de que éstas puedan ser tomadas en cuenta dentro del plazo que se marca en el artículo 17 del Reglamento de la Ley de asilo.

[193] La asistencia por parte de entidades no gubernamentales es casi nula y, según la información disponible, prácticamente se circunscribe a los casos de llegada de solicitantes que ya cuentan con familiares en España. La petición de atención por una de estas entidades debe solicitarse de manera específica, ya que en caso contrario se localiza al letrado del turno colegial. La asistencia particular es todavía menos significativa.

letrado. A tenor de lo dicho en aquellas jornadas estas dificultades eran previas y posteriores a la formulación de la solicitud, aunque resultaban especialmente estrictas respecto del momento inicial. Incluso, como ya se ha indicado, esta limitación se veía reforzada por la cumplimentación de la diligencia de información de derechos al tiempo de la formulación de la solicitud y no con carácter previo a la misma.

La explicación facilitada por la Administración negaba la existencia de cortapisas para que los letrados y sus asistidos pudieran mantener contacto, si bien se aludía a la existencia de normas que regulan la presencia de personas en las dependencias en las que han de encontrarse los solicitantes de asilo durante su permanencia en el puesto fronterizo.

Por el conjunto de los datos y testimonios obtenidos, esta Institución tiene la impresión de que más que en normas las limitaciones para el libre acceso de los letrados a los solicitantes de asilo están basadas en meras prácticas, inspiradas en muchos casos en formas de actuar que se producen en la jurisdicción penal, concretamente en la asistencia letrada a las personas detenidas.

Así, significativamente, se indicaba que en el aeropuerto de Madrid-Barajas los letrados no pueden entrevistarse reservadamente con sus asistidos y que incluso no se les franquea el acceso a las dependencias situadas en la zona internacional hasta el momento en que se persona en las instalaciones de la Oficina de Asilo y Refugio.

El Defensor del Pueblo considera que la organización y el régimen interior de los puestos fronterizos no pueden constituir un obstáculo para el libre desarrollo de la función letrada. Por ello entiende que los letrados deberán tener el paso franco al puesto y habrá de facilitárseles el lugar oportuno para que puedan entrevistarse con su cliente desde el primer momento que conste su designación [194], con independencia de que se haya producido la formulación o no de la solicitud de asilo. Evidentemente el acceso del letrado debe quedar asegurado mientras dure el procedimiento.

La Administración también ha señalado que, en ocasiones, se han producido casos en los que un letrado designado por el turno colegial y otro al servicio de una organización no gubernamental han mantenido discusiones sobre a quién debía corresponder la asistencia. En esta situación, y para evitar el estancamiento del procedimiento, la solución asumida por la Administración ha sido considerar que el letrado que debía actuar era el designado por el colegio de abogados, si es que el solicitante se había acogido a la posibilidad de contar con asistencia de oficio. En este supuesto no se permite la asistencia del letrado de

[194] Evidentemente esa actuación puede precisar de la ayuda de un intérprete, por lo que se deberá permitir el paso de aquel que sea reclamado o acompañe al letrado en tal condición. Sólo cabrá limitar esta posibilidad si la Administración pone un intérprete a disposición del letrado, no sólo para la realización de la entrevista con el instructor, sino para el resto de las comunicaciones que este considere oportuno mantener con su asistido.

la entidad no gubernamental, salvo que éste acredite la obtención de una venia del letrado designado por el sistema colegial [195].

Esta Institución considera que para estos casos de conflicto el criterio de la Administración resulta admisible, puesto que con arreglo al principio de seguridad jurídica, es conveniente sentar un criterio que evite la demora de unos trámites para los que la ley prevé un plazo particularmente corto. No obstante, con independencia de ello, es necesario insistir también en la necesidad de que los colegios y las entidades no gubernamentales que trabajan en este campo mantengan una coordinación estrecha para evitar estos problemas.

Sin perjuicio de lo anterior, en aquellos puestos fronterizos en los que exista un turno colegial y se cuente también con entidades no gubernamentales especializadas en asilo sostenidas con fondos públicos, en tanto no se tenga constancia de un acuerdo en la materia, el criterio del Defensor del Pueblo es que en la diligencia de información de derechos debería reseñarse en términos claros que resulta posible acogerse a cualquiera de las dos fórmulas.

6.5.4.2. Obtención de copia de la solicitud de asilo

En este apartado procede dar por reproducidas todas las consideraciones hechas sobre la participación activa del letrado en la entrevista por medio de la cual queda formalizada la solicitud de asilo. No obstante debe insistirse en una serie de cuestiones que, de una u otra forma, afectan al desarrollo de la asistencia letrada.

En primer lugar, por lo acuciante de los plazos, debe reiterarse la indicación sobre la necesidad, de que se provea al letrado de una copia de la declaración de su cliente. Cuando se ha suscitado este asunto en las jornadas de trabajo promovidas para la realización de este informe se ha indicado que el hecho de no entregar una copia, concretamente en el caso de Madrid-Barajas, se debía a la falta de una fotocopiadora en las dependencias donde se realizan las entrevistas, pero que los letrados podían recogerlas al día siguiente en la sede de la Oficina de Asilo y Refugio. Esta Institución no puede admitir tal objeción, pues le cons-

[195] En la jornada de trabajo que se realizó con organizaciones no gubernamentales se señaló que se producía con cierta frecuencia el caso de un solicitante de asilo que en un principio había sido asistido por un letrado del turno colegial y que posteriormente conoce que puede ser asistido por una ONG especializada y se dirige a la misma para solicitar su intervención. En este caso se generan problemas a la hora de tramitar la venia que, en su criterio, resultan especialmente complicados de realizar en el escaso tiempo en el que debe tramitarse este procedimiento de admisión. Por esta razón, algún representante indicó que, a no ser que el solicitante manifestase de manera terminante su voluntad de cambiar de abogado, el criterio de su organización era ofrecer apoyo al letrado del turno, si éste lo admitía, e informar al solicitante, pero no se solicitaba la venia, puesto que eso acaba siendo disfuncional, ya que se pierde un tiempo precioso en esfuerzos que no están centrados en la cuestión principal.

ta la existencia de fotocopiadoras, si no en el propio local en el que se realiza la solicitud, sí en las mismas dependencias policiales. Por otra parte la demora de hasta veinticuatro horas para que el letrado disponga de testimonio escrito de la solicitud y el hecho de tener que desplazarse a otra dependencia administrativa no se cohonesta adecuadamente con la celeridad del procedimiento ni respeta los principios de máxima trasparencia e igualdad de armas que constituyen parte esencial del sustrato teleológico sobre el que se articula la asistencia jurídica a los solicitantes de asilo.

En consecuencia, el Defensor del Pueblo debe reivindicar en este informe la adopción de medidas para mejorar sustancialmente el acceso inmediato de los letrados a los documentos obrantes en el expediente y, de manera especial, a la solicitud de asilo formulada por el interesado, que en este procedimiento de admisión a trámite resulta en muchos casos determinante.

6.5.4.3. Comunicación de la inadmisión a trámite al letrado

Con anterioridad a la preparación del presente informe esta Institución ya analizó la cuestión de la forma en que estaba procediéndose a notificar las resoluciones de inadmisión a trámite en el puesto fronterizo de Madrid-Barajas. La cuestión tiene gran importancia, habida cuenta de que, notificada la resolución al interesado, este sólo dispone de veinticuatro horas para formular una petición de reexamen.

Dicha petición implica una solicitud de reconsideración, por lo que resulta fundamental el conocimiento de las razones en las que la Administración ha basado su decisión inicial para despejar las dudas que puedan haberse suscitado o aportar mayores indicios. No parece, pues, necesario ponderar la importancia de que el solicitante de asilo sea asistido de letrado para la preparación del formulario correspondiente que deberá serle facilitado por el puesto fronterizo.

La tramitación de una queja puso de manifiesto la existencia de una discrepancia respecto a quién debe comunicar a los letrados que la solicitud ha sido inadmitida a trámite. La Dirección General de Extranjería e Inmigración mantenía que en los supuestos en que no es necesaria la presencia de intérprete es el propio puesto fronterizo del aeropuerto de Madrid-Barajas el que avisa a los letrados si el solicitante manifiesta su intención de pedir el reexamen de su solicitud inicial. Por su parte, la Dirección General de la Policía ponía de manifiesto que no existía obligación por parte de los funcionarios policiales del puesto fronterizo de informar a los letrados sobre la inadmisión de la demanda de asilo y que las notificaciones iban dirigidas a los solicitantes de modo que era a ellos a quienes se las entregaban y eran ellos los que debían ponerse en contacto con sus letrados o éstos con los solicitantes. En cualquier caso, según se precisaba, cuando los funcionarios policiales apreciaban que iba a cumplirse el plazo de veinticuatro horas informaban al solicitante de que, si lo deseaba, él mismo podía formular el reexamen.

La discordancia apreciada resultaba, en opinión de esta Institución, muy ilustrativa de la falta de una conciencia clara sobre el carácter de garantía instrumental básica que tiene la asistencia letrada.

Por lo demás, no puede por menos que apreciarse una cierta incoherencia con la práctica de no comunicar al letrado la inadmisión a trámite y, consiguientemente, el comienzo del plazo para formular una petición de reexamen, cuando el artículo 20.1 *c)* del Reglamento de aplicación de la Ley de asilo, prevé que en el caso de que el solicitante manifieste su voluntad de abandonar España sin acogerse a la posibilidad del reexamen, deberá consignarlo por escrito, «que deberá firmar asistido de letrado». Parece claro que la voluntad del precepto es que la decisión de renunciar a la prosecución de la vía de asilo sea consciente y no pueda deberse a inadvertencia o confusión, de ahí que se prevea la obligatoriedad de la asistencia letrada. Pues bien, no hay lógica alguna en el hecho de que el acto de renuncia se revista de estas garantías y para el acto de formulación de la petición del reexamen se considere que cuando un solicitante dispone ya de un letrado será exclusivamente a éstos a los que corresponde la carga de seguir la marcha del procedimiento [196].

Para el Defensor del Pueblo, una vez que el interesado ha decidido hacer uso de su derecho a la asistencia letrada y que el letrado se ha personado en el procedimiento, la actuación de la Administración no puede pretender obviar este hecho sobre todo si, como en el procedimiento que se está analizando, se han previsto plazos muy cortos para la presentación del recurso y el interesado no goza de libertad deambulatoria. En esta situación no se trata tanto de que el letrado sea notificado en estrictos términos procedimentales, puesto que legalmente sólo está previsto que esa notificación se haga al interesado y el letrado no es su representante, cuanto de arbitrar un sistema para que el letrado pueda conocer que se ha producido una resolución y el sentido de la misma.

En su día esta Institución dirigió una recomendación a la Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración al objeto de que se adoptasen las medidas adecuadas para corregir las disfunciones, coordinando adecuadamente la actividad de los distintos órganos implicados en esta cuestión. En concreto se le indicaba la necesidad de complementar las previsiones de la Circular 3/1995, de la Secretaría de Estado de Interior, determinando quién ostenta la competencia para comunicar a los letrados encargados de asistir jurídicamente a los peticionarios de asilo en frontera las resoluciones que recaigan en dicho procedimiento, a fin de asegurar que estos letrados estén en condiciones de llevar a cabo la labor de protección de los derechos de sus patrocinados que les está legalmente encomendada.

---

[196] En el caso analizado este seguimiento se veía dificultado por la negativa de la Oficina de Asilo y Refugio a ofrecer información telefónica, para salvaguardar la confidencialidad. La posibilidad de que el solicitante llamara a su letrado no siempre es real, sobre todo en los casos en los que no exista un idioma común.

La Administración respondió comunicando que en cumplimiento de la recomendación efectuada se estaba negociando un protocolo con el Colegio de Abogados de Madrid, para que la Oficina de Asilo y Refugio comunique por fax al servicio de guardia de esa corporación, a efectos de que este lo traslade al letrado de turno, el envío al puesto fronterizo de las resoluciones que se emitan. En la jornada que se celebró con los organismos con competencias en materia de extranjería y asilo, la representación de la Oficina de Asilo y Refugio indicó que el procedimiento aún no estaba implantado. Con posterioridad a esa fecha el Defensor del Pueblo no ha vuelto a recibir quejas por esta cuestión, respecto del puesto fronterizo de Madrid-Barajas, por lo que estima que el problema ha debido quedar superado.

No obstante, con ocasión del presente informe conviene hacer hincapié con carácter general en la necesidad de otorgar a la actuación letrada en estos procedimientos su debida dimensión, lo que obviamente comporta una especial obligación de información. En esa línea la Administración debería adoptar métodos para mejorar el acceso de los letrados de cualquier punto del territorio nacional a la información sobre la marcha de estos expedientes. Así, existen fórmulas para facilitar información telefónica sin merma de la confidencialidad, como por ejemplo facilitar al letrado y al interesado una clave de acceso telefónico. También debería estudiarse la posibilidad de favorecer el acceso a esta información a través de Internet, por un canal igualmente seguro.

6.5.4.4. Reexamen

El artículo 21.1 *a)* del Reglamento de aplicación de la Ley de asilo indica que en el reexamen el interesado podrá oponerse a las causas de inadmisión y formular las alegaciones que estime oportunas. Al propio tiempo, hay que tomar especialmente en consideración que el recurso es resuelto por el mismo órgano que resolvió la solicitud inicial, por lo que carece de sentido que su contenido se limite a reiterar lo que ya se indicó en la solicitud sin profundizar en sus argumentos o completar lo ya indicado.

Sin una labor que complete la carga indiciaria que pueda figurar en el expediente o que ofrezca nuevos elementos el reexamen se convertirá en un mero formulismo sin una mínima posibilidad de éxito y que, además, puede comprometer seriamente la suerte de un eventual recurso judicial.

También puede resultar conveniente, atendidas las circunstancias del caso, que el letrado entre en contacto con la Delegación en España del ACNUR para conocer su criterio sobre el caso e identificar los elementos fácticos o de cualquier otro tipo que podrían motivar un cambio de criterio por parte de esa Delegación en el supuesto de que su informe inicial fuese negativo. Aun en el supuesto de que la resolución final de la Administración confirmara la inicial denegación de la admisión a trámite, un informe positivo de la representación

del ACNUR en España abriría la vía del artículo 39.2 del Reglamento y permitiría articular una petición de suspensión judicial del acto administrativo con bastantes posibilidades de éxito procesal.

6.5.4.5. Especial consideración del acceso a la asistencia letrada en el caso de los polizones

La solicitud de asilo formulada por un polizón se tramitará por el procedimiento en frontera. La cuestión no tendría mayor alcance si no fuera por el hecho de que el núcleo central de la discusión se refiere al acceso mismo a la asistencia letrada por parte de estas personas. En concreto, esta Institución ha examinado en varios de sus informes anuales si resultaba exigible la presencia letrada en la primera entrevista que el polizón tenía con las autoridades policiales o si, por el contrario, su presencia únicamente debía ser preceptiva si en ese primer contacto el polizón manifestaba su deseo de entrar en España o solicitar asilo.

La Instrucción de la Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración de 9 de marzo de 2002, asumió la segunda tesis y no acogió plenamente la recomendación que en su día formuló esta Institución para que se dispensara asistencia jurídica a los polizones desde la primera entrevista con la policía.

En su momento la Administración justificó su postura ante la necesidad de proceder de manera urgente a una rápida comprobación de la identidad y circunstancias en las que se encuentran los polizones. El Defensor del Pueblo manifestó en el Informe correspondiente al año 2001 que si bien coincidía en la necesidad de una actuación ágil, esa agilidad no había de estar reñida con la presencia de un letrado desde el primer contacto con el polizón, debiéndose para ello establecerse los oportunos mecanismos de coordinación con los colegios de abogados o con las entidades no gubernamentales competentes.

Tras dos años de vigencia de la Instrucción de 9 de abril de 2002, sobre polizones, se ha reiterado la postura inicialmente mantenida. La asistencia letrada en la primera entrevista que realizan las autoridades policiales es una importante garantía para el polizón. Es el letrado quien, desde su formación jurídica, puede explicar al polizón la existencia de la figura jurídica del asilo y en qué consiste el estatuto de refugiado, para que pueda valorar, en lo que en este capítulo interesa, si en su caso concurren circunstancias que puedan hacerle demandante de ese u otro mecanismo de protección.

Debe repararse especialmente en que el polizón desconocerá en la inmensa mayoría de los casos el sentido garantista que tiene la actuación de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía y que incluso la experiencia de su zona de origen puede inclinarlo a minimizar el contacto con personas uniformadas. Tampoco ayuda demasiado en este punto, como ya se ha señalado en el epígrafe dedicado al análisis del procedimiento, la redacción del cuestionario que los

funcionarios deben cumplimentar con el polizón, pues la generalidad de sus términos y la ausencia de alusiones directas a su situación jurídica o deseos de acogerse a la protección de nuestro país dificulta que éste pueda expresar sus verdaderas intenciones, así como si es objeto de algún trato inapropiado [197].

De todo ello resulta que la interpretación estricta de los términos legales del artículo 22 de la Ley de extranjería desatiende la situación de especial vulnerabilidad en la que se encuentran los polizones y no constituye, por tanto, una previsión ordenada a promover la libertad de decisión para pedir asilo o solicitar su entrada en España.

En algunos casos investigados por esta Institución la actuación de la Administración ha ido más allá, al impedir, o tratar de impedir al menos, la actuación profesional de un letrado, que afirmaba contar con autorización del capitán del buque y de la casa consignataria. La autoridad gubernativa impidió al letrado el acceso al buque, amparándose en que el polizón no había manifestado su deseo de entrar en España ni de solicitar asilo, por lo que no tenía derecho a la asistencia jurídica gratuita. Hasta tal punto se ha considerado esencial el impedir el acceso del letrado al buque, que incluso alguna subdelegación, concretamente la Subdelegación del Gobierno en Valencia, llegó a afirmar en un informe dirigido a esta Institución en el año 2003 que la custodia policial del buque tenía una doble finalidad: evitar la fuga del polizón, e impedir el acceso al buque al letrado del turno de oficio.

El artículo 22 de la Ley de extranjería reconoce el derecho a la asistencia jurídica gratuita a los extranjeros que manifiestan su deseo de entrar en España o solicitan asilo. Del reconocimiento de ese derecho deriva la obligación de las autoridades policiales de proporcionar esa asistencia letrada cuando se den las circunstancias de hecho legalmente exigibles, pero en modo alguno puede colegirse del mismo, aun en su interpretación más restrictiva, una pretendida facultad para impedir el acceso al buque del letrado, ya sea con carácter particular o de oficio, autorizado por el capitán o la consignataria para entrevistarse con el polizón y conocer si en su caso concurren circunstancias que aconsejen acogerse a algún mecanismo de protección.

A juicio de esta Institución, el criterio mantenido por varias subdelegaciones del gobierno responde a un enfoque restrictivo en la comprensión del fenómeno del polizonaje, fundamentado más en la pretensión de evitar la eventual utilización extensiva del instituto del asilo como medio para entrar en España, que en reconocer los casos concretos de posible persecución para prestar la debida protección, de conformidad con los tratados internacionales suscritos por España. Además ha de señalarse que tal criterio no sólo no tiene amparo en la Ley Orgánica 4/2000, sino que tiene un difícil encaje constitucional, habida cuenta la generalidad con la que se reconoce constitucionalmente el derecho a la asistencia letrada, derecho que se materializa no sólo en la defensa dentro del pro-

[197] Hay que advertir que la entrevista se realiza en presencia del capitán del barco, directo responsable de la situación en la que se encuentre el mismo.

ceso, sino también en el asesoramiento y consejo jurídico (art. 6 del Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española), y que implica que a ninguna persona se le pueda negar asistencia letrada para la defensa de sus derechos e intereses, ya sea de su libre elección o bien de oficio, con o sin reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita, conforme a los requisitos establecidos al efecto (art. 7 del Estatuto).

La Institución formuló en el año 2004 una recomendación para que se modifique la Instrucción de la Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración, sobre tratamiento de polizones extranjeros, a fin de que prevea la obligatoriedad de la asistencia jurídica con ocasión de la primera entrevista que los funcionarios de policía realicen a los polizones. Asimismo, y en tanto no se modifica la Instrucción incorporando la primera recomendación, que se cursasen instrucciones para no impedir el acceso de los letrados a los buques en los que permanezcan polizones si aquellos cuentan con autorización del capitán o de la casa consignataria. El Defensor del Pueblo confía en que sus recomendaciones se vean plenamente acogidas en los trabajos que se han puesto en marcha para reformar la Instrucción ahora en vigor. En este sentido debe reiterar el criterio mantenido en este mismo capítulo sobre la conveniencia de que una cuestión de esta importancia se regule por una norma jurídica y no por una mera instrucción.

Pasando a otra cuestión, se ha constatado que cuando un polizón no expresa la intención de formalizar una solicitud de asilo o, en caso de que lo haya hecho, no efectúa el trámite de que se trate en el primer momento posible, la fuerza policial suele poner en duda la capacidad de un letrado para actuar en su nombre. La cuestión suele plantearse cuando el letrado logra acceder al barco con posterioridad a la entrevista policial y también se dudaba de la actuación de un letrado que anunciaba la interposición de un recurso judicial, que podía conllevar la permanencia provisional del interesado en España mientras el órgano competente decidía sobre la solicitud de suspensión del acto administrativo.

El Defensor del Pueblo entiende que mientras se mantenga la actual disposición que no contempla la presencia del letrado desde la primera entrevista, no podrá ponerse en duda la capacidad del letrado para representar a su asistido siempre que conste su acceso al barco (lo que resulta fácil habida cuenta de que se coloca una custodia de seguridad para impedir la salida del polizón) y el propio letrado vaya provisto de un documento firmado por el polizón que lo autorice a representarlo de conformidad con lo previsto en el artículo 32.3 de la Ley 30/1992.

Según entiende esta Institución, no puede atribuirse a la contestación del interesado indicando que no tiene nada más que añadir o que recibe una notificación un alcance ajeno al sentido propio de sus palabras, por lo que las mismas no constituyen renuncia a derecho alguno, en tanto el buque se encuentre dentro del ámbito de aplicación del ordenamiento jurídico español.

Además, y en lo tocante específicamente a la solicitud de asilo, el confinamiento del polizón en un barco parece una circunstancia suficiente para que se considere que existe una imposibilidad de presentación personal ante las oficinas habilitadas por el artículo 4.1 del Reglamento de aplicación de la Ley de asilo, por lo que cabe la presentación a través de representante, de acuerdo con lo previsto en el artículo 8.1 del citado Reglamento. Dicha representación debería entenderse también suficiente, para el ejercicio de cualquier actuación ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

6.5.5. Intervención letrada respecto de las solicitudes admitidas a trámite

A esta fase pasan directamente las solicitudes formuladas ante una oficina diplomática o consular española. Al no encontrarse los solicitantes en España no les resulta de aplicación la normativa sobre asistencia jurídica gratuita. Ahora bien, parece que la situación de estas personas demanda un especial esfuerzo de orientación jurídica, del que deben encargarse las organizaciones no gubernamentales que reciben fondos públicos para la actuación en el ámbito del asilo. La práctica de esta orientación resulta especialmente difícil para un solicitante de asilo en estas condiciones, aunque en el curso de la jornada de trabajo con entidades no gubernamentales se aludió a que en ocasiones se intentaba facilitar orientación a través de correo electrónico (lo que, no obstante, no está al alcance de todos los eventuales peticionarios ni resulta factible en varias zonas del mundo).

Para facilitar en lo posible esa toma de contacto resultará necesario mejorar los instrumentos de información escrita disponibles en las legaciones diplomáticas y consulares, manteniendo actualizadas las direcciones y demás medios de contacto. Por otra parte, las Agregadurías de Trabajo y Asuntos Sociales de las respectivas embajadas, como órgano de representación del Ministerio con cargo a cuyos presupuestos se financian los programas de asistencia y orientación jurídica a solicitantes de asilo, deberían favorecer también la posibilidad de que estos solicitantes y las organizaciones no gubernamentales entraran en comunicación.

Fuera de estos casos, cuantitativamente poco numerosos, la gran mayoría de las solicitudes que se analizan en esta fase provienen de la admisión a trámite. Como ya se ha indicado, en los últimos años el porcentaje de admisiones a trámite se ha ido reduciendo progresivamente, situándose en el último año del que se dispone de datos en el 28,9 por 100.

Tomando en consideración el porcentaje de admisión a trámite de los últimos años y el tiempo medio de tramitación, que con carácter general supera ampliamente el plazo máximo de seis meses establecido en el artículo 24 del Reglamento de aplicación de la Ley de asilo, puede estimarse que el número de

solicitantes que se encuentren a un tiempo en esta fase del procedimiento se situará entre las 3.500 y las 4.000 personas.

6.5.5.1. Falta de continuidad de la asistencia jurídica

Como ya se ha indicado, en la fase de admisión a trámite que se sigue por el procedimiento en territorio el índice de renuncia a la asistencia jurídica es muy alto. A ello debe unirse que en los casos en que sí se ha solicitado asistencia jurídica de los turnos colegiales —tanto en el procedimiento en frontera como en territorio— ésta concluye con la admisión a trámite. A partir de este momento si el solicitante desea ser asistido por un abogado del turno debe solicitar el beneficio de justicia gratuita por los trámites previstos con carácter general.

Al propio tiempo el informe remitido a esta Institución por la Delegación en España del ACNUR reflejaba que alrededor del 80 por 100 de los solicitantes de asilo admitidos a trámite son trasladados o se trasladan a provincias distintas de aquella en la que han presentado su solicitud. Este hecho facilita aún más la pérdida de contacto entre letrado y asistido, a lo que debe unirse en ocasiones que los solicitantes, sea por desinterés o por falta de información, no se ponen en contacto con entidades no gubernamentales para que se hagan cargo de su caso. La consecuencia de todo ello es que la asistencia jurídica a estas personas es en la realidad inexistente.

En opinión del Defensor del Pueblo, a este estado de cosas se llega como consecuencia de una serie de problemas que se van acumulando a lo largo de un procedimiento en el que falta una visión global ordenada a superar las cesuras entre sus diferentes fases.

Como primer elemento la situación revela una deficiencia en los sistemas de información, a la que ya se ha aludido en varias ocasiones en este capítulo. Existen dificultades para que el solicitante llegue a comprender el exacto alcance de la asistencia letrada y, a la vista de los resultados, parece que esa información no se le facilita por ninguno de los actores implicados, ni por la Administración, ni por los propios abogados, ya sea de los turnos colegiales o de las entidades no gubernamentales.

Sin perjuicio de reclamar, una vez más, una mejora sustancial de los procedimientos generales de información, que entre otras cosas realicen una puesta en valor de la relevancia de la asistencia jurídica para la adecuada defensa de los intereses del solicitante, también hay que incidir en que el letrado que asista a un solicitante de asilo en la fase de admisión a trámite debe instruirle sobre el procedimiento completo. Ahora bien, parece razonable que esa instrucción se vaya acompasando al ritmo de los acontecimientos, para que el solicitante pueda asumirla adecuadamente y no se vea superado por una serie de datos e indicaciones cuyo verdadero sentido no le resulte claro. Por esta razón es deseable que la información para la actuación posterior a la admisión a trámite se ofrezca una vez se haya producido esa resolución.

Esto implica el mantenimiento de un vínculo con el solicitante que exigirá una visita al lugar en que se encuentre en los casos de solicitudes en frontera o de las realizadas con el interesado privado de libertad. En los casos de solicitudes en territorio la realización de este contacto no será posible si previamente no se han recabado los medios a través de los cuales puede llevarse a cabo. Por lo tanto resulta imprescindible que el solicitante cuente con información suficiente para identificar y localizar a su letrado, así como que este recabe información para localizar al solicitante.

Una vez reunidos el letrado deberá informar a su asistido de manera pormenorizada de la marcha general del procedimiento, insistiendo especialmente en la necesidad de que el propio solicitante mantenga una actitud de colaboración activa, en el beneficio que puede suponer para él disponer de asistencia letrada y en la necesidad de que comunique a su letrado los cambios de domicilio, teléfono u otros medios de comunicación.

Para facilitar el acceso a la información y la fluidez de las relaciones entre el letrado y el cliente, el Defensor del Pueblo considera que el letrado debería entregar a su asistido en este momento un pequeño dossier sobre el que articularía la explicación oral y en el que figurarían los datos más relevantes que el solicitante debe recordar. Podría resultar oportuno que dicho dossier se confeccionara sobre la base de patrones comunes establecidos por los colegios de abogados a través de sus órganos de coordinación y, a ser posible, con la activa colaboración y participación de las entidades no gubernamentales con mayor dedicación a estas cuestiones. El objetivo final debería ser la adopción de un modelo de dossier único disponible en varios idiomas, redactado en términos accesibles y utilizable por el conjunto de los letrados con independencia de que presten sus servicios en el turno colegial o en una entidad no gubernamental.

Como contenido mínimo de dicho dossier cabe considerar lo siguiente:

— Información de las fases que va a seguir el procedimiento, con indicación de los tiempos medios de tramitación que se están produciendo.
— Explicación sobre la obligación de colaboración que tiene el solicitante para la buena marcha del expediente (notificación de cambios de domicilio, paralización del procedimiento, etc.) y de las consecuencias que puede tener la falta de atención a este deber.
— En función del modelo de asistencia jurídica que se esté proporcionando deberá explicársele si la actuación del letrado concluye con esta fase, indicándole en tal caso la forma en que el asistido puede continuar disponiendo de asistencia letrada, señalando las alternativas existentes y facilitando datos y direcciones específicas. Para el caso de que en el momento de la entrevista el solicitante no conozca el lugar en el que va a residir, el letrado deberá ofrecerle información general de cómo entrar en contacto con las organizaciones no gubernamentales con implantación en todo el territorio nacional, así como con los colegios de abogados.
— Indicación clara de que corresponderá al solicitante la decisión de optar por la asistencia jurídica que desea. Para el caso de que la misma se pres-

te por un letrado distinto del que facilita la información, debería incluirse en el dossier un informe técnico de lo actuado por este primer letrado, que contenga sus impresiones preliminares, las fuentes de información que ha manejado, los contactos con el ACNUR o con entidades sociales que ha realizado para la preparación y defensa del caso, así como cualquier otra información que considere relevante para el seguimiento del procedimiento. En el informe deben constar, asimismo, los medios de localización del letrado que realizó la primera asistencia a fin de permitir un posterior contacto entre los letrados, caso de ser necesario.

— En el caso de que el propio letrado siga la asistencia en esta fase, se recomienda la redacción de una nota de encargo que deje claras las obligaciones de las partes. Al tiempo de dicha nota podría firmarse, si así lo acuerdan el letrado y su asistido, un documento que confiera a aquel la representación procesal para la eventualidad de que sea necesario acudir ante la Audiencia Nacional. Ese documento debería ser bastante para que el letrado pueda solicitar, cuando así se requiera, la provisión de un procurador de oficio para actuar ante órganos jurisdiccionales colegiados.

A fin de retribuir justamente esta carga de trabajo, podría resultar conveniente que en los baremos colegiales se contemplara de manera específica la realización de esta actuación.

Con este procedimiento es perfectamente posible que el solicitante se desentienda de sus obligaciones o no requiera asistencia jurídica, pero no habrá duda de que ésta se ha prestado hasta donde ha sido posible con un nivel de calidad contrastada y que las consecuencias no se deberán ni a deficiencias en la información ni a una mala práctica profesional, sino a la actitud del propio interesado.

6.5.5.2. Seguimiento de la tramitación de la solicitud

En la situación de coexistencia de un modelo dual de asistencia jurídica a solicitantes de asilo, es posible optar por cualquiera de las dos fórmulas. En cualesquiera de los casos el Defensor del Pueblo considera que si por alguno de los motivos antes señalados se produce el comienzo de una nueva relación, ya sea con un letrado del turno colegial ya con una entidad no gubernamental, este hecho debería formalizarse por la firma por ambas parte de una nota de encargo profesional.

La intervención del letrado en esta fase debería centrarse en la presentación de documentación e información complementaria que considere que puede apoyar el caso, durante la tramitación del expediente por parte de la Oficina de Asilo y Refugio [198].

[198] Obviamente la interlocución entre el letrado y el asistido puede necesitar en este punto de intérprete. En relación con esto debe remitirse a las indicaciones realizadas en el epígrafe anterior

Esta labor requiere en el ámbito del asilo el manejo de una serie de fuentes de información que no siempre se encuentran disponibles en castellano, lo cual supone un problema para muchos letrados. Al tiempo la Delegación en España del ACNUR ha indicado que el portal de información en castellano que dispone de contenidos relevantes, por ejemplo, para la preparación de informes sobre el país de origen, no recibe muchas visitas. También aprecia esa Delegación un escaso manejo de la jurisprudencia extranjera que, en atención a la definición uniforme de refugiado que hace la Convención de Ginebra, podría resultar muy relevante en apoyo de algunas solicitudes.

De particular importancia es el desarrollo de esta labor tendente a reforzar y completar el expediente en aquellos casos en los que no ha existido asistencia jurídica en la fase de admisión a trámite de la solicitud [199].

Por otra parte la labor de los letrados debe procurar también la obtención de informes de apoyo por parte del ACNUR o de las asociaciones legalmente reconocidas que tengan entre sus objetivos el asesoramiento y la ayuda a los refugiados. Estos informes quedarán incorporados al expediente, según dispone el artículo 24.3 del Reglamento de la Ley de asilo. Aquí, en principio, si el letrado que presta la asistencia lo hace en nombre de una entidad gubernamental tendrá una mayor posibilidad de centrar los términos del informe y obtenerlo en un tiempo razonable.

Para los letrados de los turnos colegiales la solución es solicitar el informe a una de las entidades referidas. Por lo manifestado en las jornadas de trabajo convocadas con letrados y con representantes de entidades no gubernamentales las peticiones de informes de esta naturaleza no son excesivas, aunque alguna organización reconoció que existían problemas para realizar esta labor con agilidad, al no disponer de medios suficientes. Paralelamente se señaló que en ocasiones la petición de informe por parte de algunos letrados se realiza de forma automática, reiterándola a varias de las entidades que pueden emitirla y sin haber realizado un análisis previo de la conveniencia de contar con él.

El Defensor del Pueblo considera que la misión fundamental de un informe de apoyo ha de ser individualizar y objetivar las circunstancias de cada solicitante. Por ello entiende que las peticiones de informe han de ir acompañadas de las impresiones del letrado que permitan centrar de una manera más efectiva la situación del mismo, el grado de verosimilitud de su relato y cuáles son los elementos necesitados de una explicación suplementaria o del apoyo para el que se solicita el informe. La lógica de estos informes es completar lo que figura en el expediente y ello implica necesariamente conocer el estado del mismo sin limitarse a la solicitud inicial.

---

y los comentarios que tratan este asunto desde una perspectiva general en la parte tercera del presente informe.

[199] En el informe de la Delegación en España del ACNUR se atribuye gran importancia a esta cuestión, ya que indica que en la mayoría de los casos las propuestas de los instructores se basan, a falta de otros datos, en las declaraciones iniciales que suelen ser muy escuetas y pecan de vaguedad.

También se aprecia poca actividad por parte de los letrados en lo referente a solicitar que los instructores de la Oficina de Asilo y Refugio entrevisten a los solicitantes, para completar los datos del expediente, con anterioridad a que el expediente se eleve a la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio. Consciente de esta carencia, que en muchos casos imposibilita disponer de datos básicos para un adecuado estudio de la solicitud, la Delegación en España del ACNUR mantiene el criterio de solicitar la devolución del expediente a la Oficina de Asilo y Refugio cuando aprecia que la propuesta que eleva el instructor recomienda la denegación por basarse la solicitud en alegaciones que pueden considerarse vagas, genéricas o imprecisas, así como cuando el relato se considera falto de credibilidad. El Defensor del Pueblo coincide con el hecho de que una denegación de asilo en esta fase no puede producirse por una presunción de falta de veracidad, sin haber dado al solicitante la oportunidad de ampliar sus explicaciones y facilitar las aclaraciones que considere pertinentes.

Una buena actuación de seguimiento de la tramitación por parte del letrado debería advertir el problema sin necesidad de que la representación del ACNUR tenga que actuar en el momento en que el caso se presenta en la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio. De hecho, en un régimen de adecuada prestación de la asistencia jurídica esta posibilidad debería ser la excepción y no la norma.

La realización de esta entrevista plantea también problemas prácticos para contar con la asistencia de un letrado. De hecho, normalmente los letrados no suelen acudir a las mismas, lo que supone una pérdida de conocimiento directo sobre su desarrollo y sobre las manifestaciones del solicitante. Las razones de esta ausencia son variadas: unas tienen que ver con la falta de una real asistencia jurídica; en otros casos se trata de problemas de comunicación entre el letrado y su asistido; también pueden darse situaciones en las que la distancia entre el lugar de residencia del letrado y del asistido y el lugar en el que se celebra la entrevista haga muy gravoso el desplazamiento.

El Defensor del Pueblo considera que, sin perjuicio de la adopción de medidas más globales para mejorar la coherencia general del sistema de asistencia jurídica a los solicitantes de asilo, se podrían adoptar varias fórmulas para favorecer el desarrollo de estas entrevistas con presencia letrada.

En particular, la Oficina de Asilo y Refugio debería profundizar en la práctica de desconcentrar los lugares de celebración de estas entrevistas, a fin de acercarlas al lugar en el que residen los solicitantes.

Cuando las entrevistas se desarrollen en la sede central, debería contemplarse el abono de gastos de desplazamiento dentro de una determinada distancia, en el supuesto de atención por parte de letrados de los turnos colegiales. Alternativamente, tanto para los letrados de entidades no gubernamentales como para los que prestan sus servicios en los colegios de abogados, podría establecerse un sistema de habilitación a través del cual un letrado de la misma organi-

zación o un letrado [200] del turno del Colegio de Abogados de Madrid recibiría la comisión de acudir con el solicitante a la Oficina de Asilo y Refugio, asistir a la entrevista y remitir a su compañero la copia del acta de la misma, así como un informe ampliatorio sobre las impresiones a las que ha podido llegar.

En cuanto al desarrollo de las entrevistas y la actitud que debe adoptar el letrado cabe dar por reproducidas las consideraciones hechas respecto de la entrevista de formulación de la solicitud de asilo.

No existen previsiones para el reintegro de los gastos de traducción de documentos o declaraciones realizadas en un idioma distinto del español. Este podría ser uno de los campos de cooperación entre los colegios de abogados y las organizaciones no gubernamentales.

Tampoco el acceso a los expedientes parece que esté resultando fácil, a juzgar por la información que se ha podido reunir para la preparación de este informe. La dispersión de los solicitantes y la centralización de la tramitación dificulta —según ya se ha señalado antes en la fase de admisión a trámite— ese acceso.

Por su parte la Administración también ha manifestado que en ocasiones se produce una confusión, al solicitar varios letrados la vista del mismo expediente. Para evitar esta situación se requiere al solicitante que señale cuál es el letrado que le está asistiendo.

El Defensor del Pueblo tiene en este punto que manifestar su convicción de que es necesario un cambio radical en la concepción de cómo ha de producirse este acceso al expediente por parte del letrado que realice la asistencia. Ese cambio de concepción debe venir propiciado por la implantación decidida de las nuevas tecnologías como método de acceso al expediente y de seguimiento del mismo. En este punto debe implantarse un sistema que, sin merma de la seguridad y la confidencialidad, permita a los letrados y a los propios asistidos conocer cómo marcha su expediente en la Oficina de Asilo y acceder a su contenido sin necesidad de desplazarse a la oficina. La implantación progresiva de los programas de firma electrónica y la difusión de la misma entre la abogacía, que está siendo apoyada decididamente por el Consejo General de la Abogacía Española, puede facilitar a medio plazo este sistema.

Adicionalmente, la Oficina de Asilo y Refugio debería adoptar también un papel activo en relación con este punto, convirtiéndose en entidad certificadora a través del oportuno convenio con la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda y concertando con los colegios profesionales y entidades no gubernamentales sesiones formativas para familiarizar a los usuarios con el manejo de los programas de consulta de expedientes. Sin perjuicio de que el

---

[200] En los casos en los que la primera asistencia se llevara a cabo por un letrado de este Colegio y el solicitante se trasladase a otra provincia y tuviera un letrado diferente, podría ser muy adecuado que la asistencia a esta entrevista la realizara el primer letrado, por habilitación del que lleve el asunto, ya que está mínimamente familiarizado con el caso.

Consejo General de la Abogacía también puede realizar funciones de entidad certificadora a estos efectos.

Resuelto el expediente, el artículo 28 del Reglamento de aplicación de la Ley de asilo dispone que se procederá a su notificación al interesado, en los términos previstos por la legislación de procedimiento administrativo. Se indica también que se comunicará a la organización no gubernamental que tutele al interesado, cuando resulte procedente. Nada se señala, sin embargo, sobre el envío de una comunicación al letrado que lleve la asistencia jurídica. Considera el Defensor del Pueblo que debería preverse el envío de tal comunicación al letrado que conste en el expediente en términos equivalentes a lo establecido para las entidades no gubernamentales, a fin de ofrecer los medios para asegurar la efectividad del derecho de defensa.

6.5.6. Intervención letrada en la revisión judicial

El control de las decisiones en materia de asilo está encomendado a la jurisdicción contencioso-administrativa y tanto en lo que se refiere a la revisión de las resoluciones de inadmisión a trámite como a la denegación del estatuto de refugiado, se centraliza en la Audiencia Nacional.

Esta jurisdicción está encomendada en lo referente al recurso contra la inadmisión a trámite en primera instancia a los juzgados centrales de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, después de la modificación introducida por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, en el artículo 8 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa. A la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la propia Audiencia le corresponderá la segunda instancia frente a las sentencias de los juzgados centrales de lo contencioso, así como el conocimiento de los recursos contra la denegación del estatuto de refugiado [201]. La sentencia emitida por la Sala de la Audiencia Nacional será recurrible en casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

La presentación de un recurso desde cualquier parte del territorio nacional implica, si el interesado ha acudido a los servicios de los turnos colegiales, la necesidad de que designe a un letrado del Colegio de Madrid que lleve adelante el procedimiento.

Esta designación ocasiona no pocos problemas prácticos, el más importante de los cuales es el total desconocimiento del nuevo letrado de la situación y vicisitudes del expediente. La presencia del letrado en Madrid, ciudad sede de

[201] Cabe, no obstante, un caso en el que la competencia para conocer el recurso contra la denegación del estatuto de refugiado corresponderá a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. Esa situación se producirá cuando el Ministro del Interior se muestre disconforme con la propuesta que le eleve la CIAR y traslade el asunto para su resolución al Consejo de Ministros, conforme a lo previsto en el artículo 7 de la Ley de asilo.

la Oficina de Asilo y Refugio, debería facilitar el acceso en principio a este expediente, aunque en ocasiones el cambio de letrado da lugar a retrasos o denegaciones de la vista solicitada.

También se tienen constatadas situaciones que suman una dificultad más para la comunicación entre letrado y asistido, como ha podido apreciarse en los expedientes de asilo tramitados desde Ceuta. Dado que el acceso a la península desde ese punto está sometido a controles de seguridad que impiden el libre paso, los solicitantes deben permanecer allí mientras se sustancia su procedimiento y tienen serias dificultades para entrar en contacto con el abogado que lleva su caso ante la Audiencia Nacional [202].

Es necesario preguntarse si esta situación está organizada de modo que permita la dispensación de una asistencia jurídica de calidad. La opinión del Defensor del Pueblo es que no. El ámbito del asilo constituye de hecho un ejemplo paradigmático de la necesidad de reformular el sistema de asistencia jurídica sobre bases más lógicas.

Las modificaciones y reformas a introducir en este punto dependen en gran medida del modelo general de asistencia jurídica a los solicitantes de asilo por el que se opte, por lo que resulta muy difícil hacer propuestas concretas en esta materia, sin tomar partido por un modelo. Con un ánimo puramente ilustrativo y a fin de propiciar el necesario debate, pueden contemplarse algunas de estas opciones:

— Permitir la presentación directa del recurso ante la Audiencia Nacional por parte del letrado que hubiera llevado el caso en la vía administrativa, sin exigir su colegiación en Madrid. Esta vía resulta imposible de articular sin establecer un baremo específico para la actuación ante órganos centrales, que contemple la necesidad de acudir a vistas y que atienda de manera suficiente a los demás gastos que estos desplazamientos pueden ocasionar. Aunque a priori se trata de la opción más conveniente su dificultad está en el alto costo que la misma supondría. También debería ser objeto de especial atención en este caso la actuación en las solicitudes de suspensión provisionalísima conforme a las previsiones del artículo 135 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa.
— Mejorar sustancialmente las labores de auxilio colegial, de modo que los colegios de abogados receptores de la solicitud asumieran el rol de oficinas de gestión, que los letrados que actúan ante la Audiencia Nacional pudieran emplear para comunicarse con sus clientes y para facilitar la comunicación de estos con el órgano judicial. Para asegurar la efectividad del sistema esto debería completarse con una reformulación de la función del letrado que realizó la primera asistencia y que quedaría

[202] Lógicamente hasta que se produzca la designación por el Colegio de Madrid no pueden conocer su nombre y una vez comunicada se trata de personas que no tienen domicilio conocido, ya que no todas han podido ser acogidas en el CETI, con lo cual efectuar cualquier comunicación resulta muy complejo.

encargado de servir de cauce de comunicación entre el letrado que actúa ante el tribunal y el asistido y que, al tiempo, continuaría su función auxiliando a su compañero e informando al solicitante de la marcha del procedimiento. En el caso de que la asistencia se realice por una organización no gubernamental el sistema podría acomodarse a esta práctica en el ámbito interno de cada entidad.

La situación que viene comentándose, de desvinculación entre el letrado y asistido —y que ha sido reiteradamente aludida como causa de múltiples problemas a lo largo de las jornadas de trabajo con letrados y representantes de entidades no gubernamentales— puede explicar en parte el panorama que cabe deducir del informe de la Delegación en España del ACNUR y otras aportaciones: Los casos que se presentan a la Audiencia Nacional, especialmente los provenientes de letrados de los turnos de oficio colegiales, no innovan sobre lo que figura en el expediente administrativo, limitándose a reiterarse en lo ya expresado. Se echa en falta en algunos casos el desarrollo de una argumentación jurídica bien articulada y la aportación de información suplementaria sobre el país de origen. Se aprecia también en conjunto un escaso manejo de la doctrina jurídica de la propia Audiencia Nacional y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia.

Resulta poco probable que estos problemas se superen sin apostar por una especialización en el tema de asilo de los letrados que intervienen en estos procedimientos. Este asunto entronca directamente con la formación y el control de la calidad de los servicios de asistencia jurídica y será tratado en el próximo epígrafe.

Para completar las cuestiones aludidas, ha de referirse que en determinados casos en solicitudes de asilo en las que se designa un letrado del Colegio de Madrid para la interposición de un recurso de un solicitante que se encuentra en otras provincias, y particularmente por su peculiar control fronterizo en Ceuta y Melilla, se han tenido dificultades para la admisión del recurso, puesto que el letrado no disponía de la oportuna representación y no se había producido la designación de un procurador, que son las dos vías que contempla el artículo 23 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa. En esta tesitura la posibilidad de localizar a los asistidos para que acudan a un notario se torna complicada por la dificultad para localizar a estas personas y por las dificultades idiomáticas. El traslado de los interesados a Madrid resulta también complejo, sobre todo en las dos ciudades autónomas referidas, y excesivamente gravoso en relación con el fin pretendido.

La superación de este problema debe ir de la mano de la renovación de la forma en que se concibe la representación, considerándola conferida al letrado que sea designado por el Colegio, como una consecuencia natural de la propia petición. No obstante, para que este sistema no se convierta en una ficción legal y profundice la separación entre el letrado que actúa ante la Audiencia Nacional y el asistido que permanece en el punto en el que solicitó asilo, nuevamente parece necesario recurrir a la intermediación del letrado que llevó la fase admi-

nistrativa previa o que asume la función de actuar como cauce de unión entre ambos.

Por otra parte, durante la jornada de trabajo con entidades no gubernamentales, se indicó que en ocasiones se han producido problemas administrativos cuando una de estas entidades ha llevado casos ante órganos colegiados por medio de sus servicios jurídicos. En estos supuestos, como resulta preceptiva la actuación de un procurador, se ha solicitado el beneficio de justicia gratuita para la designación del mismo y por un error se ha procedido a la designación de letrado y de procurador. Este sencillo problema de gestión implica, no obstante, la paralización del proceso hasta que se resuelve cuál es el letrado que debe actuar. A este respecto parece necesario que la Comisión de Asistencia Jurídica que se encarga de la gestión de las peticiones para acudir a los órganos jurisdiccionales centrales ponga especial celo en distinguir estos casos para evitar retrasos innecesarios en estos procedimientos.

6.5.7. Consideraciones sobre la necesidad de mejorar la coherencia del sistema de asistencia jurídica a los solicitantes de asilo

Las diversas cuestiones que se han venido abordando a lo largo del presente capítulo y especialmente las disfunciones y problemas que condicionan la prestación de un servicio de asistencia jurídica de calidad obedecen a múltiples causas, algunas de ellas generales en la atención a colectivos extranjeros. Sin embargo existe en este punto una serie de elementos que constituyen una especificidad de la asistencia jurídica en este ámbito y sobre todos ellos la dualidad de sistemas. A priori cabría pensar que esta dualidad de sistemas supondría un incremento de la atención a los solicitantes, pero lo cierto es que, de acuerdo con todo lo que ha venido exponiéndose, a la postre esto no es así.

Sin embargo, ello no implica que pueda recomendarse un sistema en detrimento del otro, ya que ambos presentan ventajas pero también insuficiencias.

Así, el sistema de asistencia colegial tiene a su favor la implantación en todo el territorio nacional, lo que permite disponer de un abogado allí donde se necesite en un tiempo relativamente corto. Esta cuestión resulta muy importante en los procedimientos de admisión a trámite. Por el contrario, la especificidad del ordenamiento de asilo, la necesidad de manejar fuentes muy específicas para preparar los casos, la conveniencia de disponer de un entrenamiento para poder actuar en este campo y el bajo número de solicitudes de asilo en relación con los números globales de actuaciones en extranjería, hacen poco plausible pensar que la mayoría de los letrados que puedan prestar esa asistencia cuenten con una especialización suficiente en la materia.

La prestación del servicio a través de organizaciones no gubernamentales que tienen entre sus objetivos la atención a los solicitantes de asilo y refugiados puede ser más completa y especializada. De hecho, en la fase posterior a la

admisión a trámite su actividad, al tener un carácter más amplio que la meramente jurídica, permite una atención más completa a las necesidades de los solicitantes que lógicamente no se agotan en el seguimiento de su solicitud, por más que ésta tenga gran importancia. El problema es que las organizaciones no disponen de fondos ni de una estructura suficiente como para asegurar una cobertura del territorio equivalente al sistema colegial. Sin embargo en ciertos puntos en los que sí están representados no es extraño que se hagan cargo de la asistencia jurídica también durante la fase de admisión a trámite, según han informado la Delegación en España del ACNUR y varios colegios de abogados.

Cabe, pues, plantearse como primera cuestión si debe reconducirse el actual sistema dual hacia otro en el que la asistencia jurídica se preste exclusivamente por alguna de las entidades que ahora lo hacen. A criterio de esta Institución si se optara por acometer tal cambio las razones ya señaladas de especialización y la conveniencia de asegurar una asistencia multidisciplinar e integrada aconsejarían conferir esa responsabilidad a las entidades no gubernamentales. Ahora bien esto resultará inviable sin un incremento notable de las subvenciones que reciben, que les permitieran adaptar sus servicios jurídicos con el objeto de asumir esa responsabilidad en exclusiva. También considera el Defensor del Pueblo que ese cambio no debería realizarse sino en el marco de una profunda revisión de la normativa y los procedimientos de asilo, incluida la actuación ante los órganos judiciales, para prever los procedimientos de actuación de estas entidades, la libertad de elección de los solicitantes, las fórmulas de representación de sus asistidos y el estatuto al que deben sujetarse los letrados que presten en ellas sus servicios.

No obstante, sin acometer una reforma tan rotunda, resulta también posible establecer medidas que mejoren la coherencia global del sistema y faciliten un incremento de la coordinación entre las organizaciones no gubernamentales y los colegios de abogados. Entre las medidas principales a adoptar cabe referir las siguientes:

— Cualquier letrado que preste asistencia a ciudadanos extranjeros debe contar con unas nociones básicas sobre asilo que le permitan reconocer, al menos de manera indiciaria, una necesidad de protección y adoptar las medidas necesarias para que el interesado disponga de una asistencia jurídica especializada. Ello implica la introducción como requisito en todos los cursos que habilitan para el acceso al turno de extranjería de contenidos sobre asilo. En relación con esto deben suscribirse las conclusiones alcanzadas en la mesa séptima del XIV Encuentro de Abogados expertos en extranjería, que solicitaba al Consejo General de la Abogacía la ampliación de los contenidos en materia de asilo en los programas formativos homologados por dicho Consejo.
— La experiencia demuestra que la entrada de solicitantes de asilo se concentra en determinados puntos. En estos casos sería imprescindible el establecimiento de turnos específicos de asistencia a solicitantes de asilo.

En el resto del territorio la asistencia que se precisa podría desarrollarse a través de letrados de organizaciones no gubernamentales, por medio de un convenio entre éstas y los colegios correspondientes. Alternativamente los colegios de abogados, por acuerdos bilaterales o de sus consejos autonómicos, podrían establecer turnos supracolegiales, cuyas percepciones se adecuen debidamente en los correspondientes baremos, de modo que se asegure que la prestación del servicio se hace por profesionales especializados en la materia.

— Para la atención a los solicitantes de asilo admitidos a trámite los colegios de abogados y las organizaciones no gubernamentales deberían establecer convenios para coordinar la prestación del servicio, en los que se concierten los mecanismos de apoyo mutuo necesarios para optimizar la atención a los solicitantes de asilo, particularmente en lo referente al acceso a información relevante sobre el país de origen, tratamiento de personas en situación de vulnerabilidad social, disponibilidad de intérpretes, realización de traducciones documentales, coordinación en la preparación y emisión de informes de apoyo, etc. Tales convenios deberían tender, en la medida de lo posible, al mantenimiento de la dirección técnica de los casos bajo la responsabilidad de los letrados que iniciaron la asistencia.
— Dentro de los turnos debería favorecerse el establecimiento del principio de libre elección de letrado por parte de los solicitantes de asilo.
— En los supuestos en que se haga necesario acudir ante la jurisdicción y no resulte posible la actuación del letrado que actuó en la vía administrativa, lo que en términos generales se considera lo más conveniente, deberán establecerse protocolos de actuación comunes para evitar que el letrado designado para la defensa del recurso judicial pueda contar con los antecedentes del caso y recibir la asistencia de su colega.
— La asistencia letrada en asilo, sea en los turnos colegiales o en los servicios jurídicos de las entidades no gubernamentales, requiere un nivel de especialización que debería acreditarse por medio de la superación de un curso monográfico de larga duración, en el que junto a los contenidos jurídicos se diera relevancia a la familiarización con técnicas para el tratamiento de personas en situación de vulnerabilidad y técnicas de entrevista. La carga lectiva de estos cursos debería contemplar la realización de prácticas en la Oficina de Asilo y Refugio, organizaciones no gubernamentales y en la Delegación en España del ACNUR. Asimismo, se estima que, dado el mandato internacional del ACNUR y su especialización en la materia, debería otorgársele un papel relevante en la acreditación de la suficiencia de los letrados que realicen estos cursos.
— Otro de los ejes del sistema debería ser la actualización del conocimiento por parte de los letrados que cuenten con la especialización, a través de programas de formación continuada concertados entre organizaciones no gubernamentales y los órganos representativos de los colegios de abogados, con la participación de la Delegación en España del ACNUR. En estos programas deberían participar los letrados que pertenezcan a los turnos

colegiales y los que presten sus servicios en las organizaciones no gubernamentales.

— Resultaría también muy oportuno que el Consejo General de la Abogacía Española, con la estrecha colaboración de las entidades no gubernamentales y de la Delegación en España del ACNUR, estableciera un observatorio de la asistencia letrada en asilo, que permitiera orientar las acciones formativas, actualizar periódicamente los protocolos de actuación y disponer de datos contrastados sobre la calidad de la asistencia letrada.

6.5.8. Asistencia letrada y orientación jurídica en el régimen de protección temporal

En el epígrafe anterior se dio cuenta de la introducción en nuestro Derecho interno del llamado régimen de protección temporal, a través del Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre, que transpone la Directiva 2001/55/CE, del Consejo, de 20 de julio. Ni el Reglamento aprobado por medio del Real Decreto que se ha señalado, ni la Directiva de la que trae causa, realizan mención alguna sobre el establecimiento de previsiones referentes a la asistencia u orientación jurídica.

Esta omisión resulta extraña, puesto que implica una ruptura abrupta con una tendencia, iniciada precisamente en el ámbito del asilo, y que luego se ha visto ampliada y consolidada para buena parte de los trámites de extranjería. Y esa extrañeza es tanto mayor cuanto que de la lectura de los preceptos del Reglamento se percibe una íntima conexión entre éste y el sistema de asilo, patente incluso en el mismo artículo primero del Reglamento. Sin embargo, esta conexión no se ha establecido en el estricto plano normativo, como quizá hubiera sido lo más lógico, por medio de una previsión que estableciera la supletoriedad de la regulación del asilo en aquello no previsto por el Reglamento de protección temporal.

Acaso una explicación para la ausencia de toda referencia a la asistencia jurídica y de intérprete esté en la parquedad con la que se ha delineado el procedimiento de reconocimiento individual del beneficio de protección temporal, en el artículo 11 del Reglamento. Lo cierto es que esa parquedad desatiende la posibilidad de que en una operación de este tipo se produzcan situaciones de gran complejidad jurídica. Así, por ejemplo, la concesión de los beneficios del régimen de protección temporal requiere la presentación de una solicitud individualizada, que por puras razones prácticas se desarrollaría de una forma más eficiente si todo el proceso de orientación y preparación de las solicitudes se realiza a través de asesores jurídicos.

Por otra parte, se dispone que la solicitud de protección temporal deberá ser resuelta de manera motivada y, lógicamente, un elemento capital para la concesión de este beneficio estará relacionado con la descripción de los grupos con-

cretos de personas a los que debe aplicarse dicha protección o cualquier otro elemento de singularización que se adopte en la declaración general, tanto del Gobierno español como del Consejo de la Unión Europea. Ello permite la configuración de grupos por múltiples factores, algunos de los cuales pueden resultar no fácilmente determinables e, incluso, controvertidos; todo dependerá de la naturaleza del conflicto y del éxito que se alcance en la labor de concertación de una definición

También ha de repararse en que cabe denegar la protección basándose en las previsiones del artículo 12.1 del Reglamento, es decir por apreciarse motivos justificados para pensar que el interesado ha cometido un delito grave o es culpable de actos contrarios a las finalidades y principios de la Naciones Unidas o bien, por considerarse que supone un peligro para la seguridad nacional o el orden público. Las especiales cautelas que el propio texto reglamentario adopta en orden a que esa decisión es fruto de la individualización de la responsabilidad aconsejan que el interesado pueda contar con asistencia jurídica a lo largo del procedimiento administrativo cuya finalidad es analizar estas cuestiones.

Tampoco debe desatenderse que, en el caso de que la solicitud de reconocimiento del estatuto de protección temporal se deniegue encontrándose el solicitante ya en España, la situación de estas personas se torna muy compleja, puesto que su devolución a la zona de origen puede contravenir la normativa internacional de derechos humanos e incluso la legislación de extranjería. De hecho resultaría forzoso analizar si una actuación de este tipo coloca a los interesados en riesgo de sufrir un daño a consecuencia del conflicto que ha motivado la declaración general de protección. Pues bien, para todos los demás procedimientos en que eventualmente podría darse una situación semejante está legalmente previsto el derecho a contar con asistencia jurídica.

Es más, la posibilidad reconocida en el artículo 22 del Reglamento de que el beneficiario de protección temporal pueda solicitar el reconocimiento de la condición de refugiado, es un elemento más a favor del establecimiento de un sistema de asistencia jurídica, puesto que dado el carácter masivo de la afluencia de personas susceptibles de acogerse a este sistema, sin una asesoría jurídica adecuada resultará difícil determinar la existencia de casos de asilo y será mucho más complicado que el interesado pueda obtener información en relación con este punto si no cuenta con la asistencia de un profesional que detecte situaciones especiales.

Por todo ello, entiende el Defensor del Pueblo que debe colmarse esta laguna del Reglamento de protección temporal. Para ello lo más correcto sería establecer en la Ley de asilo una disposición que sirviera de engarce entre ambos sistemas de protección y estableciera para los solicitantes de protección temporal un nivel de garantías en lo que al procedimiento administrativo se refiere homologables a las previstas para el procedimiento de asilo. Como alternativa, y tal como se ha apuntado ya, ese efecto podría lograrse, a los efectos prácticos estableciendo la supletoriedad de la normativa de asilo en lo referente a las garantías del procedimiento, señaladamente en cuanto a la asistencia letrada y

de intérprete, por medio de una disposición adicional en el Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre.

Para los casos en los que la solicitud de reconocimiento individual se efectúe fuera de España, especialmente en el marco de procedimientos de evacuación desde puntos seguros con vistas a establecer un proceso de reparto de cargas entre los países de la Unión Europea, esta Institución considera que entre las normas de desarrollo que pueden adoptarse de conformidad con la disposición final primera del Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre, debería preverse la incorporación a los operativos de las organizaciones no gubernamentales que presten servicios jurídicos para la orientación de las personas que puedan acogerse a este régimen.

Por último, el acceso de los solicitantes de protección temporal y beneficiarios de ese régimen que se encuentren en España a la asistencia jurídica gratuita para acudir a los tribunales no presenta mayores problemas, ya que la generalidad de la cláusula del artículo 22.2 de la Ley de extranjería —especialmente después de la interpretación que del concepto de residencia ha hecho el Tribunal Constitucional en relación con los extranjeros—, les proporcionaría una cobertura suficiente.

7. ASISTENCIA LETRADA Y TUTELA JUDICIAL DEL EXTRANJERO

7.1. Introducción

La Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relaciona, como no podía ser de otra manera, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva establecido en el artículo 24.1 de la Constitución con el establecimiento de un sistema de justicia gratuita. El artículo 20.2 de dicha Ley Orgánica conecta de manera explícita la efectividad del derecho a la tutela con el establecimiento de un sistema de justicia gratuita en los casos de insuficiencia de recursos para litigar.

Una de las conclusiones más relevantes de este informe es que el acceso a un abogado es particularmente relevante en los procedimientos administrativos de inmigración, porque en ellos es frecuente el conflicto jurídico y son ellos (los inmigrantes) quienes necesitan una particular asistencia letrada en estos procedimientos con fundamento en principios y valores constitucionales como la igualdad (art. 1.1 de la Constitución) o la necesidad de remover cualquier obstáculo que impida o dificulte que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas en nuestro Derecho y en nuestra sociedad (art. 9.2). Sin que pueda desconocerse esta realidad, la misma no es óbice para comprender que en el origen histórico del establecimiento del derecho a la asistencia letrada gratuita y en la realidad actual del mismo para

los inmigrantes, la conexión entre los artículos 119 y 24.1 de la Constitución es absolutamente relevante [la justicia será gratuita (...) en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar].

En efecto, la Administración de justicia y también la abogacía (en razón del principio de postulación procesal, conforme a nuestra tradición jurídica y la necesidad de una Justicia eficaz en tanto que impetrada por profesionales) deben responder a las demandas (en el sentido más amplio del término: demandas, recursos, denuncias, querellas...) de las personas no nacionales que viven en nuestro territorio, sea cual sea la situación jurídica de los mismos desde la perspectiva del Derecho inmigratorio.

La intervención del abogado tiene su razón de ser en la complejidad técnica que entrañan la mayoría de los procesos. Quienes necesitan acudir a la Administración de justicia, incluso si su nivel cultural es elevado, carecen de la formación necesaria para conocer de las variadas actuaciones del proceso, carecen de la formación para saber lo que hay que hacer y lo que conviene hacer en cada momento. Es evidente pues que un derecho fundamental tan básico como el de defensa de los propios derechos e intereses ante los tribunales no puede ejercitarse generalmente por uno mismo, y no sólo porque la ley lo prohíba, sino porque la propia naturaleza de los procesos lo exige. El derecho fundamental de defensa es así, en puridad, derecho de defensa a través de abogado.

Pero el abogado es algo más que un defensor de parte. La Ley Orgánica del Poder Judicial regula la abogacía, bien que de manera somera, dentro del Libro dedicado a aquellos órganos que cooperan con la Administración de justicia (Libro VII: Del Ministerio Fiscal y demás personas e instituciones que cooperan con la Administración de justicia). Dicho de otra manera, una actuación del abogado ética y eficaz es parte del engranaje de la Administración de justicia, en sentido amplio, aunque orgánicamente, por supuesto, no se integre en ella, por lo que difícilmente podrá hablarse en un Estado de una buena Administración de justicia si no existe una buena abogacía. El carácter preceptivo del abogado en la inmensa mayoría de los procesos denota un interés público en que el proceso, institución de Derecho público, se desarrolle de manera ágil y eficaz.

Hoy en día, la figura del abogado adquiere más que nunca un perfil de asesoramiento integral, procesal, pre procesal y extra procesal. Buena parte de las actuaciones del abogado con respecto a los inmigrantes son precisamente pre procesales, porque se relacionan con situaciones administrativas que de resolverse favorablemente para el interés del inmigrante no darán lugar a que sea necesario un proceso, y de resolverse desfavorablemente son presupuestos del proceso contencioso-administrativo impugnatorio de actos de la Administración propios del Derecho de inmigración. Esta dimensión integral de lo que es el abogado está bien definida por el Estatuto General de la Abogacía aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, que en el artículo 1.1 establece que «la Abogacía es una profesión libre e independiente que presta un servicio a la sociedad en interés público y que se ejerce en régimen de libre y leal competencia, por medio del consejo y la defensa de derechos e intereses públicos o priva-

dos, mediante la aplicación de la ciencia y la técnica jurídicas, en orden a la concordia, a la efectividad de los derechos y libertades fundamentales y a la Justicia».

El colectivo de inmigrantes tiene una situación de hecho de indefensión social, dada la situación de precariedad y marginación que en él generalmente concurre. La posibilidad de ser captados por desaprensivos que abusen de esta situación social prometiendo el «arreglo de papeles» a cambio de dinero es algo que por desgracia está sucediendo en nuestro país. Este lamentable fenómeno tiene también una vertiente jurisdiccional, cuando lo que falsamente se promete es la obtención de un beneficio jurídico a través de una decisión judicial a sabiendas de la imposibilidad de que esta decisión y el consiguiente beneficio se produzcan. El derecho de acceso a la justicia se convierte así, valga la expresión, en un «acceso-trampa», de efectos sólo útiles para el lucro de quienes pretendan sacar provecho de la desgracia ajena.

El estudio de estos problemas tropieza con dificultades de diversa índole. Podemos destacar algunos: el concepto de inmigrante desde la perspectiva de la Administración de justicia y el abogado que ante ella postula (no necesariamente coincidente con el concepto jurídico formal de extranjero), los procesos judiciales relevantes desde esta perspectiva entre la multitud de los existentes en nuestro Derecho procesal en cada uno de los órdenes jurisdiccionales, y la falta de transparencia de la Administración de justicia, no necesariamente injustificada.

En cuanto a la configuración del concepto de inmigrante a los efectos de este informe, es preciso considerar factores como que no todo extranjero es inmigrante, así como el hecho de que no se deja de ser inmigrante (a efectos sociológicos) por la obtención de la nacionalidad española. Los turistas, por ejemplo, quienes tienen un permiso de estancia por visitar a familiares o realizar un período de estudios de un curso académico, o quienes se jubilan en nuestras costas, difícilmente tienen un perfil adecuado a la concepción social del inmigrante. A este respecto, es interesante la idea de «alteridad». El inmigrante es percibido como «el otro», por diversas razones relacionadas con la construcción de su identidad cultural o económica, elementos que pueden incidir en el ámbito de la Administración de justicia y la abogacía por el tipo de conflictos jurídicos que reclaman tutela judicial efectiva, y que probablemente —aunque no siempre— son diferentes a aquellos que suscitan otros ciudadanos.

En efecto, existen necesidades de tutela judicial efectiva que poco o nada tienen que ver con la inmigración. Quien, por ejemplo, entra en España transportando estupefacientes y cometiendo un delito contra la salud pública, sin duda tiene derecho a la defensa mediante un abogado; pero no es un inmigrante, sino una persona que se ha desplazado puntualmente a España para cometer un delito que, precisamente por su naturaleza (tráfico de drogas), exige normalmente un desplazamiento más o menos largo. El turista extranjero al que se le roba la cartera en una gran ciudad, sin duda es la víctima de un delito y, si desea querellarse, necesita ineludiblemente un abogado; pero ello no constituye un

fenómeno de inmigración con sus necesidades jurídicas específicas. Un último ejemplo: la pareja de extranjeros jubilados residentes en España de nacionalidad alemana que accede al registro civil para contraer matrimonio, tampoco constituye un fenómeno de interés a estos efectos.

Otro problema antes apuntado es el de la llamada «invisibilidad del inmigrante en la Administración de justicia». Es evidente desde el punto de vista estadístico y de gestión que a la justicia interesa el número de «autos» (entendidos como sinónimo de expedientes procesales), que se tramitan en un juzgado o tribunal, pero, en principio, carece de interés la nacionalidad de demandantes y demandados, querellantes y querellados, recurrentes y recurridos, como tampoco el perfil sociológico de los sujetos del proceso.

El investigador, que tiene la legítima ambición de acceder al mayor número de datos posibles para la perfección técnica de su investigación, encuentra el necesario límite en el derecho de los demás a preservar su intimidad. Así, en los diversos libros de entrada de asuntos en los juzgados y tribunales no queda recogida la nacionalidad y, por otra parte, sólo las partes del proceso y los jueces y funcionarios —estos dos últimos actuando siempre bajo el principio de confidencialidad propio de la función pública— deben tener acceso a las actuaciones.

Es evidente que sólo el análisis de todos y cada uno de los procesos judiciales relacionados con extranjeros permitiría acceder a datos completos sobre la litigiosidad en los mismos y las necesidades de defensa. Sin embargo, es fácil colegir desde el análisis de la realidad social española que son particularmente relevantes, en el orden contencioso-administrativo, los procedimientos de Derecho de extranjería, al fin y al cabo una rama del Derecho administrativo, especialmente los relacionados con denegaciones de permisos y expulsiones; en el orden penal, son desde luego relevantes las diligencias previas en las que el imputado sea extranjero; en el orden civil, los procesos de arrendamientos y Derecho de familia, en la medida en que, por una parte, la inmigración conlleva ineludiblemente una importantísima demanda de vivienda, y pueden ser múltiples los conflictos jurídicos que de dicha necesidad se derivan y, por otra parte, la inmigración implica también que arriben diversas culturas con modelos de familia y valores familiares distintos a los tradicionales; finalmente, en el orden social o laboral, es interesante constatar la problemática jurídica específica de quienes desempeñan trabajos que, habitualmente no son desarrollados por los nacionales (servicio doméstico, hostelería, cuidado de mayores, construcción, etc.). La precariedad laboral y el subempleo pueden explicar el insuficiente acceso a la jurisdicción de extranjeros inmigrantes; como es perfectamente conocido en Sociología laboral, paradójicamente, estas situaciones, que reclaman mayor tutela judicial que otras, no conllevan necesariamente un mayor acceso a la jurisdicción por miedo a las consecuencias negativas de las reclamaciones que se pudieran presentar.

En términos cuantitativos la asistencia letrada al inmigrante en los procesos judiciales no es un fenómeno menor. En las informaciones recabadas a los cole-

gios de abogados por esta Institución, puede afirmarse que el mayor número de asistencias letradas se produce en el orden jurisdiccional penal, seguido del contencioso-administrativo y, a mayor distancia, del civil y social. No está extendida la práctica de introducir en las bases de datos de los colegios la nacionalidad del solicitante de asistencia jurídica. Sí se han obtenido datos discriminados por dicho elemento en la Comunidad de Madrid, en la que en 2002 se produjeron un total de 65.836 designaciones, de las cuales algo más de un 32 por 100 se refirieron a ciudadanos extranjeros. Por órdenes jurisdiccionales el número de designaciones fue: 9.641 en el orden penal, 10.239 en el contencioso-administrativo, 920 en el civil y 509 en el social.

El interesante estudio denominado «Inmigración y Justicia. El tratamiento de la inmigración en el ámbito de la Administración de justicia», realizado por el laboratorio de Sociología jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, formula, con datos del año 2000, algunas hipótesis sobre el acceso de extranjeros a los distintos órdenes jurisdiccionales en función del sexo. Pudo constatarse que los hombres intervenían en dos de cada tres de los procesos evaluados y las mujeres en uno de cada tres, aproximadamente. Se formulaba la hipótesis de que las mujeres se acercaban menos a la Administración de justicia no sólo por cuestiones culturales (esto sería muy claro en el mundo árabe), sino por la realidad social en la que algunas viven y que posibilitaría el desconocimiento de ciertos derechos o, sencillamente, el miedo a ejercerlos (mujeres latinoamericanas internas en servicios domésticos). Si se desagregan los datos por órdenes jurisdiccionales se constata que si en el ámbito civil la presencia de hombres y mujeres inmigrantes es similar, en los ámbitos contencioso-administrativo, laboral y penal, el porcentaje de hombres alcanza el 80 por 100. La explicación hipotética que realiza el estudio citado de este fenómeno es que si en el orden civil tanto la inscripción en el Registro Civil o las rupturas matrimoniales se producen de manera equilibrada entre hombres y mujeres (equilibrio que, por el contrario, no se produciría en la adquisición de la nacionalidad, quizás porque los varones lleven más tiempo en España y luego haya habido migración por arraigo familiar de la mujer, y en los casos de arrendamiento, en los que es probable que haya más arrendatarios varones que mujeres), en el orden contencioso-administrativo es posible que exista una menor irregularidad en las mujeres, bien porque muchas se pagan su propia seguridad social al estar trabajando en servicios domésticos, bien porque hay una oferta real de este tipo de trabajo que les ha permitido regularizarse, bien porque algunas mujeres asuman menos riesgos al emprender su proyecto migratorio. En el orden penal, existe una masculinización que coincide exactamente con la mayor comisión de delitos por parte de varones en el caso de los españoles; no debemos olvidar que en España existen aproximadamente 55.000 presos varones frente a sólo algo más de 4.000 mujeres, aproximadamente. Finalmente, en el orden social, quizás, dice el estudio, las mujeres viven una mayor precariedad laboral o el tipo de trabajo que realizan, o su condición de no trabajadoras, explique su ausencia como usuarias de la Administración de justicia.

Otro problema interesante es el de la situación legal de los inmigrantes en relación con su acceso a la jurisdicción, es decir, constatar si el hecho de ser «regulares» o «irregulares» incide en el acceso a la tutela judicial. Especialmente grave en este orden es el problema de la incidencia de la protección a las víctimas de delitos en relación con la situación de irregularidad administrativa de las mismas, cuestión a la que se dedicará un epígrafe específico. Por de pronto, interesa referir las conclusiones del estudio citado de la Universidad de Zaragoza.

En concreto, donde mayor porcentaje de inmigrantes en situación regular existe es en el orden social. Según el informe de la Universidad de Zaragoza, si bien puede parecer natural que quienes realicen una reclamación en el orden social tengan permiso de trabajo, no puede olvidarse que aunque el inmigrante esté en situación de irregularidad ello nada tiene que ver con la legitimación activa ante el orden social pues la existencia de una relación laboral, incluso verbal, puede acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en Derecho. Sin embargo, sociológicamente parece claro que la mayoría sólo acudirá a los tribunales laborales cuando estén en situación regular, teniendo por consiguiente permiso de trabajo y contrato laboral.

El porcentaje de inmigrantes en situación de regularidad que acuden a los tribunales del orden civil es tan elevado como en el caso anterior. La razón de ello puede estribar en los expedientes de adquisición de nacionalidad que implican que todos los solicitantes tengan una situación regular. También puede influir el hecho de que muchos de los que acuden a la jurisdicción civil por asuntos de familia, serán regulares.

En el orden penal, dos de cada tres de los que se encuentran implicados en procedimientos penales dentro del grupo de inmigrantes, en el análisis de la Universidad de Zaragoza, están en situación de regularidad mientras que uno es irregular. Finalmente, es lógico que en ocho de cada diez de los casos evaluados en el orden contencioso-administrativo sean irregulares, al recurrir en procedimientos por denegación de permiso a quien no lo tiene o en procedimientos de expulsión. Los demás serían aquellos a los que se ha denegado la renovación de permiso donde se suspende el acto administrativo denegatorio hasta que el tribunal resuelva y los procedimientos de solicitud de reagrupación familiar donde el inmigrante solicitante tiene que llevar dos años en España en situación regular.

Como es bien sabido, uno de los requisitos establecidos en la legislación de asistencia jurídica gratuita es el de la denominada «sostenibilidad» de la pretensión. Este criterio, que significa sustancialmente que *prima facie* lo que se pide al juzgado o tribunal tenga visos de poder ser otorgado, resulta especialmente problemático por las circunstancias que concurren en la inmigración. En efecto, es evidente que la presión migratoria hacia España significa que, en muchas ocasiones, las pretensiones del inmigrante concreto no pueden ser atendidas conforme a nuestra legislación. Pero no es menos cierto que no debe existir presunción alguna en contra del inmigrante, sino que debe analizarse con rigor y

seriedad, caso por caso, por el abogado, la sostenibilidad. Esto es lo que exige el principio de igualdad de todos ante la ley y elementales exigencias de justicia. Tan lamentable sería que se pensase a priori que las pretensiones del inmigrante son insostenibles en derecho, como que debe recurrirse sistemáticamente a la jurisdicción como táctica dilatoria o, sencillamente, para facturar servicios jurídicos innecesarios por inútiles.

Tanto los letrados adscritos al turno de oficio de extranjería como los representantes de organizaciones no gubernamentales coinciden en señalar las dificultades que surgen para defender adecuadamente los casos que se les presentan cuando los asistidos desaparecen y, por consiguiente, el letrado carece de los medios necesarios para articular con una mínima coherencia la pretensión debido a la ausencia o insuficiencia de los datos disponibles. Ante una situación como la descrita, relativamente frecuente, habría que deslindar lo que significa, por una parte, la sostenibilidad o no de la pretensión, y por otra, la existencia de datos suficientes para articular una buena defensa. El principio *pro actione* aconseja acudir a la jurisdicción si existen los elementos mínimos suficientes para que la pretensión pueda ser afirmada. En doctrina procesal clásica, debiera bastar una «causa de pedir». En este sentido, la Comisión de Justicia Gratuita de Madrid mantiene una interpretación muy restrictiva en relación con este problema, como consecuencia del mencionado principio *pro actione,* considerando en caso de duda que la pretensión es sostenible.

7.2. Asistencia letrada y tutela contencioso-administrativa

7.2.1. Introducción

El orden jurisdiccional contencioso-administrativo es el competente para conocer de los recursos presentados como consecuencia de infracciones producidas en la aplicación del Derecho de extranjería. Se trata de supuestos en los que ha habido una decisión administrativa previa, fundamentalmente una denegación de permisos a quien no los tiene o una expulsión en la que se ordena la salida obligatoria; esto significa que se trata de inmigrantes irregulares; recurrirán, asimismo, a la jurisdicción contencioso-administrativa aquellos inmigrantes regulares que deseen una renovación de los permisos que han obtenido previamente o realicen una solicitud de reagrupamiento familiar o bien si recurren la orden de expulsión por razones distintas a las de encontrarse irregularmente en España.

Los extranjeros que recurren en vía contencioso-administrativa son en su inmensa mayoría ciudadanos no comunitarios. En muy pocos casos, aunque existen, se trata de ciudadanos de la Unión Europea. Estos últimos tienen en la práctica equiparados los derechos de libre circulación y residencia propios de

los españoles, si bien podría ocurrir que hubieran cometido infracciones graves contra el orden público que sean causa de expulsión. El permiso de residencia sólo puede negarse a comunitarios, u ordenarse la expulsión, cuando existan razones de orden público, seguridad pública o salud pública en el marco del Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero sobre Entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

En la investigación citada de la Universidad de Zaragoza las órdenes de expulsión suponen la cuarta parte del total de los casos analizados. La expulsión es una sanción que se aplica tanto para ilícitos administrativos como para ilícitos penales, y en lo que se refiere al ámbito jurisdiccional pueden intervenir en ella tanto los jueces del orden contencioso-administrativo como los jueces penales, que pueden autorizar la expulsión cuando el extranjero es inculpado o condenado en el marco de las previsiones del artículo 89 del Código Penal, referido a la discutida sanción administrativa sustitutoria de la condena inferior a seis años de prisión.

La casuística de las resoluciones jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo tanto estimatorias como desestimatorias es muy variada. Se han estimado jurisdiccionalmente correctas expulsiones del territorio por encontrarse el extranjero irregularmente en España, incluso tramitando renovación de permiso de residencia; por estar indocumentado y requerido por otro juzgado; por estar implicado en actividades contrarias al orden público muy graves o graves; por existir indicios de comisión de un delito; por haber sido condenado por delito o por haber sido detenido por la policía por la comisión de diversos delitos. También ha habido pronunciamientos judiciales en este orden jurisdiccional por casos como encontrarse el extranjero trabajando en España sin haber obtenido permiso de trabajo, no cumplir la salida obligatoria impuesta tras la inadmisión a trámite de una solicitud de asilo, salidas del territorio español por puestos no habilitados, etcétera.

Los motivos más habituales de expulsión confirmada judicialmente son el estar irregularmente en España por no tener permiso de residencia o estar trabajando sin tener permiso de trabajo, así como el estar procesado o inculpado en algún procedimiento penal o tener antecedentes.

También son frecuentes los recursos contra denegaciones de solictudes de permisos, sobre todo denegaciones de permisos de trabajo, aunque también denegaciones de solicitudes de permisos de residencia temporal.

En concreto, en el año 2000, el 75 por 100 de los recursos analizados en los juzgados de lo contencioso-administrativo en el estudio de la Universidad de Zaragoza eran por denegación de las solicitudes de permisos de trabajo; en las salas de lo contencioso, el porcentaje por dicha denegación era del 35 por 100. En el caso de denegaciones de permisos de residencia temporal, en los juzgados era del 21 por 100 y en las salas, del 53 por 100. Los recursos por denegaciones

del permiso de residencia permanente que habilita para residir indefinidamente en España eran muy pocos, bien porque los inmigrantes cumplían con los requisitos legales para acceder a la mencionada residencia, bien porque había pocos inmigrantes que tuvieran la residencia legal continuada que habilita para el acceso a la residencia permanente.

En la jornada de trabajo realizada en esta Institución con jueces y fiscales, de cara a la elaboración de este informe, un miembro de la carrera judicial con destino en una Sala de lo Contencioso-Administrativo de un Tribunal Superior de Justicia, denunciaba haber detectado en alguna ocasión demandas ciclostiladas en las que se realizaban peticiones estandarizadas hasta el extremo de equivocar a veces el modelo que se presentaba, mostrando igualmente una importante desidia en la práctica de la prueba.

El Colegio de Abogados de Valencia realizó, en orden a su remisión al Defensor del Pueblo, una encuesta entre la sección de extranjería del colegio. Dicha encuesta se refiere a todos los problemas que los letrados encuentran en el ámbito de su asistencia de extranjería, y también los problemas encontrados en el ámbito de la Administración de justicia. La casuística es muy variada, y resulta de interés reflejar las distintas situaciones encontradas.

En el orden contencioso-administrativo, y dada la perentoriedad de los plazos en caso de expulsiones, primero se interpone el recurso y después se pide la asignación de turno, de modo que ésta debe llegar rápidamente para que no sea necesario que el juzgado requiera la subsanación del defecto de forma. Otras veces, aunque el extranjero esté en un centro de internamiento, se pide *apud acta* y como el juez se niega a trasladar al extranjero internado a la sede judicial, hay que asumir el coste adicional de llevar un notario al centro de internamiento. En cuanto a la justicia cautelar administrativa, se critica que la apelación contra el auto de denegación de una medida cautelar tarda más en resolverse que el pleito principal. También se indica el carácter restrictivo en la concesión de estas medidas, siendo la doctrina del arraigo el elemento fundamental que justifica el otorgamiento de las mismas.

Otro problema en este orden jurisdiccional es la disparidad de criterios existente en los juzgados de lo contencioso a la hora de admitir la representación procesal del extranjero por parte del letrado de oficio, considerando que la intervención del procurador no es preceptiva en los procedimientos abreviados que se ventilan ante dichos juzgados. En este caso, la representación procesal no corresponde al procurador, sino al abogado, y sería necesario que se admitiese sin problemas que el letrado de oficio tiene plena potestad de postulación. La conclusión decimocuarta de la mesa 7 del XIV Encuentro de Abogados sobre Derecho de Extranjería celebrado en Córdoba en mayo de 2004, propone que se traslade al Consejo General del Poder Judicial la mencionada disparidad de criterios de los juzgados.

7.2.2. Dificultades de acceso a la tutela judicial efectiva por imposibilidad legal de desplazamiento

En los casos de internamiento de extranjeros en una isla distinta de aquella en la que la asistencia gratuita debe solicitarse (lugar que coincide con el de la sede del órgano jurisdiccional en el que habrá de interponerse eventualmente el recurso) el Defensor del Pueblo ha podido constatar cómo en muchos casos resulta imposible hacer efectiva la tutela judicial. El problema estriba en la interpretación llevada a cabo por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias en relación con la postulación para interponer recurso contencioso-administrativo, pues se entiende que la asistencia jurídica al extranjero comienza y termina en la situación de privación de libertad, o en los actos directamente relacionados con la misma, entre los que no se encontraría el acceso a la vía contencioso-administrativa. Se trata de la aplicación del principio general de que la asistencia letrada gratuita se otorga «caso por caso», entendiéndose que el caso varía cuando se produce por el inmigrante el intento de acceso a la vía contencioso-administrativa.

No puede olvidarse que la comparecencia del inmigrante ante el colegio de abogados competente no es física o jurídicamente posible en la mayor parte de las ocasiones, bien por la situación de irregularidad, bien por el elevado coste del desplazamiento entre islas, bien porque ya se ha ejecutado la orden de expulsión o devolución y consiguientemente el extranjero se encuentra fuera del territorio nacional.

Es notoria, por otra parte, la disparidad de criterios entre tribunales superiores de justicia. En el caso del de Madrid, se entiende que basta con la comparecencia del letrado (en el orden contencioso-administrativo la comparecencia de procurador es obligatoria en los órganos colegiados), encomendando al primero la tarea de dirigirse al colegio de procuradores correspondiente a fin de que designe uno.

En concreto, un letrado, que habitualmente ejerce la defensa jurídica de inmigrantes que llegan a la isla de Fuerteventura, se dirigió al Defensor del Pueblo, poniendo de relieve circunstancias de las que se deduce una inadecuada regulación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la Constitución), en relación con la asistencia letrada gratuita (art. 119 de la Constitución), de los inmigrantes en nuestro ordenamiento jurídico.

Sustancialmente exponía que era abogado del Ilustre Colegio Provincial de Las Palmas, adscrito al turno de oficio y por ello conocía que la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Las Palmas de Gran Canaria, en varios procedimientos contencioso-administrativos, había resuelto mediante providencia, la falta de legitimación del letrado para interponer el recurso contencioso-administrativo (procedimiento ordinario) en nombre de su cliente en los siguientes términos: «... careciendo de legitimación el letrado para presentar el recurso; REQUIÉRA-

SE a (nombre del inmigrante) a fin de que en el plazo de diez días, lo presente por sí mismo o suscriba el ya presentado. Asimismo, y a la vista de las manifestaciones vertidas por el referido letrado en el sentido de que actúa en turno de oficio, REQUIÉRASELE también para que en igual plazo acredite tal designación por la Comisión de Justicia Gratuita». Este criterio ha sido confirmado posteriormente, conociendo en vía de recurso, mediante auto de la propia Sección.

Si bien el Defensor del Pueblo respeta escrupulosamente, como no podía ser de otra manera, las resoluciones judiciales, la queja planteaba un problema de carácter general: la tutela contencioso-administrativa de los ciudadanos extranjeros no residentes legales en nuestro país. Este problema reclama también una solución de alcance general.

En efecto, es ilusorio pensar que un extranjero que llega a nuestras costas en las llamadas «pateras» y que se encuentra en la isla de Fuerteventura, sometido a un expediente de expulsión, pueda «presentar por sí mismo» o «suscribir el ya presentado» recurso contencioso-administrativo, que es el criterio jurisprudencial establecido en las resoluciones del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, cuando además se da la circunstancia de que la sede de dicho Tribunal se encuentra en la isla de Gran Canaria y por ello resulta inviable que esa persona pueda desplazarse de una isla a la otra. Por el contrario, parece razonable que el letrado designado en el turno de oficio para la defensa del inmigrante en el expediente de expulsión pueda también ejercer las acciones contencioso-administrativas que considere convenientes relacionadas con la causa de la designación, es decir, la entrada presuntamente ilegal en el territorio nacional, sin que se haga distinción entre la detención cautelar de extranjería (de naturaleza administrativa pero adoptada por un órgano jurisdiccional penal) y las acciones contencioso-administrativas que estén encaminadas a la defensa de la permanencia en el territorio nacional del inmigrante.

De esa situación, se dio traslado a la Fiscalía General del Estado para conocer cuál era el criterio que respecto de esa cuestión mantenía la Fiscalía, así como para que en su caso informase si pensaba instar por parte de la misma alguna actuación en orden a garantizar los derechos de los inmigrantes, especialmente en lo relativo a su asistencia jurídica y a la tutela judicial efectiva que como ciudadanos deben recibir.

A juicio de la Fiscalía General del Estado la asistencia jurídica que se presta a los inmigrantes es la que la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, contempla. En concreto, el artículo 7.1 de dicha Ley dispone que la asistencia prestada «no podrá aplicarse a un proceso distinto» de aquel para el que ha sido asignada, pues no cabe asistencia letrada «universal», para cualquier tipo de actuaciones procesales que eventualmente se pretendan.

Según dicha Fiscalía la Ley de extranjería, al establecer el derecho de asistencia jurídica gratuita en el artículo 22, no introduce modificación en este punto, de modo que es aplicable el régimen general de los españoles sobre prohibición de asistencia letrada «universal».

En el escrito de la Fiscalía General del Estado, se acompañaba también un informe de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Canarias. En él se reconocía que era cierto como apuntaba el Defensor del Pueblo que «es ilusorio pensar que un extranjero, probablemente expulsado del territorio nacional, pueda presentar por sí mismo o suscribir el ya presentado recurso contencioso-administrativo, que es lo que resuelven las providencias de la Sección Segunda», pero tampoco cabía desconocer que tales resoluciones, no hacían sino ir de la mano de la legalidad vigente y, por ende, en tanto ésta no sea cambiada, quedará vedada a aquellos extranjeros la interposición del recurso correspondiente.

En opinión de esta Institución, la interpretación que realizaba la Fiscalía General del Estado puede llegar a producir en la práctica, casos en los que los ciudadanos extranjeros se vean impedidos para ejercitar de forma efectiva su derecho a recibir una asistencia letrada eficaz, viéndose conculcado de esa forma su derecho a la tutela judicial efectiva. La interposición de las acciones jurisdiccionales que procedan por parte del ciudadano extranjero sometido a un procedimiento de la Ley de extranjería, requieren el contar con procurador y abogado de oficio, lo que conlleva el cumplimiento de los requisitos generales, en los términos previstos en los artículos 12 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita y 8 de su Reglamento. Ahora bien, la exigencia de tales requisitos no puede llevarse hasta el extremo de hacer inviable el cumplimiento de los mismos, sobre todo cuando existen órganos judiciales que haciendo una interpretación amplia del derecho a la asistencia letrada, permiten que los ciudadanos extranjeros que comparecen ante la jurisdicción puedan cumplir los requisitos de postulación que las leyes procesales exigen.

La situación descrita constituye una interpretación sin duda conforme con la legalidad vigente, pero sin duda también rigurosa y formal para el inmigrante, que ve muy limitado el alcance del derecho de defensa de oficio.

En efecto, a nadie se le oculta que el interés legítimo del inmigrante es la permanencia legal en el territorio nacional, para iniciar en él una nueva vida que, al ser España un Estado de Derecho desarrollado, es esperada como mejor que aquella que se ha dejado atrás. Pero, precisamente por ser un Estado de Derecho, debe garantizar el ejercicio de las acciones procesales legalmente posibles, con independencia del éxito o fracaso que, conforme a nuestro ordenamiento, sea esperable de tales actuaciones.

El principio general de que la designación de abogado de oficio debe serlo pleito por pleito es plausible, para evitar un ejercicio inmoderado de acciones bajo el paraguas de la gratuidad. Sin embargo, en el caso del inmigrante que arriba al territorio nacional en condiciones casi siempre penosas, la pretensión es en realidad única, se deriva de un solo interés jurídico, la voluntad de permanencia en el territorio; cosa distinta es que se concrete en uno u otro procedimiento, pues cualquiera de ellos estarían avocados a la misma finalidad ontológica.

En un orden práctico, aparecen, además, dos problemas adicionales en los casos conocidos: por una parte, la inconveniencia de traslado del inmigrante al

lugar del juzgado o tribunal que vaya a conocer del proceso principal para solicitar asistencia jurídica gratuita, como exige la Ley de asistencia jurídica gratuita, pues, a quien permanece en el territorio con presunción de ilegalidad, difícilmente puede exigírsele que se traslade a otro lugar del territorio (en ocasiones, a otra isla) para ejercitar su derecho, dado que en muchos casos es de hecho imposible al permanecer internado y tener limitada por ello su libertad.

Por otra parte, es preciso constatar la inseguridad jurídica que se está produciendo pues, según ha conocido esta Institución, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid está adoptando criterios distintos, más *pro actione* que el Tribunal Superior de Justicia de Canarias. Así, las providencias de 14 y 15 de noviembre de 2001 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictadas, respectivamente, en los procedimientos ordinarios 3684/2001 y 3686/2001, permiten que el mismo letrado que defendió al inmigrante durante la sustanciación del expediente administrativo, presente recurso contencioso-administrativo, como se deduce del contenido de esas providencias al acordar las mismas que deberá ser dicho letrado, el que, si así interesa al derecho de su defendido, inste ante el Colegio de Procuradores de Madrid, la designación de colegiado de oficio. Siendo esto así, el derecho de defensa estaría teniendo alcance distinto según el lugar del territorio en el que se encontrase el inmigrante.

Esta Institución viene manteniendo desde hace tiempo, en sintonía con el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que el derecho a la asistencia jurídica gratuita, íntimamente unido al de defensa, debe ser un derecho «efectivo», es decir, un derecho del que se pueda disfrutar realmente, más allá de proclamaciones formales. Como dice la sentencia del Tribunal Constitucional número 37/1988, de 3 de marzo, fundamento jurídico 6, refiriéndose al artículo 6.3 *c)* del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y citando la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de mayo de 1980 (caso Artico) «si se interpretara el texto del 6.3 *c)* de una manera formal y restrictiva la asistencia judicial gratuita tendría el riesgo de revelarse como una palabra vacía en más de una ocasión».

Por todo ello, el Defensor del Pueblo recomendó en junio de 2003 al Ministerio de Justicia que se modificase la legislación vigente en materia de asistencia letrada al extranjero, de modo que el abogado que se designe para su defensa en un procedimiento que puede llevar aparejada su denegación de acceso a territorio nacional, su expulsión o su devolución, pueda también ejercitar la defensa de ese ciudadano extranjero en cuantos procedimientos administrativos o jurisdiccionales guarden relación con las situaciones anteriormente mencionadas.

En similar dirección, una de las conclusiones del XIV Encuentro de Abogados sobre Derecho de Extranjería, celebrado en Córdoba, antes citado, señalaba que las dificultades para la acreditación de la representación en el turno de oficio deberían resolverse en el sentido de admitir la acreditación en el expediente

administrativo o mediante oficio remitido por el Colegio de Abogados (conclusión 5.ª de la mesa 1).

El Secretario de Estado de Justicia contestó en enero de 2004 al escrito dirigido por el Defensor del Pueblo al Ministro manifestando que permitir el acceso a la justicia gratuita a los ciudadanos extranjeros en las condiciones recogidas en la recomendación supondría crear un régimen privilegiado distinto del que existe para los nacionales. A juicio del Secretario de Estado, la recomendación «supondría romper el principio general de la Ley de asistencia jurídica gratuita (prohibición del abogado «universal») en beneficio únicamente de los extranjeros que entran en forma ilegal en territorio español», al tiempo que «una abierta discriminación contra los españoles y contra los extranjeros residentes legalmente en España, que en muchas ocasiones pueden verse también sometidos a dificultades prácticas en su vida diaria para realizar gestiones o actuaciones ante la justicia».

La recomendación del Defensor del Pueblo proponía una reforma legislativa que, en efecto, supondría de ser aprobada un tratamiento diferenciado para los inmigrantes. Pero lo que era visto por el Gobierno como inaceptable discriminación, es más bien, a juicio de esta Institución, dar cumplimiento práctico a lo que dispone la Constitución sobre remoción de los obstáculos que dificultan el pleno ejercicio de los derechos (art. 9.2), en el caso de estas personas desfavorecidas.

7.2.3. Dificultades derivadas, en el orden contencioso-administrativo, de la designación de un letrado distinto del que asiste al inmigrante en el procedimiento administrativo

En muchos colegios de abogados, la asistencia jurídica en los procedimientos administrativos de expulsión y en los contencioso-administrativos es desempeñada por abogados distintos, en aplicación del sistema de reparto de asuntos, salvo que el letrado esté adscrito a ambos turnos (asistencia administrativa y jurisdiccional) y le corresponda llevar el mismo asunto según las reglas de reparto fijadas por el colegio. Esta realidad debiera ser corregida respondiendo a la misma lógica de reforma propuesta en la recomendación al Ministerio de Justicia de junio de 2003. La unidad ontológica de fines debe significar la misma persona ejercitando la defensa; lo contrario es caer en una visión demasiado formal del Derecho. La falta de continuidad provoca que el abogado que interviene en el proceso judicial tenga que preparar la defensa sin conocer los antecedentes ni el desarrollo y contenido del asunto, con lo que se desaprovecha el conocimiento y el trabajo previo del abogado que intervino en el procedimiento administrativo. Parece claro que o bien el abogado debiera ser el mismo, o bien la coordinación entre abogados debiera ser efectiva.

En este sentido, en la jornada de trabajo celebrada en la Institución para la realización de este informe con jueces y fiscales, se manifestó que la designación es para todas las actuaciones, en el ámbito administrativo y judicial. En concreto dio lectura a un acuerdo de reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita que había sido acordado por una comisión de asistencia jurídica, cuyo contenido era el siguiente:

«Reconocer con carácter general el derecho de asistencia jurídica gratuita a todos los extranjeros que formulen su solicitud en cualquiera de los procedimientos administrativos o judiciales a que se refiere el artículo 22.1 de la vigente Ley de extranjería. Dicho reconocimiento tiene el alcance establecido por el artículo 6 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, incluida la exención total de los derechos arancelarios a los que se refieren los números 8 y 9».

No obstante, parece evidente que una cosa es el reconocimiento del derecho para toda clase de procedimientos o procesos, y otra bien distinta que el letrado actuante sea el mismo en todos ellos, y éste es el campo, como se ha dicho, en el que es preciso conseguir bien la identidad de personas, bien una efectiva coordinación entre ellas.

Otro interviniente manifestó en la jornada citada que compartía la idea de que la asistencia debe seguir «hasta el final; durante todo el proceso y para todos los procesos derivados».

7.2.4. Medidas cautelares

7.2.4.1. Otorgamiento restrictivo de medidas cautelares

Las medidas cautelares son un instrumento fundamental para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva. Como consecuencia de la llamada «masificación de la justicia», que arranca en nuestro país de los años ochenta del pasado siglo, y que ha dado lugar a esfuerzos de dotación de medios personales y materiales por parte de todos los gobiernos democráticos sin que se haya podido solucionar de raíz este problema, la medida cautelar se constituye más que nunca en un instrumento de tutela relativamente rápida y eficaz. Los presupuestos tradicionales para conseguir una medida cautelar (*fumus boni iuris,* es decir la apariencia de buen derecho y el *periculum in mora,* el peligro en la tardanza), deben ser suficientes para una respuesta rápida de la jurisdicción en un contexto de justicia masificada y lenta. Estos principios, por supuesto, son de plena aplicación en el ámbito de la extranjería.

Se han presentado al Defensor del Pueblo algunas quejas en relación con una situación en la que los ciudadanos extranjeros sobre los que se había acordado una orden de expulsión presentaban, ante la inminencia de la ejecución de

esta medida, una solicitud de suspensión provisionalísima prevista en la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 135). El problema se planteaba cuando, llegado el momento de la materialización de la orden de expulsión, no se había dictado aún la resolución judicial sobre la suspensión provisionalísima solicitada. La atribución de la competencia para resolver a los juzgados de lo contencioso-administrativo en virtud de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, debiera redundar en una mayor eficacia judicial. Lo que no cabe admitir es que una medida concebida como «provisionalísima» no se adopte de manera inmediata.

Es deseable en materia cautelar una mayor tendencia de la existente a su concesión efectiva, pues se constata, además de la variedad de criterios según los territorios, una orientación restrictiva. En todo caso, la justificación del arraigo debiera ser entendida como ese *fumus boni iuris* que tradicionalmente exige nuestro Derecho para la adopción de una medida cautelar. Dicho arraigo, en el mismo sentido de lo propuesto en las conclusiones del XIV Encuentro de Abogados sobre Derecho de Extranjería, no debe quedar limitado al arraigo familiar, sino que debe extenderse al laboral o, sencillamente, a la empleabilidad del trabajador extranjero (conclusión novena de la mesa 1; la conclusión décima de la misma mesa aboga por el carácter siempre positivo, como es lógico, de las medidas cautelares en supuesto de denegación de renovaciones, y consistirían en la suspensión de la salida obligatoria y la autorización provisonal para trabajar).

7.2.4.2. Medidas cautelares en el asilo y su incidencia sobre la eventual orden de expulsión

En el caso de que algún peticionario de asilo hubiera presentado recurso contencioso-administrativo contra la inadmisión a trámite de su solicitud de asilo y obtuviera del tribunal la suspensión cautelar de dicho acto administrativo, esa decisión debería llevar aparejada la revocación de la orden de expulsión, caso de haberse emitido, y el archivo del expediente. A tal solución se ha de llegar atendiendo a que lo que pende de la decisión judicial es precisamente si hay causa para considerar que la solicitud de asilo debe ser estudiada, para lo cual ha de ser admitida a trámite. Si esto mismo no está claro, y por ello el tribunal suspende la ejecutividad del acto administrativo de inadmisión, resulta evidente que la Administración no puede mantener que el interesado ha incurrido en una estancia irregular sancionable con la expulsión y, por tanto, un expediente instruido sobre esa base debe ser archivado, revocando de oficio la resolución de expulsión.

7.2.5. Justicia pronta y dilaciones indebidas. Especial referencia a los casos en los que el ciudadano extranjero ha sido devuelto a su país

Una de las características de los procesos de extranjería debe ser la rapidez; de lo contrario, el pronunciamiento jurisdiccional carecerá de sentido y utilidad concreta para el sujeto afectado. El Derecho procesal siempre ha tenido en cuenta las necesidades de urgencia de la tutela en determinados asuntos de todos los órdenes jurisdiccionales. En el ámbito que nos ocupa, el mejor combate contra la dilación indebida debiera ser el establecimiento de procedimientos de naturaleza urgente. En concreto, se plantea el problema de la posibilidad de revisión urgente en vía jurisdiccional de los supuestos de rechazo en frontera, antes de ejecutar el retorno, y de la posible creación, a estos efectos, de juzgados de lo contencioso de guardia.

Un interviniente en la jornada de trabajo de jueces y fiscales citada manifestó la conveniencia de que el órgano de lo contencioso pudiera suspender provisionalmente el acto administrativo de denegación de entrada, para poder hacer luego el examen de fondo, como ocurre en el asilo con el reexamen, con la finalidad de que haya un tiempo durante el cual la persona no pueda entrar en España pero tampoco se le retorne a su país hasta que se produce la revisión en vía judicial. El recurso de alzada, en estos supuestos, es más obstáculo que garantía para el inmigrante. El mismo interviniente citado apuntaba la posibilidad de un juzgado de guardia de lo contencioso-administrativo.

Sobre el tema de la creación del juzgado de lo contencioso de guardia, sostuvo una posición contraria, otro interviniente que asistió a la jornada citada en la sede del Defensor del Pueblo. Consideraba el mismo que si al abogado debe pedírsele una asistencia integral, para todos los procedimientos y procesos relacionados con la entrada del extranjero, no puede abogarse a la vez por el principio de especialización judicial, que vendría a significar que el juez de instrucción no puede intervenir en procesos administrativos. Consideraba que la creación del juzgado de lo contencioso de guardia acarrearía problemas prácticos, considerando que hay muchas ciudades en las que sólo hay un juzgado de lo contencioso o a lo sumo dos, por lo que difícilmente serían viables las guardias. En lo que se refiere a la posible adopción de las medidas «cautelarísimas» del artículo 135 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, estimaba que un juzgado de lo contencioso de guardia «quizá no sea necesario, es conveniente, como todo, pero quizás no fuera necesario».

Una posición favorable a la creación del juzgado de lo contencioso de guardia la sostuvo otro asistente a dicha jornada, al menos para las medidas «cautelarísimas», en los casos de rechazos en frontera y para los internamientos, dado que se trata, en todos los casos, de actos administrativos.

También se sostuvo una posición intermedia, en el sentido de que en horas de audiencia el juez competente sea el juez de lo contencioso y fuera de las

horas de audiencia el juez de guardia de instrucción, de modo análogo a lo que existe en otros supuestos: es decir, hay un juez competente por razón de la materia y, en determinadas horas, el que pudiéramos denominar «juez natural de guardia», el juez de instrucción.

En una de las quejas investigadas desde el Defensor del Pueblo se pudo conocer cómo en la isla de Fuerteventura, el elevado número de internamientos que allí se acuerdan y el exceso de trabajo que recaía sobre los dos únicos juzgados existentes en Puerto del Rosario, cuando se realizó dicha investigación, había producido que en algunos casos los recursos de reforma presentados contra los autos de internamiento, fueron resueltos después de transcurridos los cuarenta días de plazo máximo que señala la ley para dicho internamiento.

En este sentido, es preciso manifestar que en ningún caso la tutela judicial es efectiva si es más tardía que el tiempo máximo en que puede tener alguna virtualidad práctica. El hecho de que se recurran sistemáticamente los autos de internamiento, no elimina el principio mencionado; en todo caso, exige la adopción de las medidas que sean precisas para que la tutela sea pronta y efectiva.

Los juzgados de lo contencioso-administrativo han asumido recientemente el conocimiento de los recursos contencioso-administrativos contra las decisiones de rechazo en frontera del inmigrante. Como es bien sabido, para acceder al contencioso-administrativo ha de agotarse la vía administrativa, lo que implica la presentación y resolución de un recurso de alzada una vez que se ha producido el primitivo acto de rechazo en frontera. En el supuesto de que se dictara una sentencia estimatoria de la pretensión, ocurrirá que el inmigrante se encuentre en un destino no conocido. Es altamente compleja la notificación de la sentencia al interesado. Un interviniente en la jornada de trabajo citada, exponía el caso de un letrado que, ante la necesidad de que se notificase a su clienta, que había sido rechazada en frontera, la sentencia en la que se estimaba su pretensión y que, en consecuencia, le permitía volver a España, manifestó al Juzgado que su clienta era de nacionalidad venezolana, se encontraba en destino no conocido y, por lo tanto, la sentencia era de facto una mera declaración de intenciones. Interesaba por tanto el letrado la notificación de la sentencia no sólo al Abogado del Estado, a la Dirección General de la Policía y Comisaría de Madrid-Barajas, sino también a la representación diplomática de España en Venezuela para que la misma se publicara en el tablón de anuncios de la Embajada y por tanto fuera conocida por la interesada.

Posiblemente donde con mayor claridad se pudo ver que una justicia lenta no es justicia, es en la situación que se crea cuando un órgano judicial estima la pretensión de un ciudadano extranjero que en su momento se le impidió la entrada en nuestro país y por ello fue retornado a su país de origen. Un ejemplo claro de cuanto se acaba de exponer se aprecia en la sentencia del Tribunal Supremo dictada el 1 de abril de 2005, por la Sala Tercera, Sección 5.ª, se trata de una sentencia que trae causa de la resolución dictada el 4 de abril de 2000 por el Jefe de Servicio del Puerto Fronterizo del aeropuerto de Madrid-Barajas, en la que se acordó denegar a un ciudadano ecuatoriano la entrada al territorio

nacional. Tras los correspondientes trámites judiciales el 1 de abril de 2005, es decir cinco años después, el Tribunal Supremo estimó el recurso presentado por ese ciudadano, y reconoció el derecho a entrar y permanecer en territorio español de esa persona por el tiempo que tenía previsto. Dejando al margen la eficacia práctica que ese pronunciamiento pueda tener para el ciudadano afectado y los problemas que puedan presentarse a la hora de ejecutar esa resolución, lo cierto y verdad es que situaciones como la expuesta, han llevado a esta Institución a solicitar, y así ha quedado expuesto en los apartados correspondientes de este informe, que en determinadas materias relacionadas con el Derecho de extranjería la tutela judicial, para ser efectiva tiene que ser impartida de manera urgente, siendo para ello imprescindible el contar con unos juzgados de guardia dentro de la jurisdicción contencioso-administrativa.

7.2.6. Intervención de los abogados en la fase judicial del internamiento y conveniencia de asignar la autorización judicial para el internamiento a la jurisdicción contencioso-administrativa

Como es bien sabido, el control judicial de los internamientos corresponde al juez de instrucción. No obstante, dada la naturaleza administrativa del internamiento, se trata de una tutela contencioso-administrativa atribuida por ministerio de la ley a un juez de instrucción.

El juez de instrucción del lugar en el que haya sido detenido el extranjero, a petición de la autoridad gubernativa que por sí misma o por sus agentes hubiera acordado dicha detención, en el plazo de setenta y dos horas desde la misma podrá autorizar su ingreso en el centro de internamiento de extranjeros, cuya naturaleza, que determina con claridad el artículo 1 de la Orden de 22 de febrero de 1999 sobre normas de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros, es la de un establecimiento público de carácter no penitenciario.

El juez de instrucción debe comprobar si el internamiento se está pidiendo de modo ajustado a las normas de la ley. El juez de instrucción no debe ser un simple instrumento de la autoridad administrativa, sino que debe velar porque efectivamente en cada caso concurran los requisitos que la ley exige para que pueda autorizarse el internamiento. En la jornada de trabajo celebrada en la sede de la Institución para la preparación de este informe con abogados especializados en extranjería, uno de ellos puso de relieve que el hecho de que sea un juez de instrucción quien interviene en los internamientos y la actitud de la Fiscalía, con mentalidad muchas veces más de abogado del estado que de fiscal, la defensa no resulta fácil; algunos jueces aprecian que cabe recurso de apelación, otros aprecian que no; pero, en cualquier caso, añadía el abogado, el recurso de reforma sirve para poco y si el juez aprecia que cabe el de apelación, la audiencia dicta un auto tipo donde dice que como habrán pasado más de cuarenta días el ciudadano extranjero estará expulsado o en libertad, por lo que ha

de entenderse que carecería de sentido pronunciarse sobre la legalidad de un internamiento que ya habría finalizado. Sin embargo, otro abogado manifestó que la Audiencia Provincial de Málaga sí había modificado resoluciones de los jueces de instrucción, desde la consideración aludida de que el control judicial debe ser efectivo, corrector si es necesario y no una mera prolongación de la actividad administrativa.

Se ha debatido mucho sobre la posibilidad de que la competencia jurisdiccional sobre internamientos se derive a la jurisdicción contencioso-administrativa. Un abogado, en la jornada de trabajo celebrada en la sede de la Institución ponía de relieve que la naturaleza jurídica del internamiento es administrativa, y que la coherencia entre lo sustantivo y lo jurisdiccional y el principio favorable a la libertad que debe imperar en esta materia, aconsejan, por de pronto, una mentalidad administrativista en el juez, sin perjuicio de qué orden ostente la competencia jurisdiccional. En este mismo orden de ideas, otro interviniente manifestaba que se trataba de descriminalizar al extranjero, sacarlo de los calabozos en los juzgados y del tratamiento, que en la práctica se le da.

Las dificultades prácticas del cambio de orden jurisdiccional son evidentes (ausencia de guardia en los juzgados de lo contencioso, inexistencia de estos juzgados en todas las localidades en que se producen detenciones, mayor número y mejor distribución territorial de los juzgados de instrucción). Otro problema práctico sería que es más difícil, en razón del número de órganos que existen, cumplir el principio de prohibición del juez prevenido (que no sea el mismo juez de lo contencioso que luego vaya a entender del fondo del asunto el que acuerde el internamiento, tesis sostenida por un abogado interviniente) en la jurisdicción contencioso-administrativa que en la jurisdicción penal. Quizás por el conjunto de problemas prácticos que existirían, una de las posibilidades sería que se mantuviera el fuero alternativo de los juzgados de instrucción para determinados horarios y localidades. La conclusión decimonovena de la mesa 3 del XIV Encuentro de Abogados sobre Derecho de Extranjería celebrado en Córdoba, acordó que la expulsión o el internamiento en un centro de internamiento de extranjeros debe ser acordada por un juez de lo contencioso, a través de la pertinente modificación legal.

Como ya se ha indicado en el apartado correspondiente a internamientos, en opinión del Defensor del Pueblo, la asignación de las competencias para autorizar los internamientos a los jueces de instrucción no resulta consecuente con la naturaleza enteramente administrativa de estos procedimientos, dentro de los cuales se insertan como una medida cautelar.

La experiencia que en esta materia tiene el Defensor del Pueblo, ha permitido conocer en más de una ocasión [203], cómo la intervención solapada de un juzgado de instrucción y de un órgano judicial de la jurisdicción contencioso-

[203] Ver Informe del Defensor del Pueblo del año 1996.

administrativa, han dado lugar a importantes disfunciones que han afectado de manera directa al ciudadano extranjero. De igual forma que la actual Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, ha asignado a esa jurisdicción (art. 8.5) el conocimiento de las autorizaciones para la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de un titular, cuando ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración pública, sería deseable que la autorización para el internamiento de un ciudadano extranjero sometido a un procedimiento administrativo de la Ley de extranjería, se atribuyera también a esa jurisdicción.

7.2.7. Órgano jurisdiccional competente en materia de denegación de visados

Es creciente el papel de los consulados en materia de extranjería. Al ser éstos Administración General del Estado, aunque sea en el exterior, es competente para el conocimiento de las impugnaciones contra sus decisiones el Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Ocurre así que las impugnaciones contra las decisiones de una multitud de órganos de la Administración periférica en el exterior son conocidas por un Tribunal propio del ámbito territorial de una Comunidad Autónoma. Esto plantea, por un lado, el problema de si el rango del tribunal sería suficiente, lo que en principio sería así en la medida de que no es insólito en nuestro Derecho que las impugnaciones contra las decisiones de órganos administrativos de competencia nacional sean conocidas por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (sería el caso de las direcciones generales del Gobierno central). Más relevante sería la cuestión de si no existe el peligro de saturación que se derivaría de la progresiva asunción de protagonismo que están teniendo los consulados en materia de extranjería, es decir, el fenómeno de que la frontera de España «se dispersa» en los distintos puntos del planeta en los que existe Consulado de España. Ejemplo paradigmático es el de los inmigrantes ecuatorianos, que hasta principios de agosto de 2003 arribaban a España fundamentalmente a través del aeropuerto de Madrid-Barajas y desde dicha fecha lo hacen a través de los consulados de España en aquel país. Por el momento, no parece existir una carga suplementaria significativa derivada de este fenómeno en el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, pero el problema debe apuntarse en previsión de la evolución que pudiera tener esta cuestión en el futuro.

7.3. Asistencia letrada y tutela en el orden penal

7.3.1. Introducción

En primer lugar es preciso manifestar que, siguiendo el informe que la Universidad de Zaragoza elaboró en 2000 sobre la incidencia de la inmigración en el ámbito de la Administración de justicia, el inmigrante no sólo es sujeto pasivo, como denunciado o detenido, de la justicia penal, sino que también es usuario de la justicia desde la perspectiva contraria como denunciante y víctima de los delitos. El estereotipo del inmigrante delincuente no se corresponde con la realidad, dado que se evidencia la relevancia del fenómeno inmigrante víctima. En este sentido, según el mencionado informe, se constata además que el inmigrante, en muchos casos, no mantiene la denuncia cuando el procedimiento tiene a nacionales como agresores, constatándose además que se denuncian con más facilidad entre ellos, que a autóctonos. Si la fuente tradicional de conocimiento de la situación del inmigrante ante la justicia penal ha sido el número de detenidos y la población carcelaria (actualmente uno de cada cuatro presos en las cárceles españolas es extranjero) la percepción de que también los extranjeros son víctimas de los delitos en número importante contribuye a tener una visión más completa de la realidad; el inmigrante, en fin, es también usuario de la justicia como víctima.

Llama la atención en el estudio de la Universidad de Zaragoza el escaso número de condenas en los supuestos en que el inmigrante es denunciante víctima. En el caso de los juzgados de lo penal y los juzgados de instrucción de Almería (provincia con una importante incidencia inmigratoria por las labores agrícolas), frente a un 74 por 100 de condenas por término medio, sólo se produce un 25 por 100 de condenas en los casos registrados en la investigación realizada en los que el inmigrante es «denunciante-víctima». Sería grave que fuera cierta la hipótesis barajada de que haya un menor miedo a cometer infracciones cuando la víctima es inmigrante porque no se actúa con la misma firmeza si se cometen delitos contra españoles que si se cometen contra otros inmigrantes; ésta podría ser la razón por la que se denuncia con más facilidad entre ellos (inmigrante denuncia a otro inmigrante) que a autóctonos (inmigrante denuncia a español de origen).

Por otro lado, la encuesta realizada por el Colegio de Abogados de Valencia para este informe señala que casi la mitad de los abogados que han respondido al cuestionario consideran que existe una mayor tendencia a dictar prisión preventiva si el imputado es extranjero; un 40 por 100 aprecia una mayor tendencia a dictar condena si es a un extranjero. Es significativo también el dato de que sólo un 4 por 100 de los que han respondido a la encuesta consideran que el extranjero tenga una mayor tendencia a eludir la acción de la justicia, y sólo un 22 por 100 considera que se dé un trato inadecuado a las propias víctimas si son extranjeras.

7.3.2. Problemas derivados de la designación de distintos letrados para procedimientos administrativos y procesos contencioso-administrativos y procesos penales

La designación de letrados de turno de oficio distintos según los diferentes momentos procedimentales o procesales en los que el inmigrante necesita asistencia, tiene también su reflejo cuando hay más de un orden jurisdiccional en juego. En concreto, en la jornada de trabajo mantenida con jueces y fiscales para la elaboración de este informe, se pusieron de manifiesto los inconvenientes derivados de la designación de distintos letrados para los procedimientos administrativos sobre internamiento y para los procesos penales que se inician una vez el extranjero ha sido detenido por la presunta comisión de un delito. Ambos letrados suelen ser designados de oficio y cada uno de ellos centra su defensa, como es natural por otra parte, en la cuestión encomendada. Si bien en este caso no es tan clara la unidad de propósito en la defensa como cuando existe un procedimiento administrativo y luego un proceso contencioso-administrativo, no deja de ser recomendable la existencia cuando menos de protocolos de coordinación de la asistencia letrada a fin de evitar contradicciones entre los aspectos jurídico-penales del delito y los derivados del expediente administrativo relativo al Derecho de extranjería.

En algunos lugares, aun sin contar con este tipo de protocolos, se produce, de hecho, una actuación coordinada de los letrados de forma que para el proceso penal los dos abogados se distribuyen las preguntas según la especialidad de cada uno de ellos; así, por ejemplo, el letrado penal formula cuestiones relacionadas con el hecho delictivo, mientras que el letrado de extranjería pregunta acerca de su situación administrativa en España, si tiene domicilio, familiares, trabajo, etc. [204] Sobre continuidad del letrado, la conclusión undécima de la mesa 3 del XIV Encuentro de Abogados sobre Derecho de Extranjería, celebrado en Córdoba, aunque de manera algo ambigua, parece abogar porque así sea, al considerar que un mismo asunto de extranjería debe corresponder al mismo letrado de principio a fin; dado que se trata de una conclusión de la mesa penal, hay que entender por el contexto que se refiere tanto al expediente administrativo como al eventual proceso penal. Ello da operatividad y efectividad a su

[204] En el momento de elaborar este informe se está investigando la queja presentada por un abogado, el cual había sido designado de oficio para asistir a un ciudadano extranjero en un expediente administrativo por expulsión. Al comparecer ante el juzgado de instrucción al que se le había solicitado la autorización de internamiento, el letrado pudo comprobar que se había aprovechado la declaración de ese ciudadano extranjero en el procedimiento penal en el que había sido denunciado y detenido, para preguntarle de manera genérica algunos aspectos relativos a su arraigo en España. Esa declaración se había realizado en presencia de otro abogado designado de oficio para el procedimiento penal y este último letrado en modo alguno se había puesto en contacto con su compañero para coordinar la defensa de esa persona. En definitiva el letrado que presentaba la queja mostraba su malestar, ya que ni el órgano judicial ni su compañero habían tenido en cuenta que su designación de oficio se había realizado para prestar una asistencia jurídica para el expediente administrativo de extranjería.

actuación, añaden los letrados. Aunque también podría interpretarse esta condición como la voluntad de que una asistencia penal se desempeñase por el mismo letrado desde la detención hasta la sentencia firme.

7.3.3. Incidencia del artículo 89 del Código Penal en el ámbito de la extranjería

El artículo 89 del Código Penal, ha establecido con carácter imperativo que las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España son sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español. Excepcionalmente, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de forma motivada puede acordarse el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España, teniendo en cuenta a estos efectos únicamente la naturaleza del delito.

Idéntica previsión contiene el artículo 108 del Código Penal, cuando se impongan medidas de seguridad, si bien en estos casos expresamente se establece que es necesaria la previa audiencia del afectado.

Desde el primer momento el artículo 89 del Código Penal, ha merecido la atención del Defensor del Pueblo. En concreto en el informe del año 2003, se hacía constar que la medida de expulsión no se consideraba la más adecuada para aplicarla cuando el ciudadano extranjero recibía en sentencia una condena privativa de libertad de menos de seis años. Se añadía que en determinados tipos penales las organizaciones delictivas, especialmente en los delitos contra la salud pública, podían utilizar a ciudadanos extranjeros como agentes materiales, a la vista de las escasas consecuencias penitenciarias que su intervención podría tener.

Los temores expresados por esta Institución, fueron igualmente percibidos por numerosas resoluciones dictadas por audiencias provinciales [205] en las que de manera razonada se acordaba no acordar la sustitución de la pena por la expulsión, ya que se afirmaba en algún caso «su expulsión al vecino país —se trataba de un marroquí— lo pone en condiciones de volver a intentar realizar el mismo delito».

Las objeciones al artículo 89 del Código Penal, no sólo se centran en esa obligatoriedad, casi general, para sustituir de manera automática la pena por la expulsión, sino que también alcanzan al único motivo de excepcionalidad previsto por el legislador. Sólo se evitará la expulsión cuando «la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España». Nada se dice de las circunstancias personales del condenado, a pesar de existir una consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo [206] en la que éste ha

[205] AAP Murcia —Sección Cartagena— de 16 de febrero de 2004; AAP Tenerife de 18 de marzo de 2004 y SAP de Barcelona —Sección Séptima— de 22 de enero de 2004.

[206] SSTS de 15 de noviembre de 1999, 18 de julio de 2000 y 25 de noviembre de 2000.

tenido en cuenta el arraigo familiar del extranjero para dejar sin efecto las órdenes de expulsión que dicta la Administración cuando ésta aplica la normativa de extranjería. A su vez esa línea jurisprudencial trae causa de otras sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos [207].

Desde el punto de vista del derecho de defensa, la actuación del letrado en estos supuestos es decisiva, especialmente a la hora de asesorar a su asistido acerca de su posible conformidad, las consecuencias que se pueden derivar de la misma y por supuesto la situación que para el condenado extranjero no residente legal comporta el artículo 89 del Código Penal. Básicamente se trataría de que el defendido, una vez informado de todas esas consecuencias, pueda participar al letrado qué es lo que más le interesa para que pueda construir una línea de defensa.

Aunque nada se dice en el referido artículo, de la audiencia del penado, sin embargo desde el punto de vista del derecho de defensa, parece inevitable que el letrado, deberá procurar que en algún momento su defendido haga llegar al tribunal, cuál es su opinión en relación con esa sustitución de la pena por la expulsión, bien en el trámite de la conformidad o bien en el juicio oral, el letrado con su intervención provocará la opinión de su asistido para que el tribunal antes de decidir conozca el parecer del afectado sobre tal medida. La intervención del letrado estaría justificada en todo momento por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional [208] en relación con el derecho de audiencia.

Respecto a la ejecución en la práctica de la expulsión, efectivamente tal y como pusieron de manifiesto los letrados que participaron en las jornadas de trabajo organizadas por esta Institución, la redacción dada por la Ley Orgánica 11/2003, al artículo 89 del Código Penal, había generado cierto vacío legal al procedimiento que debía seguirse para materializar la expulsión, desde que era acordada por el órgano judicial hasta que se procedía físicamente a tal expulsión. Ahora bien la disposición adicional decimoséptima de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, ha venido a llenar ese vacío legal, al establecer que en «estos casos, la sentencia que acuerde la sustitución dispondrá la ejecución de la pena privativa de libertad o medida de seguridad originariamente impuesta hasta tanto la autoridad gubernativa proceda a materializar la expulsión».

7.3.4. Problemática del hábeas corpus

El hábeas corpus es un proceso penal especial, previsto en la propia Constitución (art. 17.4) y regulado en la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, cuya finalidad es la interdicción de las detenciones ilegales, sea porque el tiempo que

[207] SSTEDH de 15 de noviembre de 1996 y de 2 de mayo de 1997.
[208] SSTC núms. 99/1985 y 242/1994.

dura excede las previsiones, sea porque no concurren los presupuestos de la detención (como pudiera ser que la orden provenga de autoridad legitimada para ello), sea porque se desarrolla en condiciones ilegales (en particular, con producción de malos tratos de cualquier tipo). Se trata de que la persona sea presentada ante el juez, para que éste pueda tomar una decisión sobre su situación jurídica en relación con la detención producida previamente.

En materia de extranjería se ha puesto de relieve el limitado campo de juego del hábeas corpu*s,* dada la precisa reglamentación existente sobre las condiciones bajo las cuales un inmigrante puede ver privada su libertad por razones derivadas del Derecho administrativo de extranjería. Normalmente, hay un recurso judicial previsto diferente al hábeas corpus (que supone la posibilidad de pronunciamiento judicial sobre la situación existente) o bien ha habido una decisión judicial previa que justifica la privación de libertad (es el caso del internamiento adoptado por el juez de instrucción).

No obstante, no puede excluirse a priori la oportunidad del hábeas corpus en determinados casos. La mesa 3 del citado Encuentro de Abogados sobre Derecho de Extranjería de Córdoba, en las conclusiones tercera, quinta, sexta y novena, se refiere a distintos supuestos que, en puridad, constituyen presupuestos razonables para la incoación de este procedimiento penal especial: la detención de extranjería no acordada tras la incoación de un procedimiento sancionador y la detención no producida por la Policía Nacional (la Policía Local o la Guardia Civil no tienen competencia en extranjería). Especialmente importante resulta la propuesta de que el letrado pueda incoar por sí, como legitimado activo, el procedimiento de hábeas corpu*s,* lo que exigiría la reforma de la Ley de 1984 reguladora de este procedimiento, así como que el letrado de guardia tenga conocimiento de la detención de un extranjero desde el momento mismo en que se produce para no restar eficacia a un posible hábeas corpus.

7.4. Asistencia letrada a menores extranjeros infractores

Desde que entró en vigor en nuestro país la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, el Defensor del Pueblo ha venido presentando una atención especial a todos los aspectos relacionados con la aplicación práctica de dicha Ley. Prueba evidente de esa atención fue la elaboración de un informe monográfico en el año 2002 sobre el primer año de vigencia de la referida Ley. En ese informe se incluye dentro del apartado 2 un epígrafe expresamente referido a la «Asistencia letrada al menor», obviamente en aquella ocasión se abordó esa cuestión con carácter general sin hacer referencia a la nacionalidad del menor a la hora de tratar la asistencia jurídica que los mismos recibían como consecuencia de tenerles que aplicar la Ley Orgánica 5/2000.

El periodo de tiempo transcurrido desde que se presentó aquel informe hasta el momento, ha permitido ir conociendo distintas incidencias que en relación con la asistencia jurídica a los menores se han ido produciendo. Buena parte de esas incidencias se han conocido de manera directa al visitar los asesores de esta Institución los centros de internamiento de menores. Como dato cuantitativo a tener en cuenta, debe señalarse que en el año 2001, sobre un total de 22.906 menores detenidos, 3.777 eran extranjeros, es decir un 16,48 por 100 [209].

En cuanto a la forma en la que estos menores extranjeros son asistidos jurídicamente, especialmente cuando se encuentran internados hay que señalar que durante el tiempo que dura la medida de internamiento lo habitual es que el letrado designado para la defensa, en la mayoría de las ocasiones de oficio, no visita a su asistido. Normalmente el menor conoce a su abogado unos minutos antes del momento en el que se celebra el juicio. Posteriormente, en la fase de ejecución, los abogados se desentienden por completo del menor. Esta falta de comunicación entre el menor y su letrado sorprende, si se tiene en cuenta la gran cantidad de artículos que en la Ley Orgánica 5/2000, hacen referencia directa a las intervenciones del abogado (entre otros arts. 17.2, 22.2, 28.2, 31, 37 y 52.1). Resulta evidente que el legislador ha querido de manera expresa reconocer y garantizar hasta sus últimas consecuencias el derecho a la asistencia letrada para los menores.

Los informes anuales de gestión del Defensor del Pueblo correspondientes a 2003 y 2004 recogen hasta un total de 8 centros de internamientos en los que la asistencia letrada a los menores nacionales o extranjeros se realiza en la forma en la que se ha indicado anteriormente. Alguno de los datos obtenidos en las investigaciones realizadas por el Defensor del Pueblo son altamente elocuentes de lo que se acaba de expresar. En el Centro de Internamiento de Menores «Azahara» de Córdoba, según la información recibida los abogados de oficio no visitaron el centro nunca, desde la dirección de ese centro se localiza a través del juzgado cuál es el abogado del menor y normalmente es el propio centro el que informa al menor de la medida que para él solicita el fiscal. En el centro de internamiento «Pi Gros» de Castellón de la Plana, durante el año 2003, se recibieron 5 visitas de abogados.

En el caso concreto de la Comunidad de Madrid, en el periodo de tiempo comprendido entre el 1 de septiembre de 2002 y el 31 de agosto de 2003, sobre un total de 437 menores internados en 7 centros, sólo fue visitado el 27 por 100 de los menores.

Esta deficiente asistencia jurídica en el caso de los menores extranjeros, es especialmente grave, ya que la mayoría de ellos no tienen en nuestro país ningún familiar que pueda velar por sus derechos. En alguno de los casos conocidos, como consecuencia de las visitas que se realizan a los centros, los menores extranjeros se encontraban indocumentados sin que por parte del letrado desig-

[209] Dato obtenido del informe del Defensor del Pueblo sobre El primer año de vigencia de la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

nado de oficio para su defensa, se hubiera instado ninguna actuación para documentarle. Este hecho daba lugar a que el menor extranjero participara en las actividades formativas de carácter prelaboral que se impartían en el centro, si bien al finalizar esa actividad no recibía ningún reconocimiento oficial acreditativo de la formación recibida, al no tener una identidad oficialmente reconocida.

Tanto la Ley Orgánica 5/2000, en su artículo 17, como el Reglamento que la desarrolla (Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio) en sus artículos 3, 32, 41 y 72, se refieren expresamente de manera directa al «menor extranjero». En este sentido el letrado encargado de su defensa deberá tener especialmente en cuenta que la detención del mismo ha sido comunicada a las correspondientes autoridades consulares, que al ingresar en el centro ha sido informado en su idioma por escrito sobre sus derechos y obligaciones, del régimen de internamiento en el que se encuentra, de las cuestiones de organización general, de las normas de funcionamiento del centro, de las normas disciplinarias y de los medios que existen para formular peticiones, quejas o recursos. Igualmente deberán conocer los menores extranjeros que tienen derecho a comunicar, en locales apropiados, con los representantes diplomáticos o consulares de su país o con las personas que indiquen las respectivas embajadas o consulados. Por último en el caso de expedientes disciplinarios al menor extranjero que desconozca el idioma castellano o la lengua cooficial en una Comunidad Autónoma, tiene que informársele de la posibilidad de ser asistido por una persona que hable su idioma.

Todas esas previsiones normativas y reglamentarias, deberán completarse en el caso de menores extranjeros con las disposiciones que sobre los mismos establece la legislación de extranjería y la normativa estatal y autonómica que regula el sistema de protección de menores, en el caso de menores extranjeros no acompañados cuya exposición y desarrollo se realiza en el apartado II-8 de este informe. En definitiva la interconexión existente entre la normativa que regula la responsabilidad penal de los menores y la que se refiere a los menores extranjeros en situación de riesgo de exclusión social, es tal que lo deseable sería que los abogados designados para defender a menores que se encuentren sometidos a la Ley Orgánica 5/2000, cuando dicho menor sea extranjero, recibieran como complemento una formación básica que incluyera aquellos aspectos más relevantes sobre el principio de reagrupación familiar (art. 35 de la Ley Orgánica 4/2000 y art. 92 del Reglamento de dicha Ley), normativa en materia de protección (Ley Orgánica 1/1996 y art. 172 del Código Civil) y normativa sobre integración laboral de los menores extranjeros [arts. 40 *j)* y 41.1 *k)* de la Ley Orgánica 4/2000].

7.5. Asistencia letrada y tutela en los órdenes civil y laboral

El ordenamiento, al establecer procedimientos administrativos de extranjería y normas penales específicas en este campo, hace que las mayores especificida-

des a que puede aludirse en un análisis de la asistencia letrada y tutela judicial de un inmigrante sean en los órdenes jurisdiccionales contencioso-administrativo y penal.

Esto reduce sustancialmente las posibilidades de exponer cuestiones específicas en los órdenes civil y laboral. No obstante, sí pueden realizarse algunas observaciones.

Se ha aludido anteriormente a que el estudio de la Universidad de Zaragoza sobre la inmigración en el ámbito de la justicia, a la hora de seleccionar procesos civiles para su estudio, lo hizo en materia de arrendamiento y registro civil, y procesos de familia. En efecto, es muy relevante la posición jurídica del inmigrante como inquilino de viviendas, en muchas ocasiones en condiciones de hacinamiento.

Si el problema del acceso a la vivienda es uno de los más importantes que tienen los españoles, debido a los desorbitados precios que alcanzan, es fácil imaginar que el problema es aún más grave en el caso de los inmigrantes, dado que a las dificultades económicas se une a veces el racismo manifestado a través de la negativa a alquilar pisos a algunos extranjeros. La infravivienda, el subarriendo, la ocupación excesiva de pisos en relación a su tamaño, la concentración en barrios céntricos populares, la pérdida de valor de mercado de los pisos por la presencia de inmigrantes lo que, a su vez, impulsa a los propietarios a la venta a precios bajos a otros inmigrantes, la creación de zonas con presencia masiva de inmigración y con dificultades de integración social son, entre otros, fenómenos sobradamente conocidos en nuestro país en la última década.

También lo es la existencia de problemas jurídicos que precisan de acceso al Registro Civil, como es el caso de la adquisición de nacionalidad española, frecuente en el caso de los latinoamericanos por las posibilidades que el Código Civil les ofrece para obtener la doble nacionalidad, si bien es cada vez más frecuente la adquisición de la nacionalidad española por inmigrantes procedentes del Magreb, que empiezan a alcanzar el requisito de residencia legal continuada al ser una población cada vez más asentada en España. En el año 2000 había en Madrid unos 11.000 expedientes de nacionalidad, la mayoría de ellos por valor de simple presunción lo que significa que en pocos meses el Juez del Registro Civil les concede la nacionalidad a recién nacidos en España cuando aportan la legislación del país de los padres que acredita no concederles directamente por *ius sanguinis* la nacionalidad paterna. El estudio de la Universidad de Zaragoza indica que son pocos los inmigrantes que solicitan la nacionalidad sin cumplir las condiciones que determina la ley, por lo que considera que son asesorados por abogados y otros profesionales, de modo que cuando la solicitan suelen cumplir los requisitos legales exigidos. El grado mayor de resoluciones desfavorables se daba (y en un exiguo 4 por 100) en el caso de adquisición por simple presunción, al no reconocerse la situación de apátrida del solicitante.

Asimismo, se da con cada vez mayor frecuencia el fenómeno de los matrimonios y relaciones de pareja «mixtos», no sólo en el sentido de que los inte-

grantes sean de diferente nacionalidad, sino muchas veces de ámbitos culturales muy distintos.

El informe citado del Colegio de Abogados de Valencia expresa una alentadora conclusión: solo un 4 por 100 de los abogados que respondieron a la encuesta considera que existen por parte de los jueces prejuicios o diferencias de trato cuando una de las partes es extranjero frente a la otra. También son pocos (9 por 100) quienes expresan temor a que se produzcan, ante determinadas resoluciones, sustracciones internacionales de menores, suceso que en alguna ocasión ha llegado al Defensor del Pueblo y que constituye siempre una situación muy dramática. Sólo un 26 por 100 expresa dificultades derivadas de la necesidad de acreditar la ley personal, probablemente en procesos de familia; el Defensor del Pueblo, en este campo, formuló en su día una recomendación que condujo a la reforma del artículo 107 del Código Civil que permite la elección de la ley española en los procesos matrimoniales.

La afiliación a la Seguridad Social en España de extranjeros no comunitarios ascendía en octubre de 2004 a 838.127 personas. En el orden jurisdiccional social la encuesta del Colegio de Abogados de Valencia refleja que un 43 por 100 de los abogados encuestados considera que el inmigrante, dada su falta de información laboral, puede ser especialmente víctima de abusos; el 34 por 100 considera que puede tener dificultades laborales derivadas de la situación administrativa que puede padecer. «En Madrid tuvimos que seleccionar otra sala que tuviera competencia en reclamaciones de cantidad porque en la que llevaban reclamaciones de derechos no nos salió ningún inmigrante», se dice en el informe de la Universidad de Zaragoza, en referencia al Tribunal Superior de Justicia de Madrid; más allá de la anécdota, puede haber detrás toda una situación sociológica. El 45 por 100 de los expedientes analizados se referían a reclamaciones de cantidad, mientras que el 33 por 100 se refieren a despidos, siendo por tanto estos dos y por este orden los principales motivos de acceso del extranjero a la jurisdicción social, ocupando el tercer lugar, con un 15 por 100, las reclamaciones referentes al derecho a la seguridad social. Un 97 por 100 asume el papel de demandante y solo un 3 por 100 el de demandado. Llama mucho la atención el que en sólo un 2 por 100 de los casos contactados el inmigrante se encontraba en situación irregular. Este último es un fenómeno que parece grave, pues en efecto nada tiene que ver la situación de la persona desde el punto de vista del Derecho administrativo de inmigración con situaciones como el impago de salarios, si bien hay que reconocer que es evidente que si el inmigrante se encuentra irregular no tendrá permiso de trabajo y en consecuencia su actividad se desarrolla en el ámbito de la economía sumergida, lo que sin duda hace que no se acuda a la jurisdicción social aun cuando existan motivos para ello.

Desde la perspectiva de la asistencia letrada, el principal problema parece ser pues la necesidad de acreditar la ley personal civil en muchas ocasiones, lo que no deja de ser una «masificación» del clásico problema de la prueba del Derecho extranjero, sobre lo cual sólo puede señalarse la conveniencia de una

necesaria familiaridad de los abogados especializados con los aspectos sustanciales del Derecho civil de aquellos países con mayor afluencia inmigratoria en España. No obstante la redacción dada en la Ley de enjuiciamiento civil al artículo 281.2 a la hora de referirse a cómo se puede probar el Derecho extranjero, contribuirá de manera positiva a la labor que sobre esta materia corresponde a los abogados, ya que ahora el tribunal puede valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación.

En lo que se refiere al orden social, es especialmente necesario velar por el máximo respeto a los derechos sociales de los inmigrantes en cuanto colectivo especialmente vulnerable, como corresponde a las exigencias de un Estado social de Derecho avanzado. En el orden social el problema no es tanto el desconocimiento del Derecho, la inadecuación del mismo a la realidad social o la existencia de normas específicas que exijan un especial conocimiento, cuanto la situación social de los inmigrantes que les lleva en muchas ocasiones a la economía sumergida o a situaciones de precariedad o subempleo con carencia de los derechos sociales adecuados para su pleno desarrollo en nuestro país. El estudio de la Universidad de Zaragoza constata que el inmigrante que accede a la jurisdicción social es abrumadoramente el «regular»; la desprotección social de los «irregulares», también desde la perspectiva jurisdiccional, es de lamentar; quizás los abogados puedan tener un papel relevante para que estas personas, que por miedo a la expulsión renuncian a sus derechos sociales, puedan acceder en mayor medida a la jurisdicción.

8. ASISTENCIA LETRADA A MENORES EXTRANJEROS

8.1. El menor como sujeto de derechos. Especial referencia al derecho a recibir una asistencia jurídica

Lejos ha quedado ya la idea de que los niños y las niñas no tenían capacidad para ejercer sus derechos. Hoy en día, gracias a los diferentes instrumentos internacionales y a los esfuerzos legislativos de cada Estado para adecuar su ordenamiento a las transformaciones sociales y culturales de los pueblos, se reconoce la capacidad progresiva de los menores como verdaderos sujetos de derechos.

La Declaración de Ginebra en 1924 [210] y la Declaración de los Derechos del Niño en 1959 [211], se constituyen en los antecedentes más importantes en el camino de otorgarles a los menores un mayor protagonismo jurídico reconociendo el papel relevante que ellos tienen dentro de la sociedad. Sin embargo, es la Convención sobre los Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de

[210] Declaración de Ginebra, 24 de septiembre de 1924. Adoptada por la Liga de las Naciones.
[211] Adoptada por Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959.

noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, el instrumento internacional por antonomasia en el otorgamiento y protección de los derechos civiles y políticos de los menores.

La Convención se estructura sobre cuatro principios fundamentales, los cuales tienen como objetivo orientar la interpretación de la misma como un todo indivisible y encaminar los programas nacionales que afectan a los menores respecto al reconocimiento y garantía de los derechos allí establecidos. Dichos principios son: No discriminación; interés superior del menor, derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo; y el respeto a las opiniones del menor.

Se reconocen en la Convención los derechos de los menores a recibir por parte del Estado protección y asistencia especiales cuando éstos se encuentren privados de su medio familiar (art. 20). A su vez indica el derecho del niño a expresar su opinión libremente y a ser escuchado, en función de su edad y madurez, en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte (art. 12).

La Constitución Española, en su artículo 39, establece la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y dentro de ésta la de los menores, los cuales gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos. Por su parte, la Ley Orgánica 1/1996, sobre protección jurídica del menor, establece el derecho del menor a ser oído (art. 9), tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social.

Las disposiciones anteriores se armonizan con la legislación pertinente para los menores extranjeros. Las administraciones públicas deben asumir la tutela de un menor extranjero no acompañado hasta que se resuelva sobre el retorno o sobre su permanencia en España (art. 35 de la Ley Orgánica 4/2000), previo informe de los servicios de protección de menores y luego de haber escuchado al menor (art. 92 del Reglamento de la Ley de extranjería).

Si bien la ley no menciona de manera específica los derechos que tienen los menores durante este trámite administrativo, y el reglamento menciona de manera somera el derecho de éste a ser oído, lo cierto y verdad es que la atención que reciba el menor se hará de acuerdo a lo establecido en la legislación de protección, la cual obliga a las administraciones públicas a otorgar a los menores la asistencia adecuada para el efectivo goce de sus derechos, siguiendo en sus actuaciones los principios de supremacía del interés superior del mismo, la objetividad, imparcialidad y seguridad jurídica en la actuación protectora (art. 10 de la Ley Orgánica 1/1996).

El derecho a ser oído es un derecho fundamental que se constituye en un mecanismo integrador de su interés superior, que se garantiza no sólo con preguntarle al niño o a la niña su opinión, puesto que incluye además la materialización de otros igualmente importantes, tales como el previo a ser informado sobre sus derechos (art. 42 de la Convención sobre los Derechos del Niño de

Naciones Unidas), las circunstancias en que se encuentra, las decisiones que respecto a él puedan ser acordadas, y sobre los medios y las vías de recurso con las que cuenta [212]. Supone además la necesidad de ofrecerle al menor la oportunidad de manifestar «libremente» su opinión, la cual deberá ser respetada y sopesada con seriedad en cualquier procedimiento de tipo judicial o administrativo que le afecte. La participación especial de los niños y las niñas en tales asuntos no debe ser meramente simbólica, sino que ha de estar dirigida a determinar unas opiniones que sean representativas.

La situación especial y dependiente de los menores extranjeros bajo la tutela de las administraciones públicas crea dificultades prácticas en la interposición de recursos cuando se ha violado alguno de sus derechos. Para mitigar esta circunstancia, el Comité de los Derechos del Niño, órgano de Naciones Unidas encargado de vigilar el cumplimiento de la Convención, ha reclamado a los Estados parte de la Convención, el acceso a procedimientos eficaces por parte de los menores y sus representantes. Esto incluye el suministro de información adaptada a las necesidades del niño, el asesoramiento, la protección, incluido el apoyo a la autoprotección, y el acceso a procedimientos independientes de denuncia y a los tribunales con la asistencia letrada y de otra índole necesaria [213].

La necesidad de la asistencia especial para los menores extranjeros no acompañados ha sido señalada, aunque de manera general, por el Comité de Derechos del Niño, cuando en sus recomendaciones al Gobierno español le exhortó a adoptar todas las medidas necesarias para garantizar a los niños refugiados, los niños que soliciten asilo y a los niños no acompañados el disfrute de los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño [214].

Jurisprudencialmente el derecho de los menores a ser oídos, ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional destacando: «El derecho del interesado a ser oído en el proceso en el que se ventilan sus intereses integra el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, como venimos reiterando de manera constante, derecho que, en su calidad de fundamental, tienen todos, incluidos los menores cuando posean suficiente juicio para ello, como expresamente se reconoce en el artículo 9 de la Ley Ogánica 1/1996, de protección jurídica del menor» [215].

Debe añadirse que en opinión del citado Tribunal la omisión del trámite de audiencia al menor supone vulneración del artículo 24.1 de la Constitución [216].

---

[212] Asamblea General del Consejo de Europa. Recomendación 1286 de 1996.

[213] Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 5 de 2003, «Medidas generales de la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 4 y 42 y párrafo 6 del art. 44). CRC/GC/2003/5.

[214] Comité de los Derechos del Niño. Observaciones Finales a España, 24 de octubre de 1994. CRC/C/15/Add.28.

[215] Sentencia Tribunal Constitucional núm. 71/2004 (Sala Segunda), de 19 de abril.

[216] Sentencia Tribunal Constitucional 221/2002 (Sala Segunda), de 25 de noviembre.

En virtud de lo arriba mencionado, las administraciones autonómicas que hayan asumido la tutela del menor extranjero deberán garantizar el derecho del menor a expresar su opinión, y a que ésta sea valorada objetivamente, para lo cual se hace evidente la necesidad de una asistencia jurídica independiente a los intereses de la Administración, orientada en todo caso al interés superior del menor.

8.2. Aspectos prácticos más relevantes detectados en relación con la asistencia jurídica a los menores

8.2.1. Asistencia jurídica a menores extranjeros acompañados

En el supuesto de que el menor extranjero se encuentre en nuestro país acompañado por alguno de sus progenitores o por persona que tenga asignada la tutela sobre él, su situación jurídica correrá la misma suerte que la del adulto que le acompaña, salvo que se detecten situaciones objetivas de desprotección y que quede acreditado que existen intereses contrapuestos entre el adulto y el menor. No obstante lo anterior habrá que tener en cuenta las previsiones que respecto de la documentación de los menores ha establecido el artículo 94.2 del Reglamento de la Ley de extranjería. Este precepto en opinión del Defensor del Pueblo provoca serias dudas, al comparar su contenido con la legislación internacional y nacional relativa a la protección del menor y con el artículo 39 de la Constitución.

En estos casos el letrado que defiende los intereses del adulto velará para que se respeten también los derechos del menor, teniendo siempre presente que la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, proclama expresamente en su artículo 9 que «los Estados parte velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando (...) tal separación es necesaria en el interés superior del niño».

En alguno de los casos conocidos desde el Defensor del Pueblo, se ha tenido noticia de que en los supuestos en los que el menor ha sido localizado en compañía de su padre, las autoridades policiales y administrativas en lugar de comprobar la certeza o no de quien dice ser el padre del menor, retiran al menor del adulto que le acompaña, ingresándole en un centro de protección, sin facilitar al padre una información mínima acerca del lugar de custodia y de la situación de su hijo. En estas situaciones resulta esencial que el abogado encargado de la asistencia letrada del adulto, en el procedimiento de extranjería que corresponda, asuma también, tras conocer esa realidad en la entrevista reservada que haya tenido con su asistido, la defensa de los intereses del menor, teniendo siempre en cuenta como premisa fundamental que debe ser un principio rector de la actuación de los poderes públicos «el mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés»

[art. 11.2 *b)* de la Ley Orgánica 1/1996]. En principio, en estos casos el letrado deberá hacer compatible hasta donde ello sea posible, la obligación de la Administración de facilitar con carácter inmediato las medidas de protección que requiera el menor con el derecho del padre a conocer la situación de su hijo y el lugar en el que se encuentra, siempre y cuando no existan intereses contrapuestos entre el padre y el hijo en cuyo caso el letrado que asiste al padre deberá poner ese hecho en conocimiento del colegio de abogados correspondiente para que designe un letrado al menor.

Mención especial hay que realizar a la asistencia jurídica que deben recibir los menores cuando permanezcan en un centro de internamiento junto con sus padres, por haber ejercitado éstos el derecho que les concede el artículo 62 bis de la Ley Orgánica 4/2000. Según ese precepto, es necesario que el Ministerio Fiscal informe favorablemente tal medida y que además existan en el centro módulos que garanticen la unidad e intimidad familiar. Esa previsión legal es también similar a la que contiene el artículo 62.3 de la citada Ley.

En un primer momento podría llegarse a pensar, sobre todo de la lectura del artículo 62.3, que cabe acordar el internamiento de menores en los centros de internamiento de extranjeros, sin embargo tal precepto hay que interpretarlo a la luz de lo previsto en el artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000. Según este artículo, como más adelante se verá, está descartado el internamiento de un menor en un centro de internamiento. Partiendo de cuanto se acaba de exponer cualquier abogado que encontrara un menor internado en un centro de internamiento de extranjeros, deberá asegurarse en primer lugar de que el mismo se encuentra allí debido a que su padre o madre ha ejercitado el derecho que les otorga el artículo 62 bis letra *i)*, en segundo lugar que existe un informe favorable del Ministerio Fiscal y en tercer lugar que en el centro hay módulos que garanticen la unidad e intimidad familiar [217]. De no cumplirse esos tres requisitos, el letrado deberá poner los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal. En relación con este punto debe dejarse constancia, que la mención que contiene el artículo 62.3 de la Ley Orgánica 4/2000, al «Juez de Menores» es inadecuada, ya que el marco competencial que la Ley Orgánica del Poder Judicial otorga a los jueces de menores (arts. 96 y 97) no permite que éstos actúen sobre menores que no han cometido delitos ni faltas. En todo caso esa mención hay que entenderla efectuada al juez natural de garantías que en el Derecho español es el juez de instrucción.

Por último cabe mencionar una práctica administrativa inadecuada que se ha detectado en relación con la solicitud de visado a favor de menores. En concreto se trata de la exigencia de que la solicitud de visado a favor de menores sea ejercida por algún familiar directo, cuando no puedan hacerlo los padres, los

[217] En estos momentos existe una investigación abierta en el Defensor del Pueblo, como consecuencia de una queja recibida en la que se informaba que en Melilla, dos menores y sus padres habían sido trasladados a una comisaría donde permanecieron al menos una noche en espera de materializar su expulsión.

cuales se encuentran en la mayoría de las ocasiones en España. Esta situación fue detectada en el Consulado General de España en Bogotá y dio lugar a una recomendación del Defensor del Pueblo en el año 2004 en la que se recordó a la Dirección General de Asuntos y Asistencia Consulares que la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, estableció que las solicitudes y recogidas de visados de estancia, tránsito y residencia por reagrupación familiar de menores pueden realizarse mediante representante debidamente acreditado, sin que en ningún precepto se imponga ninguna otra exigencia respecto de la persona que libremente designen los progenitores del menor, ni se limite el derecho de representación a los familiares cercanos o con los que exista algún vínculo de consanguinidad. En relación con cualquier práctica administrativa que afecte a las actuaciones que es preciso realizar para llevar a efecto una reagrupación familiar, cuando en esos trámites administrativos intervienen menores, debe tenerse en cuenta que la reagrupación familiar por su propia naturaleza configura un interés legítimo plural por definición. Ello quiere decir que en estos supuestos, aun cuando el menor se encuentre fuera de nuestro país, es posible que los padres reciban la asistencia jurídica que precisen para ejercitar ante la jurisdicción española [art. 19.1 *a)* de la Ley 29/1998] y en su doble condición de personas con interés directo y como representantes de su hijo, las acciones que procedan en orden a evitar las trabas administrativas que impidan la entrada del menor en nuestro territorio.

8.2.2. Asistencia jurídica a menores extranjeros no acompañados

Según el artículo 2 *f)* de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre, por menor extranjero no acompañado se entiende «el nacional de un tercer país o el apátrida menor de dieciocho años que llegue al territorio de los Estados miembros sin ir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, mientras tal adulto responsable no se haya hecho cargo efectivamente del menor, o cualquier menor al que se deje solo tras su entrada en el territorio de los Estados miembros».

El Ministerio del Interior reconocía en el año 1998 a través de la Dirección General de Política Interior que el fenómeno de los menores no acompañados era relativamente reciente en España, si bien desde comienzo de los años 90 dejó de ser simplemente una serie de casos aislados.

Según datos ofrecidos por la Comisaría General de Extranjería y Documentación, el número de menores acogidos en 2004 fue de 1.873, descendiendo en un 69,9 por 100 con respecto al número de menores en 2002. Andalucía es la Comunidad Autónoma que mayor porcentaje alberga, un 19,8 por 100, seguida de Valencia con un 16 por 100 y la Comunidad Autónoma de Canarias con un 13 por 100. Es preciso destacar dos nacionalidades frente a la pluralidad de procedencias de los menores: marroquíes y rumanos. Los menores marroquíes

constituyen el porcentaje más alto, alcanzando un 83,9 por 100 y los rumanos un 4,3 por 100; al resto corresponden distintas nacionalidades, como ecuatoriana y colombiana, entre otras.

En cuanto a las repatriaciones llevadas a cabo en el año 2004, se elevan a 61. Coinciden la Generalidad de Cataluña y la Comunidad de Madrid en ser las principales Comunidades Autónomas de acogida con un 19 por 100 del total cada una de ellas. Puesto que los marroquíes constituyen el grupo de acogida más numeroso, también a ellos corresponde el porcentaje más elevado de repatriados: un 67,2 por 100, seguidos por aquellos que son de nacionalidad rumana, con un 21 por 100.

Los datos a nivel de toda España respecto a menores extranjeros acogidos y repatriados a lo largo del año 2004, son los que aparecen en el siguiente cuadro:

MENORES EXTRANJEROS ACOGIDOS Y REPATRIADOS
POR COMUNIDADES AUTÓNOMAS

COMUNIDADES AUTÓNOMAS	MENORES ACOGIDOS	MENORES REPATRIADOS
Andalucía	372	2
Aragón	2	2
Asturias	8	0
Canarias	259	6
Cantabria	22	0
Castilla-La Mancha	116	2
Castilla y León	87	0
Cataluña	168	19
Extremadura	9	1
Galicia	4	2
I. Balears	0	1
La Rioja	4	0
Madrid	125	19
Murcia	8	1
País Vasco	210	1
Valencia	303	4
Ceuta	N.D.	N.D.
Melilla	176	1
TOTAL	**1.873**	**61**

Fuente: Comisaría General de Extranjería y Documentación.

La legislación con la que se trata de dar una respuesta a la situación en la que se encuentran estos menores en nuestro país y la actuación de la Administración aplicando esa legislación, tiene que tener en cuenta en todo momento el interés superior del menor frente a cualquier otro derecho que pudiera ser alegado. Este principio está consagrado en los artículos 2 y 11, apartado 2 letra *a)*, de la Ley Orgánica 1/1996.

La normativa española de extranjería no reguló el tratamiento jurídico que había que dar al menor extranjero hasta el Reglamento de 1996 (Real Decreto 155/1996) concretamente en su artículo 13. Tanto la Ley de extranjería de 1985 como su Reglamento de 1986 no contenían mención alguna respecto de esta materia. La legislación de extranjería de los años 2000 y 2001 hizo mención a los menores extranjeros, incidiendo especialmente en su repatriación y cuando ésta no fuera posible, estableció mecanismos para favorecer su integración.

En estos momentos en nuestro país la normativa a tener en cuenta respecto a menores extranjeros se encuentra recogida en el artículo 35 y en el artículo 40 letra *j)* de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social y en los artículos 92 a 94 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000.

Tanto la normativa citada como la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997, relativa a los menores no acompañados nacionales de terceros países, consideran como medida preferente el retorno del menor a su país de origen con su familia y en los casos en los que no pueda hacerse ese retorno se procederá a su integración. El tenor literal del apartado 3 del artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000 no deja lugar a dudas «la Administración del Estado, conforme al principio de reagrupación familiar del menor y previo informe de los servicios de protección de menores, resolverá lo que proceda sobre su retorno [o] en su defecto, sobre su permanencia en España». La intervención del letrado a la hora de interpretar ese artículo y asesorar a un menor sobre el que se vaya a decidir acerca de su retorno o su integración en nuestro país, deberá estar guiada en primer lugar por el derecho que tiene todo niño a no ser separado de sus padres (art. 9 de la Convención de Derechos del Niño). Partiendo de este principio, el letrado deberá ponderar igualmente que habrá casos en los que la precariedad de los sistemas de protección de determinados países pueden dar lugar a que se vulneren en muchos casos los derechos básicos que todo menor tiene por el simple hecho de no haber cumplido los 18 años [218].

---

[218] En una investigación realizada desde el Defensor del Pueblo se pudo conocer cómo la Administración acordó la repatriación de un menor que estaba siendo tratado de una enfermedad del aparato digestivo y cómo al llegar a su país (Marruecos), según los datos facilitados por una ONG el tratamiento iniciado en España había sido interrumpido en su país de origen por carecer de infraestructura sanitaria para ello.

Según el informe presentado en el mes de abril de 2005 por la Federación SOS RACISMO, sobre «Menores en las fronteras: de los retornos efectuados sin garantías a menores marroquíes y de los

En definitiva el asesoramiento del letrado en estos casos, estará condicionado por las circunstancias sociofamiliares del menor, resultando muy ilustrativo a estos efectos lo que hacía constar el Defensor del Pueblo en su Informe del año 2001 en el sentido que parecía «cuestionable que en todos los casos la reintegración a la unidad familiar y la convivencia con su entorno pueda configurarse de manera apriorística como la mejor de las alternativas posibles para todos los menores. En consonancia con lo anterior, esta Institución considera que el automatismo de las repatriaciones a fin de reintegrar al menor no constituye una práctica acorde con el cumplimiento de los tratados internacionales ratificados por España en materia de protección de menores y cuando menos contraria al espíritu de la vigente legislación sobre la materia».

La intervención letrada derivada del artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000, deberá tener siempre presente que el menor extranjero en situación de desamparo no puede ser expulsado, devuelto o retornado. Su salida de nuestro país sólo puede tener como motivo su reagrupación con su familia. Es cierto que no existe ningún precepto que de manera expresa prohíba la expulsión, el retorno o la devolución de un menor extranjero, ahora bien la referencia expresa que el artículo 35 de la citada Ley contiene a la «reagrupación familiar» hace que ésta se convierta en un derecho para el menor extranjero, en contraposición a la expulsión, la devolución o el retorno que claramente son sanciones administrativas previstas en la legislación de extranjería. La salida de un menor extranjero de nuestro país sólo podría producirse utilizando el mecanismo de la «reagrupación familiar» al tratarse de un derecho que impediría el uso de las otras vías claramente sancionadoras previstas para los adultos.

La asistencia letrada en estos casos debe tener en cuenta, que tanto en el anterior Reglamento (art. 62) como en el actual artículo 92.1 del actual se confirma la anterior conclusión al establecer que cuando se tenga conocimiento o se localice en España a un extranjero indocumentado, después de realizar determinadas actuaciones con él, la Administración General del Estado resolverá conforme al principio de reagrupación familiar sobre su repatriación a su país de origen o en su defecto sobre su permanencia en España. Claramente se descarta el poder aplicar a un menor una sanción de expulsión, de devolución o de retorno.

Debe mencionarse en este punto, que en los casos de pretender entrar el menor por los puestos fronterizos terrestres de Ceuta o Melilla, la denegación de entrada al mismo, no significa que se le aplique alguna de las tres sanciones mencionadas. En ese supuesto esa denegación de entrada deberá recibir la asistencia jurídica que se menciona en el apartado correspondiente de este informe, sin que la minoría de edad de la persona que intenta entrar en nuestro país devalúe o disminuya esa asistencia jurídica.

---

malos tratos sufridos», en Marruecos se da «la ausencia de una política social que potencie una protección de la infancia integral. No hay una asunción de responsabilidad pública ante situaciones de especial desprotección en la que viven los menores».

Hay que tener en cuenta que en esta materia la decisión que se adopte sobre los menores extranjeros no acompañados se encuentra compartida por dos Administraciones. Por un lado la Administración autonómica es la encargada de asumir la tutela de los menores en situación de desamparo y por otro la Administración General del Estado, a través de sus delegaciones y subdelegaciones del Gobierno, que es la encargada de documentar a los menores y acordar en su caso su repatriación.

La intervención del letrado en las actuaciones previstas en el artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000, deberá tener presente en primer lugar el principio de la reagrupación familiar y en segundo lugar, de no ser posible la misma, garantizar que la integración del menor se produce sin vulnerar ninguno de sus derechos. La función del abogado en cada una de esas dos posibilidades deberá ajustarse a las siguientes líneas de actuación.

8.2.2.1. Intervención letrada ante la Administración General del Estado

Respecto a la decisión de la Administración General del Estado en la que se acuerde la reagrupación familiar del menor, el letrado deberá cerciorarse que dicha decisión se ha adoptado siguiendo los trámites y requisitos que señala el artículo 92 del Reglamento. Debe tenerse siempre en cuenta por parte del letrado que intervenga ante una delegación o subdelegación del Gobierno defendiendo los intereses de un menor que una de las principales novedades del citado Reglamento, concretamente el apartado 4 del artículo antes citado, es la que hace referencia a que la repatriación al país de origen del menor solamente se acordará si se dieran las condiciones para la efectiva reagrupación familiar del menor, o para la adecuada tutela por parte de los servicios de protección de menores del país de origen. Esta circunstancia debe servir para evitar resoluciones de repatriación dictadas de manera automática, al mismo tiempo esa previsión reglamentaria introduce también una novedad en la asistencia jurídica que debe prestar el letrado. La oposición o no a la decisión administrativa en la que se decida sobre la repatriación del menor, deberá ir precedida de un conocimiento previo por parte del letrado respecto a las condiciones que concurren en la familia del menor o en su caso sobre la situación en la que se encuentran los servicios de protección de menores del país de origen [219]. Para que el letrado obtenga esa información sería muy conveniente que bien los grandes colegios de abogados o el Consejo General de la Abogacía, pudieran facilitar a sus colegiados datos similares a los que se contienen en «los informes sobre el país de origen» que se utilicen en los casos de solicitudes de asilo. En cualquier caso

[219] Según aparece en el informe elaborado por la Federación SOS RACISMO sobre «Menores en las fronteras: de los retornos efectuados sin garantías a menores marroquíes y de los malos tratos sufridos», los retornos de los menores a Marruecos, se llevan a cabo sin localizar a la familia en origen y sin elaborar el pertinente informe social para evaluar su situación.

ante la imposibilidad del letrado de recibir información acerca del país de origen del menor, lo que deberá exigir a la Administración que instruye el expediente es que en el mismo consten informes fundados sobre la familia o en su defecto sobre los servicios de protección del país al que podría repatriarse al menor.

Además de cuanto se acaba de indicar, el letrado deberá cerciorarse en los casos en los que se acuerda la repatriación, de que es la primera vez que ese menor se ve afectado por esa decisión. De haber existido con anterioridad una repatriación fallida como consecuencia de la cual el menor regresó de nuevo a nuestro país, parece obvio que en la segunda ocasión la intervención del letrado se centraría en impedir la ejecución de esa decisión, a la vista de la poca eficacia que han tenido los servicios de protección del país al que se le repatrió.

Un aspecto decisivo que no se menciona en el artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000 y que sin embargo introduce el artículo 92.4 del Reglamento es la obligación que recae sobre la Administración General del Estado de oír al menor antes de resolver lo que proceda respecto de su repatriación a su país de origen o aquel donde se encuentren sus familiares, o, en su defecto, sobre su permanencia en España. Este derecho del menor a ser oído está reconocido en el artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño e igualmente aparece positivizado ese derecho en nuestro ordenamiento en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

Este derecho a ser oído que tiene el menor da lugar, en opinión del Defensor del Pueblo, a que la audiencia del mismo se realice con las garantías debidas y con el asesoramiento del profesional que por excelencia está llamado a asesorar y velar por los derechos e intereses de los ciudadanos. Resulta evidente que el menor de edad tiene unas condiciones de inmadurez que le afectan física, psicológica y socialmente. Esas condiciones le impiden valerse por sí mismo y al mismo tiempo generan que el ordenamiento le brinde una protección jurídica especial. De ello es buen ejemplo la Ley Orgánica 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en esa Ley su artículo 17.2 establece que la declaración del menor se llevará a cabo en presencia del fiscal instructor, de un letrado y de aquellos que ejerzan la patria potestad, tutela o guarda del menor. Claramente el legislador ha querido que el menor cuente en su declaración con la presencia de la persona que ejerza la patria potestad sobre el mismo, hasta el extremo de que si no es posible contar con esa persona la declaración se llevará a cabo en presencia del Ministerio Fiscal, representado por persona distinta del instructor del expediente.

En relación con cuanto se acaba de exponer hay que tener en cuenta que para un menor extranjero la decisión de repatriarle puede resultar más perjudicial que si se le aplicaran algunas de las medidas previstas en la Ley Orgánica 5/2000.

Como se acaba de indicar, a juicio de esta Institución, la asistencia jurídica del letrado hacia el menor extranjero no acompañado es requisito ineludible y

necesario para llevar a efecto el derecho del menor a ser oído, ni siquiera la intervención del Ministerio Fiscal puede dejar sin efecto esa asistencia jurídica. A este respecto conviene tener presente que cuando la Ley de enjuiciamiento civil regula la comparecencia en juicio y establece las vías para integrar la capacidad procesal de las personas que no se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles (arts. 7.1 y 2, y 8.1 y 2) regula expresamente la necesidad de nombrar al declarado incapaz, un defensor judicial, a pesar de que el Ministerio Fiscal por ley tiene asignada la defensa y protección de las personas afectadas por una enfermedad mental que les impida gobernarse por sí mismas. A juicio del Defensor del Pueblo, con independencia de la presencia del Ministerio Fiscal en un procedimiento administrativo en el que se decida sobre la repatriación de un menor extranjero no acompañado, el menor tiene derecho a ser asistido por un abogado y recibir el asesoramiento jurídico que le permita completar sus condiciones de inmadurez. El Colegio de Abogados de Sevilla, en el informe remitido a esta Institución, coincide con el planteamiento anterior, haciendo constar en ese informe que para lograr una efectiva y real protección de los derechos de los menores extranjeros no acompañados es necesario reconocer a los mismos el acceso a la asistencia jurídica gratuita en los procesos administrativos y judiciales que les afecten.

Este reforzamiento en la asistencia jurídica del menor, que desde esta Institución se pide, en el sentido de contar siempre con la intervención de un letrado, además de la intervención del Fiscal que por imperativo legal está obligado a intervenir, tiene su razón de ser en los argumentos jurídicos que se han indicado y también en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica 1/1996, ya que tal precepto hace recaer sobre las administraciones públicas el deber de facilitar a los menores la asistencia adecuada para el ejercicio de sus derechos. Además la experiencia reciente constatada por el Defensor del Pueblo aconseja esa presencia activa del letrado, para evitar situaciones como las que se recogían en el Informe de esta Institución del año 2002. En aquel Informe se hacía constar que la Fiscalía recibía las resoluciones de repatriación poco antes de que se materializasen, por ello se recomendaba que se diera conocimiento de esas decisiones con una antelación suficiente al Fiscal para que pudiera el mismo efectuar el adecuado ejercicio de su función de control de la legalidad y poder así interponer los recursos oportunos.

Esa asistencia letrada deberá tener muy presente que la comparecencia del menor se realizará de forma adecuada a la situación y al desarrollo evolutivo del menor, cuidando de preservar su intimidad (art. 9.1 de la Ley Orgánica 1/1996). Esa forma de oír al menor deberá ser exigida y, en su caso, garantizada por el letrado, el cual a su vez utilizará en su entrevista con su asistido un lenguaje claro que genere en el menor un clima de confianza adecuado para que pueda conocer con exactitud cuál es la situación personal y social de la persona a la que asesora.

Conviene aquí hacer una reflexión acerca de un aspecto importante referido a la relación que en este tipo de expedientes administrativos debe existir entre

el abogado y su asistido menor de edad. En opinión del Defensor del Pueblo, el principio general de actuar siempre a favor del interés superior del menor como criterio inspirador de todas las actuaciones relacionadas con aquél, hace que la línea de actuación del letrado, por coherencia con ese principio, dependa en cada caso de las circunstancias personales del menor. Esto da lugar a que con carácter general el letrado intente obtener del menor la mayor cantidad posible de información de cara a poder constatar cuál es su realidad familiar y poder decidir así, siempre que ello sea posible, sobre qué es lo que más conviene al menor. Ese conocimiento exhaustivo de las circunstancias personales del menor y su familia le permitirán al letrado ejercitar en toda su plenitud la defensa de los intereses de su asistido y oponerse a la repatriación cuando se haya verificado la existencia de riesgo o peligro para su integridad o la de sus familiares (art. 92.4 párrafo 5.º del Reglamento).

Además de oír al menor, la Administración General del Estado antes de decidir sobre la reagrupación del menor con su familia o de decidir sobre su permanencia en España, deberá recabar un informe de los servicios de protección de menores. La valoración que el letrado haga de estos informes de los servicios de protección, puede resultar decisiva para proteger debidamente los intereses del menor y evitar situaciones como las que se recogían en el Informe del Defensor del Pueblo del año 2002, en donde se recogía que la Consejería de Bienestar Social y Sanidad de Melilla recomendaba, en supuestos de fracaso en la repatriación de menores y consiguiente retorno a la tutela de la Ciudad Autónoma, de nuevo la repatriación, sin realizar una nueva evaluación que indicara si procedía o no volver a realizar esa medida. Ante aquella situación desde esta Institución se admitía que la repatriación podía ser en la mayoría de las veces la medida más idónea, pero el interés superior del menor no podía dejar de justificar excepciones a la regla, de modo que en algunos casos podía no ser adecuada o conveniente la reagrupación familiar.

La intervención, como más adelante se dirá, de la Administración competente en materia de protección de menores, hace que en estos casos la actuación de un letrado que intervenga respecto de un menor extranjero no acompañado, deba abarcar tanto la asistencia ante la Administración General del Estado como ante la Administración Autonómica competente en materia de protección, de esa forma queda garantizado el principio de coherencia y salvaguardado el interés superior del menor. Por esta razón parece razonable que en los supuestos en los que se efectúe una designación de oficio —será en la mayoría de los casos—, el mismo letrado intervenga ante esas dos Administraciones en los dos procedimientos administrativos que se tramitarán al efecto.

De cara a la actuación futura del letrado, especialmente cuando el mismo tuviera que llegar ante la jurisdicción contencioso-administrativa y solicitar la tutela judicial, si considera que la decisión adoptada por la Administración General del Estado, no se ha ajustado a la normativa vigente, deberá asegurarse él mismo de conocer la dirección del menor en el país del que proceda o en su caso el centro de protección o el piso tutelado en el que se encuentra el menor en nuestro país, para tener al mismo informado de las gestiones que realiza en

su nombre y recibir instrucciones del mismo en la medida que sus condiciones de madurez (art. 162.1 del Código Civil) le permitan el poder dar esas instrucciones. Solamente en aquellos casos en los que la madurez del menor, le permitan a éste comprender mínimamente las decisiones que sobre su persona puedan ir adoptándose, sería conveniente que existiera una hoja de encargo profesional que vinculara al letrado y al menor y que prefijara los intereses del menor de cara a la línea de actuación que debe seguir dicho letrado.

Respecto al ejercicio de acciones ante la jurisdicción contencioso-administrativa, cuando la decisión administrativa acuerda su repatriación y ésta todavía no se ha producido, resulta obvio señalar que si el letrado que interviene considerara inadecuada tal decisión administrativa lo más adecuado sería hacer uso de las posibilidades que brinda la Ley Orgánica 29/1998, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, respecto de la suspensión provisional de los actos administrativos (arts. 129 y siguientes), ya que en el caso de no suspenderse la repatriación del menor, el futuro pronunciamiento judicial en el supuesto de ser estimatorio a las pretensiones del letrado, quedaría supeditado en su ejecución a los acuerdos institucionales que pudieran obtener los servicios de protección de menores de los dos países afectados. Conviene también señalar de cara a cuál debe ser la intervención del letrado, en el supuesto de acordarse la repatriación del menor a su país de origen, que en todo momento el abogado tiene que estar informado de la forma en la que se materializa esa repatriación, las circunstancias del menor pueden ser tan cambiantes que en un determinado momento pueden aparecer nuevos datos que aconsejen solicitar, o bien la suspensión de la repatriación, o bien dejar sin efecto la misma, especialmente en los casos en los que el afectado padezca alguna enfermedad.

Como conclusión a la intervención letrada en los expedientes de repatriación puede afirmarse que su participación activa en estos casos supone una garantía para hacer realidad el principio general que rige en esta materia de actuar siempre en interés del menor. Sin lugar a dudas de haber contado con una participación efectiva de los abogados en los expedientes de repatriación que se tramitaron durante los años 2001 y 2002 por la Delegación del Gobierno en Ceuta con la intervención de la Consejería de Bienestar Social de aquella ciudad se habría podido modificar el criterio equivocado, en opinión de esta Institución, que reiteradamente se utilizó, en el sentido de considerar que con carácter general resultaba obligado proceder en todos los casos a un intento de repatriación del menor al país de origen, en aplicación del Reglamento que estaba en vigor en aquel momento (art. 62.5).

8.2.2.2. Intervención letrada ante la Administración responsable de los servicios de protección

Las normas de protección de menores en su actual regulación fueron aprobadas por la Ley 21/1987. En esa Ley se atribuyeron a las entidades públicas en

cada Comunidad Autónoma las competencias en materia de protección de menores. Posteriormente la Ley Orgánica 1/1996 vino también a regular determinados aspectos relacionados con el desamparo del menor y con la implantación de medidas de protección.

La primera consideración de carácter jurídico que debe realizarse es que la normativa de protección de menores existente en nuestro ordenamiento es también aplicable a los menores inmigrantes que se encuentran en nuestro país (art. 9.6 del Código Civil). Como complemento a ese precepto debe señalarse también que el apartado 10 del artículo 9 del Código Civil, literalmente establece que «se considerará como ley personal de los que carecieren de nacionalidad o la tuvieren indeterminada, la ley del lugar de residencia habitual». Los artículos mencionados puestos en relación con las previsiones contenidas en los artículos 1 y 3 de la Ley Orgánica 1/1996, hacen que las entidades públicas españolas estén obligadas a actuar conforme a lo dispuesto en el artículo 172 y siguientes del Código Civil, cuando tengan noticia de la existencia de un menor extranjero que se encuentre en una situación de riesgo o desamparo, asumiendo la tutela de aquél y adoptando las oportunas medidas de protección (art. 18 de la Ley 1/1996).

La protección de las entidades públicas a los menores en situación de desamparo se ha articulado en nuestro ordenamiento a través de la tutela administrativa automática. Esta tutela administrativa trae como consecuencia la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria. El hecho determinante para que se produzcan esos efectos jurídicos se encuentra en la declaración de desamparo que la Administración autonómica competente tiene que realizar.

Desde el punto de vista del Defensor del Pueblo, la intervención y el asesoramiento jurídico del letrado hacia el menor es decisiva. Las razones de esta intervención letrada han quedado expuestas en el anterior apartado y deben ser aquí reproducidas al menos en sus aspectos más relevantes. La protección y la tutela del derecho de los menores que la ley asigna con carácter general al Ministerio Fiscal, no es suficiente argumento como para excluir la intervención letrada. Como ya se hizo mención existen previsiones normativas (arts. 7 y 8 de la Ley de enjuiciamiento civil) en las que se establece expresamente la necesidad de nombrar al declarado incapaz, un defensor judicial, a pesar de que el Ministerio Fiscal por ley tiene asignada la defensa y protección de las personas afectadas por una enfermedad mental que les impida gobernarse por sí mismas. En el caso concreto de un expediente administrativo para declarar a un menor en desamparo, son tan extraordinarios los efectos jurídicos que se producen que el interés superior del menor y el sistema de garantías deseable para velar por sus derechos aconseja que, desde el inicio del expediente al tratarse de un menor extranjero no acompañado, el mismo cuente con el asesoramiento y el consejo jurídico de un letrado. Además hay que tener en cuenta que en esta clase de expedientes concurren una serie de derechos e intereses que hacen necesaria la participación letrada, desde el momento que por un lado se encuentra el interés del menor (art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996), el derecho de los padres a

no ser separados de sus hijos (art. 9.1 de la Convención de los Derechos del Niño) y la obligación de la Administración por ofrecer una protección integral a los menores (art. 39.2 de la Constitución).

Esta intervención letrada se producirá en diferentes momentos a lo largo de todo ese procedimiento, teniendo en cuenta que en estos casos el menor que es objeto del asesoramiento jurídico se encuentra también afectado por otro expediente administrativo que tramita la Administración General del Estado y cuyo objeto es decidir sobre el retorno a su país de origen o bien acordar su permanencia en España. La existencia de esos dos procedimientos hace aconsejable para mantener una línea de defensa coherente de los intereses del menor que actúe en los dos procedimientos el mismo letrado.

El primer aspecto jurídico a tener en cuenta, es el contenido y alcance del término «desamparo». Como señalaba la sentencia dictada el 22 de diciembre de 2004, por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Cádiz, estamos ante «un concepto jurídico relativamente indeterminado, que ha de integrarse mediante juicios de valoración, siendo importante destacar y recordar que se ha sustituido el anticuado concepto de abandono por el actual desamparo en la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por entender que este segundo es, conceptual y gramaticalmente hablando, de mayor amplitud, confiriéndose así al órgano encargado la posibilidad de una más amplia interpretación y predominio del interés del menor». Precisamente esa amplia posibilidad de interpretación que se otorga a la Administración es la que pone de manifiesto la necesidad de contar con una asistencia jurídica eficaz para el menor, para evitar unas veces comportamientos omisivos y otras decisiones prepotentes de la Administración que perjudiquen al menor. La actuación del letrado deberá acomodarse según cada caso, teniendo como fin último la defensa del interés superior del menor.

Como normativa complementaria a lo que dispone el artículo 172 1.2 del Código Civil respecto a lo que se considera como desamparo, habrá que tener en cuenta las leyes autonómicas que se han dictado [220]. En cualquier caso el letrado que intervenga habrá de tener en cuenta que el concepto desamparo debe ser interpretado de manera restrictiva (SSTC 143/1990 y 298/1993).

En la fase inicial del expediente administrativo el letrado deberá valorar la necesidad o no de solicitar ante la entidad pública la adopción de medidas urgentes inmediatas cuando considere que existe un riesgo grave para el menor.

---

[220] Ley 37/1991, de la Generalidad de Cataluña, art.2.2 *k)*.
Ley 4/1994, de la Comunidad Autónoma de Extremadura, art. 6 *c)*.
Ley 1/1995, del Principado de Asturias, art. 31.2 *b)*.
Ley 1/1997, de la Comunidad Autónoma de Canarias, art. 46.2 *a)*.
Ley 3/1997, de la Comunidad Autónoma Gallega, art. 17.2 *c)*.
Ley 1/1998, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, art. 23.1 *a)*.
Ley 4/1998, de la Comunidad Autónoma de La Rioja, art. 45.3 *d)*.
Ley 7/1999, de la Comunidad Autónoma de Cantabria, art. 29 *e)*.
En las comunidades autónomas de Castilla y León, Madrid y Valenciana, sus leyes reproducen el artículo 172.2 del Código Civil.

El apoyo jurídico a esa posible pretensión se encuentra en el artículo 14 de la Ley Orgánica 1/1996. Además algunas leyes autonómicas establecen expresamente la posibilidad de adoptar estas medidas urgentes de protección [221]. El artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000, también habla de «atención inmediata».

El expediente administrativo para verificar si hay o no desamparo se puede iniciar de oficio o a instancia de persona interesada. A estos efectos si un letrado estuviera asistiendo a un menor como consecuencia del expediente que inicia la Administración General del Estado para decidir sobre su repatriación o no, deberá cerciorarse de que ese menor tiene abierto el correspondiente expediente para decidir sobre si se encuentra o no en desamparo, en el caso de no ser así el letrado deberá instar el inicio de ese expediente.

El letrado que interviene en este expediente velará para que los informes que se emitan sobre la situación personal, familiar o social del menor tengan el carácter colegiado y multidisciplinar al que se refiere el artículo 11.2 *g)* de la Ley Orgánica 1/1996. Un requisito esencial antes de decidir y después de haber instruido el expediente es el que se refiere al trámite de audiencia, tanto a los interesados como al menor. Respecto del concepto interesado en el caso de menores extranjeros no acompañados, será difícil en muchos casos encontrar a sus padres o familiares, evidentemente en estos supuestos el expediente se les pondrá de manifiesto sólo cuando sea posible. Sobre este punto hay que tener en cuenta que alguna legislación autonómica ha regulado sobre esta materia, así por ejemplo el artículo 52.1 *d)* de la Ley 6/1995 de la Comunidad de Madrid, extiende el trámite de audiencia a cuantas personas puedan aportar información sobre la situación del menor y de las personas encargadas de su guarda. La audiencia al menor se constituye como un requisito imprescindible (art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996), hasta el punto que esa falta de audiencia constituye un vicio de procedimiento que da lugar a que la resolución final sea nula (sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 30 de abril de 2002). Sobre este particular hay que señalar que el artículo 9.2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, establece que en cualquier procedimiento entablado respecto a la posibilidad de separar a un hijo de sus padres habrá que ofrecer a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

Este trámite de audiencia al menor es el que, a juicio del Defensor del Pueblo, justifica la asistencia e intervención letrada en esta clase de expedientes. El letrado deberá supervisar que al menor se le escucha de manera adecuada para su edad y madurez. El artículo citado de la Ley Orgánica 1/1996, expresamente establece que habrá que tener en cuenta su «desarrollo evolutivo» cuidando de «preservar su intimidad». Incluso se menciona también que si el menor no puede ejercitar por sí mismo este derecho, lo podrá hacer a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio. Esta previsión

[221] Ley de Canarias 1/1997, art. 48.4. Ley de la Región de Murcia 3/1995, art. 24.2. Ley de La Rioja, art. 54. Decreto de la Junta de Andalucía 42/2002, arts. 32 y 33.

legal, justifica todavía más la presencia e intervención del letrado en estos expedientes.

La normativa española en esta materia tiene su origen en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual establece que «Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opciones del niño, en función de la edad y madurez del menor».

La correcta asistencia letrada en este trámite de audiencia resulta todavía más esencial, si se tiene en cuenta que hay alguna ley autonómica, como la Ley 6/1996, de la Comunidad de Madrid, que en su artículo 52.1 *e)* permite que a instancias del menor que hubiese cumplido 12 años o de quienes ejerzan sobre él la patria potestad o guarda se pueda producir la apertura de un periodo probatorio.

La decisión administrativa que finalmente se dicte declarando o no el desamparo del menor, deberá estar debidamente motivada, para poder hacer efectivo el derecho del menor a recurrir la misma, por los trámites del juicio verbal (art. 780 de la Ley de enjuiciamiento civil) y ante el Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la entidad protectora (art. 779 de dicha Ley). El letrado que haya intervenido en este expediente, deberá comprobar que en todo caso, con independencia de su actuación, el Ministerio Fiscal ha ejercido el control de legalidad de todas las actuaciones administrativas que se hayan realizado (art. 174 del Código Civil, y arts. 18.1 y 23 de la Ley Orgánica 1/1996).

La resolución final que se adopte, en el caso de menores extranjeros no acompañados da lugar a una situación jurídica compleja, ya que aunque se haya declarado al menor en situación legal de desamparo, la decisión última sobre si el menor retorna o no a su país, la adopta la Administración General del Estado (art. 35.3 de la Ley de extranjería y art. 92.4 de su Reglamento). En ninguno de esos preceptos se indica que el pronunciamiento de la entidad pública de protección sea vinculante para la decisión que finalmente adopta el Delegado del Gobierno o el Subdelegado del Gobierno correspondiente. Ante la existencia de decisiones administrativas contradictorias, pues se dictan por Administraciones diferentes, el letrado que defiende los intereses del menor y que preferiblemente deberá ser el mismo en ambos expedientes, ejercitará las acciones que estime pertinentes para salvaguardar el interés superior del menor, procurando que prevalezca aquella resolución administrativa que mejor garantice los derechos del menor. Con independencia de lo anterior debe señalarse que según viene comprobando esta Institución en los últimos años, lejos de producirse resoluciones distintas entre las dos administraciones que deciden (Administración autonómica —protección de menores— y Administración General del Estado —decisión sobre la repatriación—), lo que se produce en la inmensa mayoría de los casos es una coincidencia tal que llega a ser preocupante.

Si el acto administrativo final declarase al menor extranjero no acompañado en situación de desamparo, hay que tener en cuenta que esa resolución adminis-

trativa puede y debe acordar la medida de protección más adecuada aplicable a ese menor. Aquí la intervención letrada vuelve a tener una trascendencia especial, ya que tanto o más importante que la declaración de desamparo del menor, es la medida de protección que se adopte para él. El número de medidas que se pueden adoptar y su naturaleza es amplio y van desde la acogida del menor por una persona o familia, hasta la acogida en un centro público o privado residencial, o también la constitución de la tutela civil cuando existan personas que por sus relaciones con el menor puedan asumir esa tutela. Incluso hay alguna legislación autonómica como la Ley catalana 37/1991, que en su artículo 5.1, contiene una fórmula abierta en el sentido de poder aplicar a los menores en situación de riesgo cualquier medida de carácter educativo, asistencial o terapéutico que resulte aconsejable para el menor.

En definitiva, el letrado que intervenga velará para que la Administración encargada de dictar las medidas de protección, acuerde la más adecuada cuando exista una situación de desamparo y además procurará que esa medida sea respetada por la Administración General del Estado, evitando cuando ello sea conveniente para el menor que se acuerde su repatriación cuando exista riesgo o peligro para la integridad física del menor.

8.2.2.3. Intervención letrada para la integración del menor en nuestro país

En el supuesto de que la decisión que adopte la Administración General del Estado sea la de que el menor permanezca en España la actuación del letrado respecto del mismo será, en primer lugar la de comprobar que las medidas de protección se cumplen en los términos acordados por la entidad pública de protección.

El letrado velará también para que se le otorgue al menor la autorización de residencia a la que se refiere el artículo 35.4 de la Ley Orgánica 4/2000. Si fuere necesario se haría saber a la Administración que aunque el menor no cuente con esa autorización de residencia el mismo tiene acceso a todas aquellas actividades o programas de educación o formación que redunden en su beneficio. En el caso de llegar a la mayoría de edad sin contar con esa autorización temporal de residencia el abogado haría uso de la posibilidad que contempla el apartado 5, párrafo 3.º, del artículo 92 del Reglamento para lograr que se le conceda esa autorización por circunstancias excepcionales, a la que se hará extensivo lo dispuesto en el artículo 40 *j)* de la Ley Orgánica 4/2000. Sobre este punto debe señalarse que, según el apartado 4 del artículo 35 de la citada Ley, los efectos de la declaración de desamparo deberán retrotraerse al momento en que fue puesto a disposición de los servicios de protección de menores. Esta previsión legal debe contemplarse de acuerdo con lo previsto en el artículo 72, apartado 3 letra *e)* del Reglamento. Este artículo recoge que la autorización de residencia permanente también se concederá a los extranjeros que acrediten que al llegar a

la mayoría de edad hayan estado bajo la tutela de una entidad pública española durante los cinco años inmediatamente anteriores de forma consecutiva.

Otro de los aspectos importantes que afectan al asesoramiento jurídico que debe recibir un menor extranjero cuando el mismo permanece en nuestro país y alcanza la mayoría de edad es el que se refiere a la posible adquisición de la nacionalidad española. Esta situación sin lugar a dudas será la más favorable para la integración del menor. En la mayoría de las ocasiones los menores extranjeros no acompañados al ser declarados en desamparo estarán en condiciones de que se les conceda un permiso de residencia y otro de trabajo, de esta forma tienen la posibilidad de solicitar la adquisición de la nacionalidad española por residencia.

El artículo clave en esta materia es el 22 del Código Civil concretamente el apartado 2.º letra *c)* que contempla la posibilidad de obtener la nacionalidad española por residencia habiendo permanecido residiendo en España un año cuando esa persona haya estado sujeta legalmente a la tutela, guarda o acogimiento de un ciudadano o institución españoles durante dos años consecutivos, incluso si continuare en esta situación en el momento de la solicitud. A estos efectos será importante comprobar siempre que la declaración de desamparo se retrotrae al momento en el que el menor fue puesto a disposición de los servicios de protección de menores (art. 35.4 de la Ley Orgánica 4/2000).

Además de acreditar el plazo de residencia legal, la persona solicitante de la nacionalidad debe ser informada de que según la legislación del Registro Civil, tiene que justificar buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española. En relación con estos requisitos, puede resultar vital el asesoramiento que realice un abogado, más todavía si se tiene en cuenta que el artículo 21.3 del Código Civil establece una serie de requisitos que a primera vista pueden dificultar la solicitud de la nacionalidad española por un menor extranjero no acompañado.

El citado artículo establece las personas que están legitimadas para solicitar la nacionalidad por residencia. Al referirse a los menores de 18 años recoge que podrá presentar esa solicitud el mayor de catorce años asistido por su representante legal, y el representante legal del menor de catorce años. En este último caso el representante legal sólo podrá iniciar los trámites de solicitud si previamente ha obtenido autorización del encargado del Registro Civil, previo dictamen del Ministerio Fiscal. Tal regulación legal impide que el menor pueda por iniciativa propia iniciar los trámites necesarios para solicitar la nacionalidad española. La legitimidad recae en estos casos sobre su «representante legal». En definitiva la entidad pública que por ley asume la tutela (art. 172 del Código Civil). Ante la falta de iniciativa por parte de la misma, la labor del abogado en estos casos puede resultar decisiva, bien incitando ante la Administración la conveniencia de que su tutelado pueda obtener la nacionalidad española o bien poniendo la situación en conocimiento del fiscal para que promueva las acciones oportunas. A juicio del Defensor del Pueblo en aquellos casos en los que es necesario oír al menor, ese acto debería realizarse de manera personal y no a

través de un representante, pues sólo de esa forma se podrán captar opiniones personales del menor, cosa distinta es que en ese acto el menor cuente con el debido asesoramiento de un letrado.

8.2.3. Intervención letrada en la determinación de la edad del menor

El artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000, establece que cuando se localice a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se pondrá el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, el cual «dispondrá la determinación de su edad»; para ello colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que realizarán las pruebas necesarias.

Por su parte el Reglamento que desarrolla esa Ley en su artículo 92.1 reproduce prácticamente en su literalidad el artículo 35 de la citada Ley. La asignación de esta competencia al Fiscal es coherente con las funciones que el artículo 3.7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal atribuye a los miembros del Ministerio Público respecto a la protección de los menores.

La experiencia acumulada respecto a esta cuestión por el Defensor del Pueblo, pone de manifiesto cómo en la mayoría de las ocasiones se asume como edad de la persona sometida a las pruebas médicas la que aparece en el dictamen médico que se ha efectuado, sin que exista un acto expreso del Fiscal en el que realice una interpretación jurídica de ese dictamen, el cual puede ser completado con otra serie de pruebas, sobre todo teniendo en cuenta que los informes médicos no son del todo concluyentes y que la distinta procedencia del menor puede dar lugar a conclusiones diferentes.

En opinión del Defensor del Pueblo, y así se hizo constar en el Informe anual correspondiente a 2003 [222], sería deseable que en todos los casos existiera

---

[222] Esta Institución tramitó una investigación a instancia de un letrado de Jaén, que denunció la situación de una ciudadana rumana cuyos padres se encontraban en paradero desconocido. La interesada era a su vez madre de un menor de ocho meses de edad, con el que convivía en unión de la familia del progenitor de éste, también ciudadano rumano en situación irregular. El Grupo Operativo de Extranjeros informó de que a la interesada se le había practicado una prueba de determinación radiológica de edad, fruto de la cual se había fijado que tenía una edad igual o superior a los 18 años. Por esta razón se procedió a incoarle un expediente de expulsión. Sin embargo, esta Institución analizó diversa documentación entre la que figuraba una copia del libro de familia español, con la inscripción de nacimiento de la hija de la interesada. En el libro de familia la madre figuraba como nacida en 1988, con lo que se trataría de una menor de 15 años. El libro de familia no parecía manipulado ni cabía admitir la presunción de que los datos fueran inexactos o erróneos. Por eso se indicó a los servicios policiales que debían ponerse estos hechos en conocimiento de la Fiscalía a fin de adverar la existencia y regularidad de la inscripción en el Registro Civil español, dando en tal caso prioridad a lo consignado en el registro frente a la prueba de determinación radiológica de la edad, dado que el margen de error es elevado. Al día siguiente se recibió una llamada de la Fiscal encargada de menores en la Audiencia Provincial de

un pronunciamiento jurídico expreso en el que el Fiscal valorando todas las pruebas se pronunciara sobre la edad del menor. Debe tenerse en cuenta que tanto la Ley como el Reglamento son excluyentes sobre esta materia, el que «dispone» la edad de esa persona es el Fiscal, no el médico que emite el informe. En ese pronunciamiento del Fiscal, el letrado que asiste al menor debe tener una intervención directa aportando aquellos elementos de prueba que puedan contribuir a facilitar la labor del Fiscal y cuestionando cuando ello sea necesario los márgenes, a veces excesivamente amplios que indican los informes que se realizan sobre esta materia. La existencia de ese acto del Fiscal, permitiría al letrado un posible recurso, ya que de lo contrario, si se admite como válida la edad que aparece en el informe médico, este documento como tal no puede ser objeto de recurso alguno.

Por último en cuanto a la posibilidad o no de realizar a la persona pruebas radiológicas en contra de su consentimiento, deberá tenerse en cuenta la sentencia de 11 de marzo de 1996 del Tribunal Constitucional. En aquella sentencia se llegó a la conclusión de que era posible practicar una prueba radiológica, sin contar con el consentimiento del afectado, ya que con ella no se vulneraban derechos fundamentales debido a la poca intensidad de las radiaciones y al poco tiempo de exposición.

9. OTRAS ACTUACIONES DE ASISTENCIA Y ORIENTACIÓN JURÍDICA A EXTRANJEROS

9.1. La orientación jurídica

9.1.1. Introducción

Como se ha dicho en el lugar oportuno, la normativa vigente establece la posibilidad de acceso a la asistencia jurídica gratuita (art. 22.1 de la Ley de extranjería) «en los procedimientos administrativos o judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, a su devolución o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de asilo». Parece evidente que el legislador ha previsto la asistencia jurídica gratuita como cláusula instrumental de garantía del pleno sometimiento de la Administración a la ley y al Derecho (art. 103.1 de la Constitución), de la igualdad material consagrada en el artículo 9.2 de la Constitución y, en última instancia, del acceso a la tutela judicial efectiva.

Jaén, quien comunicó que en atención a las circunstancias del caso, se había dejado sin efecto el expediente de expulsión y se habían iniciado actuaciones conducentes a la determinación de la situación socio-familiar de la menor y de su hija.

Fuera de estos casos, que pueden calificarse de críticos, por más que su número sea relevante, quedan en realidad la mayoría de las gestiones que deben realizar los extranjeros para mantener su *estatus* de regularidad, gozar de permiso de trabajo y residencia, o poder vivir con su familia en nuestro país.

Tal y como se dijo en la sesión celebrada entre esta Institución y las Administraciones encargadas de subvencionar los gastos relacionados con la justicia gratuita, es preciso distinguir entre los aspectos relacionados con el turno de oficio y los servicios de orientación jurídica. En estos términos se expresaron los representantes de Galicia, Cataluña y Andalucía.

En primer lugar, el representante de Galicia destacó que la asistencia jurídica gratuita se ofrece por igual a ciudadanos españoles y extranjeros, sin distinción, aunque se destaca una singularidad y ésta es la asistencia en procedimientos administrativos en materia de extranjería. La asistencia se articula de dos formas:

1. Servicio de Orientación jurídica, que recibe financiación a través de un Convenio con el Consello Galego de la Abogacía.
2. Asistencia en el ámbito de los procedimientos contencioso-administrativos.

El representante de Cataluña, cuyo servicio de orientación jurídica, creado en 1990, es pionero, declaró en la misma sesión que siempre han intentado que la orientación jurídica sea un área independiente por lo que tiene una financiación diferenciada en relación al turno de oficio. Así, cuentan con:

1. Turno de oficio, con un presupuesto de 24 millones de euros en el año 2003.
2. Servicio de orientación jurídica, con un presupuesto de algo más de un millón de euros que se destinaron en buena medida al Colegio de Abogados de Barcelona.

Por parte de la Junta de Andalucía se informó de la separación de la asistencia jurídica a los extranjeros en materia administrativa, para tener un control efectivo de las actuaciones de Derecho de extranjería, y el turno de oficio ordinario en la jurisdicción civil, penal o mercantil. El representante de Andalucía declaró que ya con anterioridad a la sentencia del Tribunal Constitucional 95/2003 se consideraba que extranjeros y nacionales tenían los mismos derechos y, además, figuraban en las mismas estadísticas que los nacionales.

Las demandas de asesoramiento en materia de autorizaciones de trabajo y recursos administrativos y contencioso-administrativos tanto en Sevilla como en Málaga han provocado la creación de un servicio de orientación jurídica especializado en materia de extranjería y diferente del servicio de orientación jurídica ordinario.

La propia condición de extranjero, refiriéndonos en este caso a los ciudadanos a los que no resulta de aplicación el llamado régimen comunitario, supone la necesidad de mantener un contacto con la Administración muy superior a la que puede tener un ciudadano español.

Ese contacto genera una necesidad de asesoramiento, tanto por razones subjetivas como objetivas, de carácter variado y complementario debido a:

— La inseguridad que muchos extranjeros sienten, por dificultades de comprensión del idioma o del lenguaje administrativo.
— El desconocimiento de una legislación que cambia con frecuencia y que presenta muchos matices para situaciones personales o en virtud de la nacionalidad.
— El respeto que les produce en algunos casos el trato con la Administración, a la que perciben como un ente lejano de cuya decisión, que sienten como cosa arcana, dependen cuestiones de gran relevancia para sus vidas.

La realidad social y económica de muchos de estos ciudadanos no les permite acudir a un letrado de su libre elección y es allí donde surge la acción de la sociedad, complementada mediante medidas de apoyo y fomento por los poderes públicos.

9.1.2. Implantación de los servicios de orientación

La implantación de estos servicios es fragmentaria, es decir, como se tendrá ocasión de ver, no existe en todo el territorio nacional, sino que depende de cada colegio de abogados.

En el desarrollo de los mismos se aprecia la coexistencia de dos modelos distintos. En uno de ellos la orientación se encomienda a organizaciones no gubernamentales, cuya finalidad y objetivos son más amplios que los estrictamente de asesoramiento y defensa jurídica. Y otro en el que se deja tal misión en manos de un colegio de abogados. Con todo, parece constatarse una cierta tendencia a la búsqueda de modelo de atención integral en el que el asesoramiento o la orientación jurídica es sólo uno de los ámbitos de actuación, pero en el que el servicio en su conjunto tiene objetivos más ambiciosos.

Probablemente ello es coherente con un cambio de mentalidad que lentamente se va produciendo y que pone el acento en la necesidad de incidir en la integración del inmigrante. En esta lógica las cuestiones jurídicas, por sí mismas, son de capital importancia, porque aseguran la igualdad formal, pero tienen que cohonestarse con actuaciones en otros campos.

Desde luego esto no implica una opción por la entidad a la que se encomiende el servicio en cuestión, pero sí parece condicionar la necesidad de que este

servicio se engarce adecuadamente en un plan más amplio y que se prevean sus relaciones con los demás recursos sociales y, en su caso, asistenciales que puedan existir.

El IMSERSO (Instituto de Migraciones y Servicios Sociales) ha mantenido un sistema dual, por una parte se financia la existencia de una red de asesoramiento legal genérico, sobre cuestiones de extranjería y asilo, en el marco de programas de información y orientación encomendada a diversas organizaciones no gubernamentales como CEAR y ACCEM, y subvencionada a cargo del 0,52 por 100 del IRPF. Además de esto, también se subvenciona el Servicio de Orientación Jurídica para Extranjeros del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid [223]. En el siguiente cuadro figura el coste global de las subvenciones destinadas a asesoramiento jurídico y formación especializada de letrados y letradas para 2002 y 2003:

SUBVENCIONES DEL IMSERSO PARA ASESORAMIENTO Y FORMACIÓN

Información/Orientación (2002)	2.118.830 €
Formación especializada (2003)	123.536 €
Asesoramiento jurídico a solicitantes de asilo (2003)	177.095 €
TOTAL	**2.419.461 €**

Fuente: Elaboración propia sobre información oficial.

El 9 de abril de 2001 firmaron un convenio de colaboración el Colegio de Abogados de Madrid y el Instituto de Migraciones y Servicios Sociales con el fin de potenciar la asistencia jurídica integral para todos los extranjeros que lo requieran.

Los lugares donde se presta este servicio en la actualidad son: Torrejón de Ardoz y el Tribunal Superior de Justicia.

Sobre los puntos de red, se exponen a continuación en un cuadro dichos puntos, entendiendo por tales los lugares en los que se da asesoramiento jurídico, defensa jurídica e información a los inmigrantes en materia de extranjería y asilo que hay en diferentes provincias y las organizaciones no gubernamentales responsables de cada uno de ellos:

[223] Este servicio se creó en enero de 1995 para dar atención profesional especializada a los inmigrantes y solicitantes de asilo.

PUNTOS DE ORIENTACIÓN JURÍDICA CUBIERTOS POR LA SUBVENCIÓN DEL IMSERSO

	ASTI	ATIME	CÁRITAS	CC OO	RED ACOGE	ANDALUCÍA ACOGE	FEDERACIÓN MUJERES PROGRESISTAS	FUNDACIÓN HISPANO CUBANA	FEDERACIÓN CONCEPCIÓN ARENAL	UGT	USO	CEAR	COMRADE
Albacete					X								
Alicante					X[224]								
Almería		X[225]				X							
Barcelona		X[226]	X	X						X			
Burgos					X								
Cáceres			X[227]	X									
Cádiz						X[228]							
Ceuta												X	
Córdoba					X[229]								
Girona			X										
Granada			X[230]			X							
Ibiza			X										
Jaén		X				X							
Las Palmas				X									
Logroño				X	X								
Madrid	X[231]	X	X[232]	X	X		X	X	X	X	X	X	X
Málaga						X				X			
Mallorca			X	X									

PUNTOS DE ORIENTACIÓN JURÍDICA CUBIERTOS POR LA SUBVENCIÓN DEL IMSERSO *(Cont.)*

Melilla												X	
Murcia		X [233]	X	X	X [234]					X	X		
Pontevedra				X [235]									
Salamanca			X										
Santander					X								
Sevilla				X		X					X		
Tarragona			X										
Tenerife			X										
Toledo				X									
Valencia				X	X					X			
Zaragoza				X									

[224] Alicante, Orihuela y Elche.
[225] Puebla de Vicar.
[226] Santa Coloma de Gramanet.
[227] Plasencia.
[228] Jerez de la Frontera.
[229] Córdoba y Lucena.
[230] Guadix.
[231] Además de Madrid, Getafe y Alcalá de Henares.
[232] Madrid y Getafe.
[233] Cartagena, Totana, Lorca, Torre Pacheco y Murcia.
[234] Murcia y Cartagena
[235] Vigo.

Los puntos de red aparecen en la convocatoria anual de subvenciones como programas para el desarrollo de servicios de información y orientación social a inmigrantes, de esta forma consiguen una orientación más específica de tipo social, aunque en la práctica, la principal demanda de los usuarios es obtener información jurídico-legal acerca de su situación, ya sea regular o irregular, porque debido a la vulnerabilidad de estas personas, acuden a los puntos de red con menos recelo que a otras instancias.

En cuanto a las principales funciones de los puntos de red, éstas son:

— Asesoramiento jurídico en todos los aspectos que regula la Ley de extranjería.
— Asesoramiento y defensa jurídica en los supuestos de realización de los actos discriminatorios que se recogen en el artículo 23 de dicha Ley.
— Informar, gestionar y tramitar renovaciones de autorizaciones de trabajo y residencia, reagrupación familiar y nacionalidad, derecho a asistencia jurídica gratuita y contingente.

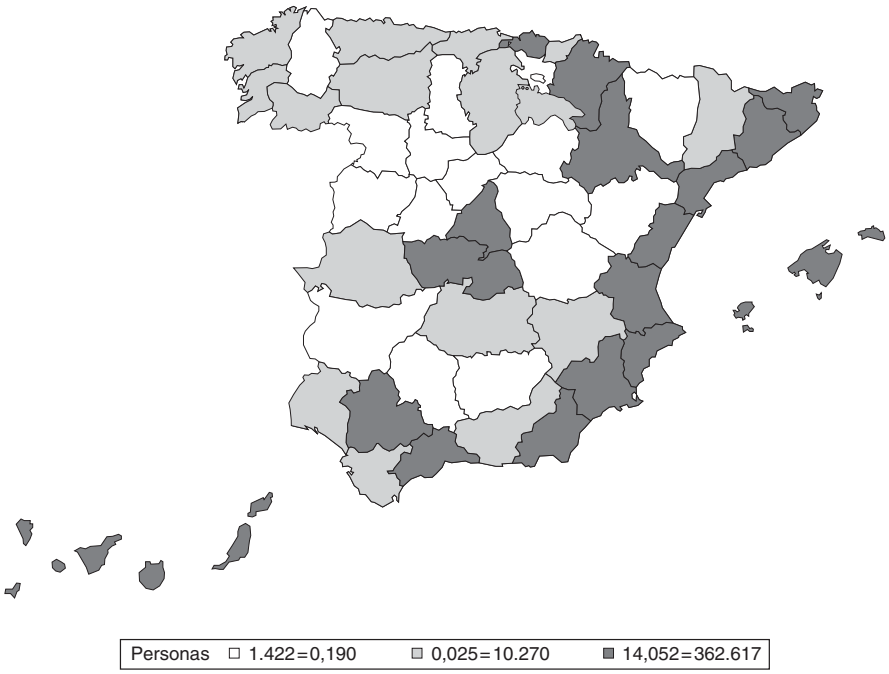
También se ha alentado y subvencionado la creación de servicios que, en todo o en parte, se ocupan de la atención y orientación jurídica a inmigrantes, en virtud de convenios. Puede citarse, por ejemplo, el SAIER de Barcelona (Servicio de Atención al Inmigrante Extranjero Refugiado), creado en 1991 por un convenio entre el Ayuntamiento, diversas asociaciones y el colegio de abogados; o el Servicio de Asistencia Jurídico-Social a Personas Inmigrantes Extranjeras de la Comunidad Autónoma del País Vasco (HELDU), que funciona desde 2002 con la financiación del Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco, gestionado por el Colegio de Abogados de Guipúzcoa. Existen diversos ejemplos a lo largo del territorio nacional, sean servicios creados en cada Colegio, lo sean en virtud de convenios interinstitucionales: Málaga, Sevilla, Zaragoza o Don Benito (Badajoz).

A continuación vamos a ver cuáles son las comunidades autónomas con más presencia de extranjeros asentados en España. El problema que se plantea es que no todos estos lugares disponen de servicio de orientación jurídica a pesar de que sería interesante y muy útil su actividad por el volumen de extranjeros que reciben y que tiende a incrementarse.

La población extranjera en España se concentra especialmente en las grandes ciudades como Madrid y Barcelona. Las comunidades autónomas de Madrid y Cataluña concentran el mayor número de inmigrantes, seguidas de Andalucía y Comunidad Valenciana concentrando todas ellas el 70 por 100 de la población extranjera. Si sumamos a este porcentaje la población extranjera de las Islas Canarias y Baleares tendremos un 10 por 100 más, lo que supone que en estas seis comunidades se concentra el 80 por 100 del total de la población inmigrante de España.

La Comunidad Autónoma con mayor porcentaje de extranjeros es Illes Balears, con más de un 8 por 100. Es relevante también Canarias, pero con un porcentaje de población extranjera menor (no llega al 6 por 100). En este caso la cercanía al continente africano puede explicar el fenómeno, al igual que en Ceuta y Melilla. En la Comunidad de Madrid el número de extranjeros no sólo tiene importancia por sus cifras absolutas sino relativas (con casi un 7 por 100 de población extranjera sobre el total). Existen algunas autonomías en las que el fenómeno migratorio tiene una importancia menor como son: Asturias, Cantabria, Castilla y León, Extremadura, Galicia y País Vasco.

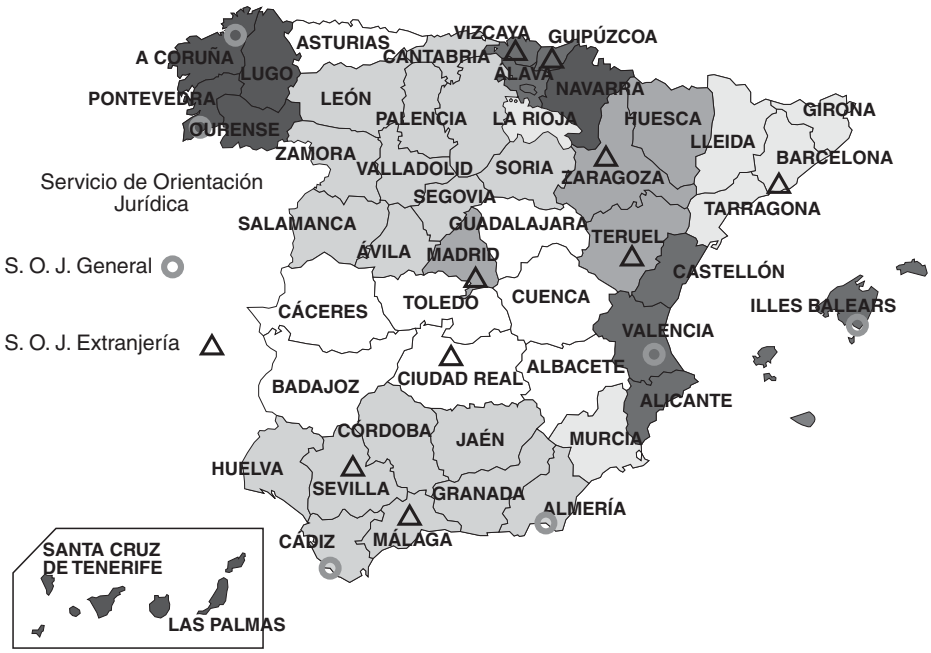
PRESENCIA DE EXTRANJEROS POR PROVINCIAS



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos facilitados por la Comisaría General de Extranjería y Documentación.

El problema que se plantea es que no todos los lugares que reciben un gran número de inmigrantes cuentan con un servicio de orientación jurídica especializado en materia de extranjería y tampoco cuentan con un punto de red de información y orientación social a inmigrantes financiado por el IMSERSO. Canarias, Ceuta y Melilla deberían reforzarse por su proximidad a los lugares de procedencia.

PROVINCIAS QUE CUENTAN CON SERVICIO DE ORIENTACIÓN JURÍDICA



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos facilitados por los colegios de abogados y diversas administraciones.

De acuerdo con la información aportada por algunos colegios de abogados, estos son los principales asuntos consultados en orden de mayor a menor:

1. Autorización trabajo/residencia.
2. Asistencia jurídica gratuita.
3. Asilo.
4. Visados.
5. Expulsiones.
6. Reagrupación familiar.
7. Nacionalidad.
8. Circunstancias excepcionales.
9. Régimen comunitario.

Otros asuntos tratados son los que afectan a menores, devoluciones, internamientos y contingentes.

9.2. Problemas puestos de manifiesto por los letrados en este ámbito

9.2.1. Cuestiones generales

A pesar de que algunos colegios de abogados manifiestan mantener fluidas relaciones con los distintos organismos de la Administración competentes en cuestiones de extranjería, la mayoría de los informes recibidos aluden a la existencia de algunas tiranteces y problemas de trato con los funcionarios [236]. Esta impresión fue confirmada en el curso de las jornadas de trabajo promovidas por esta Institución con vistas a la preparación del presente informe, especialmente las celebradas con letrados y con representantes de organizaciones no gubernamentales.

También han planteado algunos colegios, como es el caso de Valencia, el a su juicio abuso que se produce por parte de la Administración de las instrucciones internas, cuyo contenido desborda en muchos casos las estrictas previsiones legales y reglamentarias (así ha tenido ocasión de verificarlo esta Institución en varios casos según puede verse en los informes anuales), las cuales, por otra parte, no son objeto de publicación. Tales instrucciones se convierten así, de facto, en la auténtica fuente de la actuación administrativa, pretextándose su existencia para desconocer en algunos casos normas cuyo sentido y límites son diáfanos, retorciendo la normativa con aplicaciones *praeter legem*, cuando no *contra legem*.

La posibilidad de que una instrucción contravenga la normativa es asunto que requerirá de las oportunas actuaciones de denuncia por parte de los letrados ante los órganos de la propia Administración, ante el Defensor del Pueblo y, en última instancia, ante los tribunales de justicia.

Sin embargo, en lo referente a la publicidad de estas instrucciones, y dada su trascendencia para el buen desarrollo de los procedimientos administrativos, hay que coincidir con los letrados en que debería procederse a su publicación, supeditándose su aplicación a este requisito. Las razones que abogan a favor de esta medida son variadas, pero quizás la más relevante de ellas esté vinculada al principio de transparencia que es base natural de un Estado de Derecho y que, en último término, asegura la virtualidad de los principios de seguridad jurídica, así como, en los casos procedentes, los de responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Los letrados desarrollan largos memoriales de agravios que afectan tanto a cuestiones sustantivas como a asuntos procedimentales y garantías instrumenta-

---

[236] Por ejemplo: en los puestos fronterizos, irregularidades en la aplicación de las normas de procedimiento administrativo, motivaciones de resoluciones mejorables, notificaciones casi nulas a los interesados extranjeros, problemas para consultar expedientes, dificultades para conseguir citas telefónicas.

les que guardan una relación más directa con su labor [237]. Centrándonos en estas últimas, distinguiremos diversos problemas específicos referentes en primer término a las oficinas de extranjería [238] y luego a las representaciones en el exterior.

9.2.2. Oficinas de extranjería

Respecto de las oficinas de extranjería la primera de las cuestiones en las que inciden muchos colegios es la dificultad que tienen para poder desarrollar una gestión ágil y eficiente de la presentación de documentos. Varios colegios, como Barcelona (que alude a un servicio de presentación de expedientes y documentos que luego se amplió a todos los colegiados de Cataluña), Alicante, Valencia, Zaragoza (sólo para la dependencia de Trabajo), Sevilla (anunciaba que estaba firmado y pendiente de entrar en vigor), señalan la existencia de servicios de presentación de expedientes en todas o algunas dependencias de extranjería. Tales servicios en unos casos implicaban la existencia de un negociado específico (Alicante o Valencia), o en otros casos (Barcelona) los expedientes se preparaban en los propios colegios y se trasladaban luego a la oficina correspondiente para que fueran registrados de entrada. En la mayoría de los casos estos sistemas de presentación se extendían también a organizaciones no gubernamentales y otros colegios profesionales como los de gestores administrativos.

La entrada en vigor de la Ley Orgánica 14/2003 supuso un cambio sustancial para la mayoría de estas prácticas como consecuencia de la introducción de una disposición adicional tercera en la Ley de extranjería que establecía la exigencia de presentación personal por parte de los interesados (extranjeros o empresarios, según los casos) de las solicitudes de autorización de residencia y trabajo en los registros de los órganos competentes para su tramitación [239].

---

[237] A título de ejemplo puede citarse la apreciación de la encuesta-informe de Valencia de que los funcionarios no están debidamente identificados, en contravención a lo que establece la normativa.

[238] Se utiliza este término genérico dado que en todas las provincias no existe una Oficina única de extranjeros. El caso más llamativo es Madrid. En varios informes anuales del Defensor del Pueblo se ha reclamado la constitución de esta Oficina, el último de ellos en el año 2004.

[239] La interpretación que la Administración hace de esta exigencia ha sido tan rigurosa que incluso se llegaron a cursar instrucciones al Organismo de Correos y Telégrafos para que en las oficinas postales de este servicio no se admitieran los documentos presentados para su envío por correo administrativo que versaran sobre asuntos de extranjería. Se han llegado a dar instrucciones a Correos y Telégrafos para que no admita expedientes de extranjería por correo administrativo. Como ejemplo de ello se puede citar el caso de un letrado que se dirigió a esta Institución exponiendo que, tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, había comparecido en la Oficina Principal de Correos y Telégrafos de Bilbao, al objeto de remitir por correo administrativo un escrito en nombre de una ciudadana extranjera dirigido a la Subdelegación del Gobierno en Vizcaya. Sin embargo, se le denegó la posibilidad de acceder a dicho envío,

en aplicación de la circular de la entonces Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración, de fecha 16 de diciembre de 2003, según la cual no podía aceptarse ningún correo administrativo en materia de extranjería.

El letrado compareciente planteó una reclamación que fue respondida informándole de que la actuación de los servicios postales se ajustaba a la última modificación introducida en la legislación de extranjería, así como «a lo instruido al efecto por el Ministerio del Interior, en su condición de Ministerio al que el ordenamiento jurídico atribuye competencias en materia de extranjería».

El Defensor del Pueblo se dirigió a la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, así como a la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, haciéndoles notar una serie de consideraciones. En primer lugar, señaló que la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, introdujo en la legislación de extranjería una nueva disposición adicional tercera, según la cual los sujetos legitimados que se encuentren en territorio español habrán de presentar personalmente las solicitudes relativas a las autorizaciones de residencia y de trabajo en los registros de los órganos competentes para su presentación. Ciertamente el incumplimiento de cualesquiera de estos dos requisitos constituiría una causa de inadmisión a trámite, de acuerdo con las previsiones de ese mismo texto normativo. Sin embargo, como es notorio, no son los procedimientos señalados los únicos por los que un ciudadano puede tener la necesidad de entrar en comunicación con los órganos encargados de la gestión administrativa de extranjería. De otra parte, no puede obviarse a este respecto que la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, de aplicación supletoria a los procedimientos regulados en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, establece en su artículo 42 que la Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación.

Así pues, resulta claro que para que el órgano administrativo pueda dictar resolución expresa, en cumplimiento de lo prevenido en las normas procedimentales vigentes, debe previamente examinar el contenido de la pretensión formulada por los interesados. Para ello es imprescindible que las oficinas de correos cursen debidamente sus peticiones, independientemente de la resolución que quepa adoptar sobre las mismas.

De otro lado, cabe recordar que conforme lo dispuesto en la Ley 24/1998, de 13 de julio, del servicio postal universal y de liberalización de los servicios postales, los servicios de comunicaciones en general y, en particular, los postales, se consideran servicios de interés general e incluyen en su ámbito de obligaciones las de recogida, admisión, clasificación, tratamiento, curso, transporte y entrega de los envíos postales.

Igualmente el artículo 18.1 *d)* de la precitada Ley 24/1998, establece que quedan reservados, con carácter exclusivo, al operador al que se encomienda la prestación del servicio postal universal, esto es, la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, la recepción, como servicio postal, de las solicitudes de los escritos y de las comunicaciones que los ciudadanos dirijan a los órganos de las administraciones públicas.

A la vista de todo lo expuesto, esta Institución dedujo que la práctica de rechazar cualquier solicitud dirigida al órgano administrativo competente para su conocimiento y resolución no sólo vulneraba las previsiones de las normas de procedimiento y la normativa específica de los servicios postales, sino que impedía también a los ciudadanos el ejercicio del derecho al acceso al procedimiento administrativo y a obtener una resolución expresa de la Administración pública.

Consecuentemente se remitieron dos recomendaciones. La primera dirigida a la presidencia de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, en la que se instaba a que se impartiesen instrucciones a fin de que en los servicios postales de Correos de todo el territorio nacional se admitiesen y cursasen en debida forma cuantos escritos en materia de extranjería se presenten por los interesados, procediéndose a su entrega a los órganos competentes. La segunda dirigida a la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración a quien se le recomendó que modificara la Instrucción emitida en su día por la Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración.

Ya en 2005, la Sociedad Estatal ha comunicado su plena aceptación de la recomendación, indicando que impartiría instrucciones a toda la red postal para el efectivo cumplimiento de la misma.

La medida supuso un incremento de la presión, que ya antes era importante, sobre estas oficinas. Como consecuencia de ello se formuló una recomendación de esta Institución, basada en las investigaciones y visitas llevadas a cabo durante el año 2003 para comprobar la situación de las oficinas más significativas, que se formuló en el año 2004.

En concreto, se dirigió una recomendación a la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración y a las subsecretarías de los Ministerios del Interior y de Administraciones Públicas, en la que junto a la mención al principio constitucional de eficacia, se indicaba la necesidad de proyectar particularmente la atención en varias cuestiones concretas.

Así, en primer lugar, se consideró muy necesaria la creación de oficinas únicas de extranjeros en aquellas provincias, como Madrid, en las que se registra una especial incidencia del fenómeno migratorio. En tanto se creen estas oficinas, entendía esta Institución que deberían adoptarse medidas inmediatas para la racionalización de las labores de coordinación y atención al ciudadano, en aras a obtener una mayor eficacia en la gestión administrativa y evitar la dispersión de recursos y la desorientación de los usuarios.

De otro lado, se insistía también en la urgencia de efectuar un análisis riguroso de la *ratio* de puestos de trabajo de cada una de las oficinas de extranjeros investigadas por esta Institución, a fin de adecuar su plantilla a las nuevas necesidades, tomando en consideración no sólo la necesidad de aumentar las plantillas fijadas para cada oficina, sino también la creciente complejidad de los problemas planteados y la necesidad de contar con técnicos de cualificación suficiente para su resolución y con sistemas de interpretación que puedan colaborar para facilitar el entendimiento entre los extranjeros que no tengan suficiente conocimiento del español y la Administración.

Como tercera cuestión, esta Institución consideraba ineludible que la Administración realizara un esfuerzo para incorporar los medios telemáticos a su normal funcionamiento, generalizando los sistemas de información, tanto a particulares como a profesionales, ya existentes en algunas de las oficinas de extranjeros objeto de investigación.

Por último, y ante los problemas de información detectados, se consideró oportuno proponer la articulación de un sistema nacional de información accesible al público que permitiera que los ciudadanos extranjeros pudieran conocer el concreto órgano administrativo que en cada caso y momento tramita sus distintas solicitudes.

A lo largo del año 2004 han continuado recibiéndose un número muy elevado de quejas, que planteaban los problemas derivados del retraso en la tramitación de los permisos por parte de los servicios de la Delegación del Gobierno en la Comunidad Madrid. Ante la falta de una estructura unificada de gestión, los ciudadanos extranjeros residentes en esta Comunidad recibían en un primer momento la resolución de concesión o, en su caso, renovación del permiso de trabajo siendo remitidos acto seguido los expedientes a los servicios policiales

para la tramitación del correspondiente permiso de residencia. Las personas que acudieron ante esta Institución planteaban que habían recibido en muchos casos las notificaciones correspondientes a los permisos de trabajo en el año 2002 y 2003 y que varios meses después no tenían noticia de la decisión sobre el permiso de residencia.

En cada una de estas quejas el Defensor del Pueblo se ha dirigido a la Delegación del Gobierno en Madrid interesando las razones de las demoras apreciadas. A la vista de la información remitida y del seguimiento efectuado sobre el ritmo de resolución de los expedientes han podido constatarse casos frecuentes en que las demoras entre los dos trámites han superado los diez meses e incluso el año. También se ha apreciado que en el año 2004 se ha realizado un enorme esfuerzo para intentar normalizar la situación que, no obstante, no puede considerarse enteramente superada. Cabe pensar que la modificación del itinerario procedimental que prevé el nuevo Reglamento pueda contribuir a evitar en el futuro que este problema puede reproducirse.

La situación en cuanto a la obtención de citas derivó también en serios problemas en diversas oficinas de extranjería.

Pasando a la que ha constituido la principal fuente de quejas en este ámbito durante el año 2004, ha de recordarse como encuadre general que la redacción actual de la Ley de extranjería dispone, en su disposición adicional tercera, que cuando el sujeto legitimado se encuentre en territorio español habrá de presentar personalmente las solicitudes relativas a las autorizaciones de residencia y de trabajo en los registros de los órganos competentes para su tramitación. Asimismo en los procedimientos en los que el sujeto legitimado fuera un empleador, las solicitudes podrán ser presentadas por éste o por quien válidamente ostente la representación legal empresarial.

Desde la fecha de entrada en vigor de la norma antes referida, comenzaron a recibirse escritos de queja en los que se exponía la problemática existente en las distintas delegaciones y subdelegaciones del Gobierno a fin de dar cumplimiento a lo previsto en la disposición antes citada. Las comunicaciones remitidas por parte de los interesados evidenciaban que la obligatoriedad de la personación no había supuesto un incremento de medios materiales, técnicos y humanos necesarios para atenderla.

Asimismo los escritos recibidos reiteraban la queja de los ciudadanos por la falta de agilidad en la actuación administrativa en aquellos procedimientos que, por su premura, no admitían las dilaciones que se venían produciendo. De hecho, han sido altamente frecuentes los casos en los que esta Institución ha recibido quejas que acreditaban que muy numerosos intentos de los interesados de contactar con los servicios de cita —que en muchos casos constituían la única forma de entrar en contacto con la Administración para que señalara fecha para recibir la solicitud en cuestión— habían resultado infructuosos. En estos casos el Defensor del Pueblo, cuando ha apreciado que la falta de atención podía tener consecuencia para la situación jurídica de los interesados (por ejem-

plo, en las renovaciones de permisos, autorizaciones de regreso, o presentación de exenciones de visado) se ha dirigido de manera urgente al organismo correspondiente instándole a otorgar la cita con la mayor rapidez posible de modo que los interesados pudieran cumplir con sus obligaciones en el plazo legalmente establecido.

Por todo lo anterior, se estimó conveniente solicitar los informes oportunos a las delegaciones del Gobierno en las comunidades de Madrid, Valenciana y Cantabria así como a las subdelegaciones del Gobierno en Barcelona y Málaga. Estos antecedentes se han completado con aportaciones de otras subdelegaciones, como las de Alicante, Almería, Huelva, y Vizcaya, recabadas con ocasión de la tramitación de quejas individuales.

En lo relativo a la Delegación del Gobierno en Madrid, ha de ponerse de manifiesto que a lo largo del año 2004 han sido adoptadas una serie de medidas tendentes a paliar la situación de colapso existente, habida cuenta del elevado número de ciudadanos extranjeros que precisaban la consecución de una cita.

A este respecto, y en lo tocante al Área de Trabajo y Asuntos Sociales de la referida Delegación, en el informe recibido en esta Institución se indicó que se había ampliado el horario de atención telefónica a los solicitantes de cita, así como que se había procedido a habilitar un nuevo número de teléfono. No obstante lo anterior, de esa información parecía deducirse que la ampliación del servicio había tenido carácter temporal, por lo que se consideró conveniente indicar a la Administración que esta mejora del servicio al ciudadano habría de consolidarse.

Del mismo modo, desde aquellas dependencias se dispuso, en primer término, que los colegios profesionales y sindicatos más representativos solicitaran cita previa mediante correo electrónico. A partir del mes de mayo este sistema se hizo extensivo al resto de los interesados.

De otro lado, se indicaba que para los casos de inminencia en la caducidad de las autorizaciones, se había permitido la presentación directa sin necesidad de cita previa. Sobre este aspecto ha de señalarse que, si bien esta posibilidad da solución a la problemática indicada en numerosas quejas dirigidas a esta Institución de ciudadanos que manifiestan su preocupación por la premura en la caducidad de su autorización y por la imposibilidad de obtener la cita oportuna, sería conveniente disponer de un número de teléfono o fax específicos para dar solución a estos casos que podrían ser calificados como urgentes.

Por su parte, en lo relativo a la Brigada Provincial de Extranjería, en el informe se indicaba que el edificio central de la misma se encontraba al límite de sus posibilidades en cuanto a espacio, líneas telefónicas y red informática, por lo que las previsiones de mejora pasan por la puesta en servicio de un nuevo edificio cuya inauguración se anunciaba próxima, si bien, no se concretaba fecha para la misma.

Como remedio de urgencia, se comunicaba que dicha Brigada había habilitado un número de teléfono y otro de fax al que los interesados podían dirigirse facilitando un número de contacto, al que con posterioridad se les llamaba asignándoles día y hora para la presentación de su solicitud. La Administración se comprometía a que la fecha de recepción del fax se computaría a todos los efectos como fecha de entrega de la solicitud.

Ha de hacerse especial referencia al hecho de que desde la Delegación del Gobierno en la Comunidad de Madrid se advirtió que el lapso de tiempo que mediaba entre que el interesado solicitaba la cita y la fecha en la que ésta era definitivamente atendida era de dos meses. Este plazo se consideró del todo excesivo y no respetuoso con el principio de eficacia que ha de constituir el norte de toda la actuación de la Administración.

Asimismo, resultó especialmente preocupante la comunicación remitida desde aquella Delegación en la que se exponía que cuando el solicitante de cita declaraba que el ciudadano extranjero a favor del cual se iba a solicitar una autorización de trabajo y residencia se encontraba en situación irregular, se habían transmitido instrucciones a la empresa prestadora del servicio para que la cita no fuera adjudicada, y se informara al solicitante de lo dispuesto en la disposición adicional cuarta, supuesto séptimo, de la vigente Ley de extranjería, esto es, se le comunicara verbalmente que la estancia irregular es un supuesto de inadmisión a trámite de la solicitud.

Desde esta Institución se estimó preciso incidir en que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley 30/1992, la Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla, cualquiera que sea su forma de iniciación.

La actuación administrativa antes referida impide que se inicie el procedimiento administrativo pretendido, por lo que no se obtiene la resolución correspondiente y, por consiguiente, en caso de que la resolución hubiera resultado negativa a los intereses del solicitante, éste queda privado de su derecho a recurrir la decisión adoptada.

A este respecto, ha de manifestarse que desde esta Institución se formuló, a la vista del procedimiento seguido desde la Delegación del Gobierno en la Comunidad de Madrid sobre el aspecto anteriormente referido, un recordatorio de deberes legales, habida cuenta de que en el procedimiento referido no se respeta lo previsto normativamente en lo relativo a la actuación que debe seguirse por parte de la Administración.

Igualmente, ha de indicarse que se han venido recibiendo diversos escritos en los que los interesados manifiestan su queja sobre el sistema telefónico dispuesto en la Delegación del Gobierno en la Comunidad de Madrid para solicitar la cita. Según señalan este sistema está suponiendo un desembolso económico del todo excesivo para los interesados. En concreto, los remitentes indican que, una vez obtenida línea en un teléfono de la línea 902 habilitado al efecto, una locución les informa que han de permanecer unos instantes en espera hasta que

su llamada pueda ser atendida y que, tras aguardar durante un tiempo, se corta la comunicación, por lo que esta llamada además de infructuosa, resulta gravosa para el ciudadano.

A este respecto, ha de indicarse que la puesta a disposición del número de teléfono 902 supone para el interesado un coste de llamada que puede resultar excesivo, cuando dicho número no está en condiciones de prestar el servicio con la adecuada agilidad. Por ello se estima preciso que se adopten otras fórmulas económicamente menos gravosas para el ciudadano: así, que el coste de la llamada más allá de un determinado lapso de tiempo considerado como admisible, fuera a cargo de la Administración o al menos compartido entre ésta y el interesado; alternativamente, que la llamada fuera cobrada únicamente cuando se lograra la comunicación pretendida y, consiguientemente, la cita requerida.

De otro lado, y en lo referente a la situación en la Delegación del Gobierno en la Comunidad Valenciana, se han recibido también diversas quejas relativas a la imposibilidad de los interesados de contactar con dichas dependencias a fin de que les fuera modificada la fecha de la cita que en un principio les había sido señalada, cuando por razones debidamente justificadas les era imposible acudir el día indicado.

Sobre este particular, se considera que deben quedar previstas aquellas incidencias, debidamente justificadas, que pudieran surgir en la tramitación de los expedientes, por lo que sería preciso establecer algún procedimiento para dar cobertura a estos supuestos, y de esta forma proporcionar a las personas que lo precisen, y en el momento en el que así lo requieran, la posibilidad de contactar con el órgano administrativo competente a fin de solicitar la modificación de la fecha que en un principio les fue concedida.

También en otras quejas sobre el sistema de atención de la Oficina de Extranjeros de Valencia se insistía en la desconfianza que generaba en algunos empresarios y empleadores la demora excesiva en la tramitación de las renovaciones de las autorizaciones de residencia, especialmente cuando la fecha para la cita de presentación de la documentación de renovación superaba el plazo de tres meses desde la fecha de caducidad del permiso anteriormente vigente. La Delegación del Gobierno afirmaba que para evitar este efecto se entregaba a todos los extranjeros que lo solicitaban un resguardo de su petición en el que figuraba el objeto de la cita, a fin de que con él pudiera disipar las dudas sobre el regular cumplimento de la obligación de renovación y el hecho de que la demora en este caso era exclusivamente achacable al funcionamiento de la Administración.

Por otra parte, y a la vista de la comunicación recibida desde la Subdelegación del Gobierno en Málaga, ha de manifestarse que su situación de atención al ciudadano es, en términos comparativos con otras delegaciones y subdelegaciones del Gobierno, aceptable. No obstante, desde el Defensor del Pueblo se instó a esa subdelegación a que, con la mayor brevedad posible, dispusiera un número de fax o dirección de correo electrónico, complementarios del contacto

telefónico, que hasta la fecha del presente informe era la única posibilidad prevista para solicitar cita.

En la Subdelegación del Gobierno en Barcelona se habían advertido problemas similares a los ya referidos. Dicha Subdelegación significó que para poder mejorar la calidad de la atención prestada, se había autorizado por parte del Ministerio de Administraciones Públicas la contratación de 35 auxiliares y 4 ordenanzas como refuerzo para la plantilla.

Asimismo se indicó que en trámites como los relativos a las solicitudes de renovación de las autorizaciones, se había procedido a habilitar como registros competentes las Oficinas de Trabajo de la Comunidad Autónoma de Cataluña.

Al hilo de lo anterior, desde aquellas dependencias se señaló que, a la vista de que en la actualidad se venían concediendo citas para unas fechas muy lejanas, se había solicitado autorización a la Secretaría de Estado correspondiente para que las solicitudes de reagrupación familiar así como las solicitudes de residencia de hijos nacidos en España pudieran presentarse también en las oficinas de los Centros de Atención e Información de la Seguridad Social. Tal propuesta mereció para esta Institución una valoración positiva, a la vista de que en el momento en que la citada Subdelegación emitió su informe se estaba procediendo a citar a los interesados con una demora de un año.

De otro lado, ha de indicarse que con ocasión de la investigación de diversas quejas en las que los ciudadanos manifestaban su preocupación por la falta de contestación a los correos electrónicos remitidos a la Subdelegación del Gobierno en Barcelona, en los que se solicitaba la cita correspondiente, se ha podido constatar que por parte de aquel organismo se indicó que las citas requeridas serían materializadas muchos meses después. Se indicó a la Administración que el Defensor del Pueblo consideraba esta situación inaceptable, requiriéndole la adopción de las medidas correspondientes de manera inminente.

En lo relativo al informe remitido por parte de la Delegación del Gobierno en Cantabria, ha de señalarse que el plazo que media entre que el interesado solicita la cita que precisa y la fecha de materialización era de quince días. Aquella Delegación del Gobierno participaba igualmente que tenía previsto poner en funcionamiento la posibilidad de solicitar cita mediante correo electrónico.

Asimismo se indicaba que la Oficina de Extranjeros se reserva diariamente una franja horaria a fin de cubrir las eventualidades que pudieran surgir en lo relativo a las peticiones de carácter urgente que hayan de ser presentadas por parte de los ciudadanos extranjeros.

Por su parte, varias subdelegaciones del Gobierno a las que también se dirigió esta Institución comunicaron que la implantación del sistema de citas telefónicas había supuesto una importante mejora, sin que se hubieran detectado problemas. Así la Subdelegación del Gobierno en Almería señalaba que la cita se adjudicaba de acuerdo con las preferencias de los usuarios. En algunos de

estos informes también se comunicaba la existencia de prácticas para atender de manera prioritaria, y sin necesidad de cita, aquellas solicitudes que puedan verse afectadas por la finalización de algún plazo.

Como corolario de cuanto se ha dicho, esta Institución debe poner énfasis en recordar que el cumplimiento de lo previsto en la legislación no puede acabar implicando un detrimento de los servicios que han de ser prestados al ciudadano. Por el contrario resulta preciso tener particularmente presente el hecho de que la Administración ha de estar al servicio del ciudadano y, por tanto, el establecimiento de una normativa particularmente rigurosa en lo que a la presentación de solicitudes de autorización se refiere, como es el caso de lo previsto en la Ley de extranjería, debe verse siempre complementado con la disposición de los medios humanos, técnicos y materiales necesarios para tal fin, o al menos por la sustancial reorganización de los ya existentes.

En consecuencia se remitieron unas recomendaciones a la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, a la Secretaría General para la Administración Pública y a la Dirección General de la Policía, a fin de que se adoptaran determinados criterios para racionalizar la gestión de la exigencia de personación directa de los interesados.

Como medidas concretas, a adoptar en los diferentes organismos y dependencias en función de su carga de trabajo y de los asuntos que tramiten, la recomendación reseñaba las siguientes:

La reserva diaria de una franja horaria a fin de dar cobertura a las diversas incidencias que pudieran presentarse en la tramitación de asuntos en los que sea necesaria la directa personación del interesado y se acrediten razones de urgencia o especial necesidad. Como medio complementario debería arbitrarse un mecanismo que facilitara la cita previa a las personas necesitadas de esta atención preferente, bien mediante la puesta en funcionamiento de un número de teléfono específico, una dirección de correo electrónico, o de un número de fax allí donde no esté ya previsto este sistema.

Se consideraba igualmente necesario dictar instrucciones para que en los casos en los que los interesados hayan presentado sus solicitudes de autorización, y se les requiera posteriormente para la realización de cualquier trámite complementario relativo a la solicitud ya presentada, tales como aportación de documentos o subsanación de deficiencias, puedan acudir a las dependencias administrativas sin necesidad de solicitar cita nuevamente.

También se defendía que en el Reglamento entonces en preparación se prescindiera de exigir la comparecencia personal de los interesados para la presentación de solicitudes de renovación de las autorizaciones de residencia en cualquiera de sus tipos. En las disposiciones adicionales tercera y cuarta del Reglamento aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 diciembre, se acoge este criterio y se permite el empleo de fórmulas de representación voluntaria.

Por otro lado se señalaba la necesidad de dictar las oportunas instrucciones a fin de asegurar la publicidad sobre los registros habilitados para la realización de los distintos trámites en materia de extranjería, así como que la misma sea incorporada a la información que se viene proporcionando por parte de la Administración, y que se actualice a medida que se produzcan modificaciones.

Para evitar casos de denegación del acceso al procedimiento administrativo, se indicó a la Administración la obligatoriedad de que los servicios de atención telefónica otorguen en todos los casos las citas pretendidas a los que así lo requieran, sin perjuicio de que con posterioridad, y en caso de que el interesado se encuentre en algunos de los supuestos previstos en la disposición adicional cuarta de la vigente Ley de extranjería, sea inadmitida a trámite, dictándose en tal supuesto la resolución oportuna y procediéndose a su notificación de la forma prevista normativamente.

Al objeto de evitar que la concertación telefónica de las citas no resultara especialmente gravosa desde el punto de vista económico para los ciudadanos, se instó a que se adoptaran medidas para disminuir el costo de los servicios de línea 902 o que, de no ser posible, se establecieran otros sistemas alternativos.

Por otro lado, y a fin de garantizar adecuadamente los derechos de los usuarios y acreditar el regular cumplimiento de sus obligaciones, se proponía el registro de la fecha de la solicitud de la cita, especificando el medio por el que se había presentado. Asimismo se indicó la conveniencia de que se facilitara al solicitante un recibo a fin de que éste pudiera acreditar la petición cursada, el trámite que pretendía realizar y la fecha en la que lo había solicitado.

Por último, se insistía en que, a la vista de que la situación generada no podía considerarse como de carácter temporal, se estudiara el incremento de dotación con carácter permanente de los medios humanos, materiales y técnicos adscritos a las oficinas de extranjeros, sin perjuicio de dotar con carácter urgente a aquellos organismos que soportaban mayor carga de trabajo.

Con independencia de cuanto se ha referido, también debe aludirse a la queja presentada por un letrado de Madrid que ponía de manifiesto las dificultades existentes para que la Brigada Provincial de Extranjería y Documentación permitiera la consulta de expedientes presentados por los interesados o sus abogados. Tales dificultades imposibilitaban en algunos casos, según mantenía el letrado promotor de la queja, el acceso al expediente y el seguimiento de su tramitación, con lo que resultaba imposible articular una defensa en relación con los incumplimientos del procedimiento administrativo.

Requerido informe a la Comisaría General de Extranjería y Documentación, ésta indicó que el archivo de la Brigada Provincial de Extranjería y Documentación de Madrid se encuentra dividido y disperso en varias dependencias. Por ello se hacía necesario concertar previamente cita, con el fin de localizar y trasladar el expediente para ofrecer la información solicitada. Se indicaba igualmente que, ante el incremento del número de representantes legales que acuden a las dependencias de la Brigada solicitando información sobre el estado de tra-

mitación de los expedientes de sus representados, se habían establecido dos días de atención personal en horario de 9 a 11 horas.

Otros temas también relevantes son los que afectan a las autorizaciones de regreso. En primer término procede dar cuenta de la investigación llevada a cabo tras la recepción de una queja en la que la interesada manifestaba que la Oficina Única de Extranjeros de Valencia, se había negado a dar trámite a una solicitud de autorización de regreso presentada por un letrado debidamente habilitado en virtud del poder de representación otorgado al efecto. La Administración había argumentado que, tras la entrada en vigor de la última reforma de la Ley de extranjería, dicha solicitud debía presentarse personalmente por la interesada.

En la contestación a la solicitud de informe que se cursó desde esta Institución, la Delegación del Gobierno en la Comunidad Valenciana se reiteró en la explicación ofrecida a la interesada, indicando además que dicha comparecencia personal se exigía en atención a lo establecido en la instrucción dictada por la entonces Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración para la aplicación de la Ley Orgánica de extranjería, tras la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.

No obstante, examinado el contenido de la Instrucción más arriba reseñada, se comprueba que, en el epígrafe 1 relativo a la «Tramitación general en España de solicitudes en materia de documentación de extranjeros», no se hace en ningún momento específica mención a la exigencia de comparecencia personal en los casos en los que el extranjero pretenda obtener una autorización de regreso, haciéndose alusión a la necesidad de comparecencia personal para solicitudes referidas exclusivamente a las autorizaciones de residencia y de trabajo, en el curso de los correspondientes procedimientos. Ello sí resulta plenamente acorde con la normativa vigente y, más concretamente, con lo previsto en la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 4/2000, en su actual redacción.

Por lo tanto, se consideró que no existía cobertura legal para exigir a los extranjeros que pretenden solicitar una autorización de regreso que deban comparecer personalmente ante las autoridades policiales competentes para tramitar sus respectivas solicitudes. Consecuentemente se emitió una recomendación a la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración.

También se aludió a las autorizaciones de regreso con ocasión de la recomendación remitida a la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, a la Secretaría General para la Administración Pública y a la Dirección General de la Policía que trataba varios temas de gestión en las dependencias encargadas de tramitar expedientes de extranjería e inmigración.

Estando en aquel momento en fase de elaboración el Reglamento de Extranjería, se recomendó que se plasmara en el texto una nueva concepción de la autorización de regreso. A estos efectos cabe distinguir dos casos:

Para las personas que han de proceder a la renovación de sus autorizaciones de residencia o estancia, esta Institución consideró que lo más correcto —y lo más ágil— es establecer como previsión general que estas autorizaciones deberán extenderse de forma automática en el momento de presentar la solicitud de renovación y mantendrán su vigencia hasta el momento de la entrega de la tarjeta o, en su caso, la denegación de la solicitud de renovación.

Para las autorizaciones de regreso que deban extenderse cuando aún no se ha emitido la primera tarjeta de identidad de extranjero o la tarjeta de estudiante, es decir cuando se cuenta únicamente con la autorización inicial, se consideró que el Reglamento debía insistir en la necesidad de resolverlas con carácter de urgencia.

Basta comparar el contenido del artículo 18 del nuevo Reglamento con la recomendación de esta Institución para advertir que si bien se ha incidido en la tramitación preferente de aquellas autorizaciones de regreso que respondan a una situación de necesidad, no se ha dado el paso de variar sustancialmente la concepción de las mismas.

El Defensor del Pueblo lamenta que no se haya seguido su recomendación, puesto que entiende que la puesta en práctica de la misma hubiera implicado una sensible disminución de la carga de trabajo en este ámbito y, además, en cuanto al fondo, resulta más acorde con el respeto a la libertad de circulación y al derecho a la intimidad que la regulación por la que se ha optado finalmente.

En el momento de la aprobación del nuevo Reglamento de extranjería la situación ha sufrido una variación, aunque de carácter parcial, como consecuencia de lo establecido en la disposición adicional cuarta, párrafo 5, del Reglamento, que prevé que las solicitudes de modificación o renovación de las autorizaciones de residencia y de trabajo se podrán presentar personalmente, «sin perjuicio de la existencia de fórmulas de representación voluntaria a través de actos jurídicos u otorgamientos específicos». Lo que además se complementa con la disposición adicional tercera, que prevé la posibilidad de presentación en cualquier registro, de conformidad con el artículo 38.4 de la Ley 30/1992.

Otro asunto de gran incidencia en cuanto a la práctica de los letrados está en las dificultades prácticas señaladas desde diversos puntos del territorio español para que los letrados puedan tener acceso a los expedientes administrativos. En los informes de los colegios aluden específicamente a ello los colegios de Barcelona, Valencia, Zaragoza, Sevilla (donde señalan las dificultades para llamar la atención del Jefe de la Oficina de Extranjeros) o Almería.

La cuestión fue también abordada en varias de las jornadas de trabajo desarrolladas en esta Institución. En concreto en la reunión celebrada con varias organizaciones no gubernamentales se hace alusión al tema. El criterio de esta Institución es que en el momento presente no resulta asumible que un simple trámite de vista del expediente pueda reunir tantos problemas y tan generalizados en la práctica totalidad de las oficinas. Por esta razón, y sin perjuicio de insistir en la necesidad de que los servicios se organicen de manera que cum-

plan eficazmente con las obligaciones que la ley establece, las cuales, además en este caso, son una garantía básica al servicio de los derechos de los administrados y no al revés, tenemos que apostar por un sistema de vista de los expedientes que permita superar las limitaciones que se producen en la práctica. En este punto parece razonable fomentar sistemas de vista en los que los letrados puedan acceder por vía telemática, siguiendo la vía de la e-Administración, aprovechando las seguridades que ahora ofrecen los nuevos sistemas de control mediante firma electrónica. Ahora bien, tal acceso a través de esta vía exige el diseño de una plataforma potente que ofrezca contenido el contenido íntegro de los escritos y documentos que formen parte del mismo y permita una consulta accesible y verdaderamente informativa de la integridad del expediente y del estado del mismo.

En este sentido, cabe destacar que la disposición final segunda del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se establece el Reglamento de extranjería, se queda algo corta al establecer en el punto *c)* únicamente la consulta en tiempo real de los expedientes por parte de los organismos de la Administración, incluidas las misiones diplomáticas u oficinas consulares y, sin embargo, cuando se habla de los interesados (y por extensión de sus letrados) el texto es mucho más cicatero [240].

Si la consulta es técnicamente posible para la Administración, ha de ser también técnicamente posible para los interesados y para sus letrados en términos similares, todo ello, obviamente, sin perjuicio de que se adopten medidas de salvaguardia de los datos personales y se establezca un procedimiento previo para acreditar el interés en el expediente que, en coherencia con todo esto, habrá de ser rápido y poder desarrollarse por vía telemática (sobre todo cuando conste en el propio expediente de algún modo la intervención del letrado).

9.2.3. Consulados

Entre los principales problemas que afectan a los consulados se encuentran los siguientes:

1. La exigencia de comparecencia personal en dependencias consulares para presentar solicitudes con el inconveniente de que sólo haya una oficina consular en un país de grandes dimensiones [241] o incluso la nece-

[240] Según la disposición final segunda en su apartado *d)*, la obtención de datos actualizados para el cumplimiento de las funciones de observación permanente de las magnitudes y las características más significativas del fenómeno inmigratorio, para analizar su impacto en la sociedad española y facilitar información objetiva y contrastada que evite o dificulte la aparición de corrientes xenófobas o racistas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley de extranjería y el Real Decreto 345/2001, de 4 de abril, por el que se regula el Observatorio Permanente de Inmigración.

[241] El nuevo Reglamento de extranjería ha reducido en parte estos problemas y buena prueba de ello es el artículo 43.1.2.º del Reglamento de extranjería. Excepcionalmente se aceptará la

sidad de realizar desplazamientos a otro país por no tener tan siquiera una oficina consular española.

2. Deficiencias en las comunicaciones, tanto telefónicas como el correo electrónico, que afectan también al propio órgano central, la Dirección General de Asuntos y Asistencia Consulares en Madrid, y que han sido objeto frecuente de queja ante esta Institución.
3. Baja calidad de la información facilitada en las páginas web.
4. Práctica dispar seguida en los consulados respecto de determinados asuntos, especialmente en lo referente a la exigencia de determinados trámites o documentos que no vienen especificados en la normativa.
5. Práctica de inadmitir a trámite de manera informal determinada documentación —práctica que existía mucho antes de que la inadmisión a trámite estuviera legalmente prevista— y que se efectúa al margen de cualquier procedimiento, cuando toda la documentación no viene completa de acuerdo con los criterios, en ocasiones peculiares, de cada oficina. El Defensor del Pueblo actúa en los casos que conoce instando a la Administración a aplicar estrictamente la normativa de procedimiento administrativo, pero es consciente de que a su oficina llega a este respecto un número de quejas que no es indicativo de la magnitud real de las situaciones que se están produciendo.
6. El acceso a la asistencia jurídica de los interesados en trámites consulares y el acceso a la justicia gratuita.

En relación con el primer apartado hay que decir que se les dificulta mucho a los interesados la posibilidad de obtener información y documentación al exigirles la comparecencia personal en las dependencias consulares. Debido a la distribución geográfica de las legaciones consulares españolas, aún más concentradas en Europa que en otros continentes de los que proceden la mayor parte de los inmigrantes. El nuevo Reglamento ha reducido algo estas trabas, aunque se siguen planteando problemas en algunos consulados como el de Moscú, donde deben acudir las personas de toda la Federación Rusa, incluso las que se encuentran a más de ocho horas de avión o en Dakar, consulado cuya demarcación abarca seis países. También ha sucedido esto en Colombia. En este último caso el Defensor del Pueblo planteó a la Dirección General de Asuntos y Asistencia Consulares la posibilidad de que al menos los trámites de presentación de documentos no se tuvieran que realizar obligatoriamente en la sede del Consulado General, situado en la capital colombiana, lo que forzaba a muchas personas a que tuvieran que desplazarse a la capital, lo que implicaba numerosos gastos y molestias, sino que se pudieran presentar documentos en los consulados honorarios existentes en diversas ciudades de Colombia. En respuesta a dicha propuesta, la Dirección General de Asuntos y Asistencia Consulares señaló que consideraba que los consulados honorarios no debían realizar funciones

presentación por representante legalmente acreditado cuando existan motivos fundados que obstaculicen el desplazamiento del solicitante tales como la lejanía de la misión u oficina, dificultades de transporte que hagan el viaje gravoso, enfermedad o condiciones físicas que dificulten su movilidad.

en una materia de regulación tan compleja. Ante lo cual resulta evidente para esta Institución que se deberían reforzar los Consulados de carrera en otras ciudades de Colombia.

En cuanto al punto segundo referente a las deficiencias de comunicación por vía telefónica y por correo electrónico, hay que decir que han llegado quejas a esta Institución como la de un ciudadano colombiano, cuya hija, residente legal en España, había fallecido en accidente de tráfico. El interesado había intentado infructuosamente en numerosas ocasiones pedir cita por medio de teléfono, fax y correo electrónico para obtener visado de estancia en el Consulado de España en Santafé de Bogotá (Colombia). Esta Institución entró en contacto con el Consulado y señaló la necesidad de darle cita para que pudiera hacerse cargo de los restos de su hija. Un par de días después se tuvo conocimiento de la concesión del visado.

Se han recibido también numerosas quejas criticando el mal funcionamiento del sistema de cita previa.

Por todo ello esta Institución ha recomendado ya en alguna ocasión que para determinados periodos y trámites concretos en los consulados se debería reforzar la información.

En cuanto al tercer punto, esta Institución quiere destacar que una de las cuestiones en las que más han incidido las quejas a lo largo del año 2004 es la relacionada con las dificultades de acceso a la información.

En este aspecto puede citarse la queja presentada por una asociación que manifestaba haber detectado la existencia de anomalías en las páginas web de algunos consulados, dando todo ello como resultado que se dé una información defectuosa en materia de extranjería.

Esta Institución verificó los errores aunque también observó que en algunas de las páginas web referenciadas ya se habían introducido las debidas correcciones. No obstante, se apreció igualmente que figuraban otros puntos en los que no se facilitaba a los usuarios una información completamente veraz. También se descubrieron casos en los que no se habían producido las oportunas adaptaciones a las previsiones introducidas por la Ley Orgánica 14/2003 en la Ley de extranjería.

Se informó a la Dirección General de Asuntos y Asistencia Consulares de los errores detectados en las páginas web, y de que la información dada en las mismas no siempre se acomodaba totalmente a la normativa vigente.

Así, por ejemplo, la página del Consulado General de España en México, contemplaba para la concesión de visados a inversionistas o propietarios de empresas, la exigencia de aportar un certificado expedido por la banca española que acreditase una inversión de 100.000 dólares americanos; en la Ley de extranjería modificada por la Ley Orgánica 14/2003 no se exige en ningún momento una cantidad mínima a invertir para la concesión de dicho visado y la correspondiente autorización de trabajo y residencia, únicamente se indica que

ésta tendrá que ser suficiente. Al propio tiempo se establecía que cabía solicitar visado para el cónyuge e hijos de los anteriores, para lo que deberían acreditarse 15.000 dólares adicionales por cada familiar.

En el caso de la página del Consulado de Montevideo, para los visados en régimen laboral por cuenta propia, además de exigir que se presenten los mismos documentos que para solicitar la autorización de trabajo y residencia por cuenta propia (proyecto empresarial, acreditación de medios económicos, acreditación de haber solicitado licencias y autorizaciones, etc.), con lo que se está obligando a presentar los mismos documentos dos veces, también se exige presentar «referencias españolas y uruguayas que conozcan al solicitante en Uruguay y España (nombre, domicilio, teléfono)», requisito que no aparece en ningún momento en la Ley de extranjería. Igualmente extraño resultó que para el visado de reagrupación familiar en régimen comunitario también se solicitasen ese tipo de referencias.

En la página del Consulado de La Habana, no se hacía mención a la reforma de la Ley de extranjería, por lo que todos los trámites y requisitos que en ella figuraban estaban adaptados a la Ley anterior. Con ocasión de la tramitación de otra queja pudo apreciarse la existencia de discordancias entre la información de la página web y la facilitada personalmente, pues en la primera no consta la exigencia de aportar copias compulsadas de determinados documentos.

A la vista de todo ello, y teniendo en cuenta el efecto pernicioso que estas deficiencias pueden causar a los ciudadanos, traducible en demoras, desorientación, viajes inútiles y un largo etcétera, se recomendó a la Dirección General de Asuntos y Asistencia Consulares que acometiese una reforma sustancial de las paginas web de los consulados, subsanando los errores apreciados en ellas. Se le indicó igualmente la necesidad de adoptar medidas para adecuar de manera ágil y periódica dicha información al contenido de las reformas normativas que se vayan produciendo en materia de extranjería. En la respuesta recibida de la citada Dirección General se acoge la recomendación, indicándose que el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación está llevando a cabo una reforma de sus páginas web que afectará a la información consular, para lo cual se tomarán en cuenta las observaciones realizadas por esta Institución.

Sobre la atención telefónica, son muy frecuentes las quejas que, de una manera central o al hilo de alguna otra cuestión, exponen las dificultades de los usuarios para poder entrar en contacto con las oficinas consulares.

Este tema se complica con la práctica dispar seguida en los consulados respecto de determinados asuntos, especialmente en lo referente a la exigencia de determinados trámites o documentos que no vienen especificados en la normativa

Obviamente en esta situación la posibilidad de efectuar un seguimiento y realizar una orientación jurídica y, en su caso, una asistencia jurídica respecto de los expedientes se ve muy comprometida por lo que esta Institución viene reclamando la necesidad de efectuar un esfuerzo, o salto de calidad, que permi-

ta adaptar las dependencias consulares al ritmo de trabajo al que deben hacer frente y que previsiblemente continuará ascendiendo en los próximos años.

Esa informalidad, que resulta altamente nociva para los interesados, en cuanto al seguimiento de las prescripciones de la legislación y particularmente de las garantías de la Ley de procedimiento administrativo se aprecia también respecto a las notificaciones, que en muchos consulados se han efectuado preferentemente a través de los tablones, prescindiendo del carácter subsidiario de este medio. El Defensor también ha actuado en este campo, por medio de recomendaciones que formalmente han sido aceptadas, pero no deja por ello de constatar que la situación persiste en algunos consulados.

Para concluir este epígrafe hay que analizar el acceso a la asistencia jurídica de los interesados en trámites consulares. Es indudable que cualquier solicitante de visado tiene, con arreglo a las normas generales de legitimación, capacidad para acudir ante los tribunales españoles en vía contencioso-administrativa. De hecho las resoluciones sobre visados dictadas por los consulados y oficinas consulares son recurribles ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Otra cosa es si tal legitimación puede beneficiarse del acceso a la justicia gratuita. A la vista de la redacción del artículo 22.1 de la Ley de extranjería, esta sólo cabe para «los extranjeros que se hallen en España». De acuerdo con las prescripciones legales el solicitante de visado no deberá encontrarse en España y tendrá además que presentar personalmente su solicitud, salvo casos, verdaderamente singulares, de presentación por representante. Así pues, debe concluirse que tal mención hace inviable en condiciones generales la concesión de la justicia gratuita a los peticionarios de visado.

Por lo que se refiere a la reagrupación familiar, uno de los asuntos más consultados a los servicios de orientación jurídica de los colegios de abogados, se regula en los artículos 38 a 44 del Reglamento de extranjería. La reagrupación familiar implica el desarrollo de dos procedimientos: el primero de ellos se inicia en España, ante las autoridades gubernativas correspondientes y debe ser instado por el ciudadano extranjero (reagrupante) que pretende reagrupar a un familiar (sus hijos o los de su cónyuge, incluidos los adoptados, menores de dieciocho años o incapaces cuando el residente extranjero sea su representante legal y sus ascendientes o los de su cónyuge) y que tras las últimas modificaciones normativas implica la concesión de una autorización de residencia a favor del reagrupado, cuya eficacia se verá suspendida hasta la expedición del visado y la efectiva entrada en España de este último (art. 42.5 del Reglamento de extranjería). Concluido este procedimiento se inicia el segundo en el que es el reagrupado el que debe comparecer personalmente en el consulado en el plazo de dos meses desde la notificación de la concesión al reagrupante, y solicitar el correspondiente visado. La misión diplomática u oficina consular notificará la concesión del visado en el plazo máximo de dos meses, debiendo ser recogido por el solicitante personalmente, salvo si se trata de un menor, en cuyo caso podrá ir su representante. Si el visado no se recoge en el plazo establecido, se archivará el procedimiento. Una vez recogido el visado, el solicitante debe

entrar en el territorio español en el plazo establecido (no debiendo superar los tres meses) y una vez efectuada la entrada tendrá que solicitar personalmente la tarjeta de extranjero en el plazo máximo de un mes (art. 43 del Reglamento de extranjería).

Pero el visado puede ser denegado. Frente a una resolución denegatoria de visado cabe preguntarse quién puede acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa y en qué condiciones. Desde luego podrá acudir el interesado en el procedimiento de concesión de visado que, al no hallarse en España, no tendrá derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Ahora bien, un estudio del procedimiento en su conjunto y de las normas procesales de la jurisdicción contenciosa permite defender que también el reagrupante está legitimado para recurrir la resolución denegatoria del visado, aunque en un sentido estricto no haya sido parte del procedimiento que concluyó denegándolo. Obviamente, al encontrarse el reagrupante en España, el interesado podrá optar a la asistencia jurídica gratuita si cumple los requisitos establecidos con carácter general.

La argumentación en este punto parte del hecho de que la petición de reagrupación familiar refleja un interés coincidente de dos ciudadanos extranjeros, que figuran como interesados en dos procedimientos diferentes pero que están vinculados por una relación de conexidad y sucesión. Es decir la reagrupación no es posible si el interesado en el primer procedimiento (el reagrupante) no inicia y culmina las actuaciones oportunas cuyo resultado es la concesión de una autorización de residencia a favor de quien no ha sido parte en el procedimiento. Así las cosas, el segundo procedimiento (la petición del visado por reagrupación familiar) sólo puede nacer cuando el primero de los procedimientos ha tenido un resultado positivo.

Es evidente que en ambos procedimientos el reagrupante y el reagrupado ostentan intereses legítimos, y en este caso coincidentes, aunque sólo uno de ellos sea parte estricta en el procedimiento por una predeterminación legal en ese sentido.

Es aquí donde hemos de reparar en el diseño de la legitimación que hace la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que como criterio general supera el concepto tradicional de mera impugnación de los actos administrativos. Así puede observarse en el artículo 1.1 de dicha Ley cuando señala que los órganos de esa jurisdicción «conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actividad de las administraciones públicas sujeta al Derecho administrativo...» [242].

En plena coherencia con esto el artículo 19.1 *a)* señala que gozan de legitimación activa «las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o inte-

[242] Significativamente en el artículo 45 no se hace mención entre los documentos a aportar con la demanda a ninguno que implique la acreditación de haber sido parte en el proceso administrativo previo, cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo.

rés legítimo». Es evidente que quien ha sido parte en un procedimiento administrativo que tiene por objeto la concesión de una autorización de residencia por reagrupación familiar y cuya resolución favorable es condición necesaria para el inicio de un segundo procedimiento, esta vez ante la representación consular, ostenta un interés legítimo directo en este segundo procedimiento. Como ya se ha indicado la reagrupación configura, por definición, un interés legítimo plural (concretamente, y como mínimo, una dualidad) de carácter coincidente.

Para el reagrupante este interés es propio, esto es aboga por sí mismo y no en representación del reagrupado (lo que obviamente no implica que el reagrupado no pueda comparecer en el proceso cuando sea llamado, conforme a las normas generales de esta jurisdicción).

Podrá, por ello, solicitar el reagrupante el beneficio de justicia gratuita, ya que lo que se ventila en el proceso es un derecho o interés propio, cumpliéndose así el requisito que prevé el artículo 3.4 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.

III. CUESTIONES ESTRUCTURALES

El derecho de asistencia letrada de los inmigrantes, como todos los derechos prestacionales, reclama una estructura orgánica que lo haga efectivo. El funcionamiento satisfactorio de la organización al servicio de la asistencia letrada es una exigencia ineludible. De ahí que deba tratarse ahora, una vez explicadas las cuestiones sustantivas de la asistencia, de los turnos especializados, los requisitos para acceder a esos turnos, la formación que deben tener los letrados que forman parte de los mismos y las cuestiones económicas y financieras que afectan al mantenimiento de los turnos especializados.

1. ASPECTOS ORGANIZATIVOS

1.1. Marco normativo

El marco normativo de la asistencia letrada, desde una perspectiva orgánica, se configura, ante todo, por la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita; asimismo, el Real Decreto 996/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de asistencia jurídica gratuita y la normativa de las diferentes comunidades autónomas. El citado texto normativo ha sido reformado recientemente por la Ley 16/2005, de 18 de julio, por la que se modifica la Ley 1/1996, de asistencia jurídica gratuita, para regular las especialidades de los litigios transfronterizos civiles y mercantiles en la Unión Europea. Dicha norma transpone a nuestro ordenamiento la Directiva 2003/8/CE del Consejo, de 27 de enero.

En cuanto a la Ley 1/1996**,** los aspectos organizativos se regulan en el capítulo III: «Organización de los servicios de asistencia letrada, de defensa y de representación gratuitas», artículos 22 a 26.

Debemos recordar algunos principios básicos que emanan de dichos preceptos.

En primer lugar, la regulación y organización de la asistencia letrada son funciones «colegiales». Los fondos públicos que se ponen a disposición de los

colegios deben aplicarse a la asistencia siguiendo criterios de eficiencia y funcionalidad. Ello delimita dos sujetos relacionados, con funciones diferenciadas: los colegios de abogados y las administraciones públicas competentes para la financiación.

En segundo lugar, se establece la autonomía profesional y la disciplina colegial, lo que supone trabajar con libertad e independencia de criterio, respetando el código deontológico y las normas de funcionamiento de los servicios colegiales de justicia gratuita. Ello delimita, de modo análogo a lo indicado anteriormente, dos sujetos relacionados, el abogado individualmente considerado y el colegio como corporación con atribuciones disciplinarias con respecto al mismo.

En tercer lugar, se establece la distribución por «turnos», que serán públicos para todos los colegiados y pueden ser consultados por los solicitantes de asistencia jurídica gratuita.

En cuarto lugar, se atribuye al Ministerio de Justicia la regulación de la formación y especialización, previo informe del Consejo General de la Abogacía. El Gobierno, pues, se tiene que encargar de establecer los requisitos mínimos de formación y especialización necesarios para poder prestar un servicio de asistencia jurídica gratuita de calidad y de competencia profesional que garantice el derecho constitucional a la defensa. Los requisitos que se establezcan son de obligado cumplimiento para todos los colegios profesionales con independencia de los requisitos que determinen las comunidades autónomas, que tendrán carácter complementario.

En quinto lugar, se establece el principio de responsabilidad. El funcionamiento de los servicios de asistencia jurídica gratuita está sujeto a los mismos principios de responsabilidad patrimonial establecidos para las administraciones públicas por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, lo que refuerza, si cabe, la dimensión pública de la prestación.

En relación con el Reglamento, aprobado por el Real Decreto 996/2003, de 25 de julio, los aspectos organizativos se recogen en el título II «Organización de los servicios de asistencia letrada, defensa y representación», capítulo I «Organización de la asistencia letrada de oficio» (arts. 26 a 29) y capítulo II «Reconocimiento, renuncia y cuestiones organizativas de la asistencia jurídica gratuita» (arts. 30 a 35).

En cuanto a la regulación y organización, se atribuye al Consejo General de la Abogacía Española la aprobación de las directrices generales sobre organización y funcionamiento de los servicios de asistencia letrada de oficio. Por su parte, las juntas de gobierno de los colegios de abogados se encargarán de regular y organizar los servicios de asistencia letrada de los que soliciten abogado de oficio. La organización de los servicios tiene que garantizar los principios de continuidad y especialización, este último siempre que el censo de profesionales lo permita, y la aplicación de los fondos públicos de acuerdo con los antes citados criterios de eficiencia y funcionalidad.

La organización de las guardias se realiza en función del volumen de litigiosidad, del ámbito territorial, de las características geográficas o de la situación y de la distancia de los centros de detención. El Consejo General de la Abogacía Española, con la conformidad del Ministerio de Justicia, es el que determina los parámetros a los que se tienen que ajustar los colegios profesionales para fijar el número de letrados integrantes del servicio de guardia. El servicio de guardia se presta diariamente, incorporándose los abogados a él en situación de disponibilidad o presencia física y realizando todas aquellas asistencias que sean necesarias durante la guardia.

Las atribuciones competenciales de las comunidades autónomas en materia de Administración de justicia también alcanzan a la asistencia jurídica gratuita.

En el caso de Andalucía, el Real Decreto 142/1997, de 31 de enero, aprobó el traspaso de funciones de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía, en materia de provisión de medios materiales y económicos para el funcionamiento de la Administración de justicia, entre las que se comprende el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita y la gestión de las indemnizaciones, en su caso, de las actuaciones correspondientes a la defensa por abogado y representación por procurador de los tribunales en turno de oficio ante los órganos judiciales con sede en la Comunidad Autónoma de Andalucía, y a la asistencia letrada al detenido o preso cuando el lugar de la custodia esté situado en el territorio de la Comunidad Autónoma. La organización de los servicios de asistencia letrada, defensa y representación gratuitas se regula en el capítulo V, artículos 25 al 35 del Decreto 216/1999, de 26 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de asistencia jurídica gratuita. En ellos se regulan la organización colegial de los servicios, los servicios de orientación jurídica, turnos de guardia para la asistencia letrada, la asistencia letrada individualizada, turnos de oficio para la asistencia jurídica gratuita, las obligaciones profesionales, insostenibilidad de la pretensión, quejas y denuncias, responsabilidad patrimonial, obligaciones colegiales e introducción del número de identificación de expediente. Posteriormente, la Orden de 11 de junio de 2001 de la Consejería de Justicia y Administración Pública estableció los requisitos complementarios de formación y especialización necesarios para acceder a la prestación en determinados procedimientos judiciales para todos los colegios de abogados de Andalucía. En concreto se requiere acreditar haber cursado las actividades y cursos de formación monográficos organizados por los colegios de abogados. Además, la formación citada deberá actualizarse mediante la superación de un curso específico sobre cada una de las materias cada dos años.

El Real Decreto 2462/1996, de 2 de diciembre, efectuó el traspaso de funciones y servicios a la Comunidad Autónoma de Canarias. Posteriormente, varios decretos se han ocupado de la asistencia jurídica gratuita en esta Comunidad: el Decreto 57/1998, de 28 de abril, regulador de la composición y el funcionamiento de las comisiones de asistencia jurídica gratuita y el procedimiento para el reconocimiento de la misma y sus modificaciones posteriores (Decre-

to 50/2000, de 10 de abril, Decreto 74/2003, de 12 de mayo y Decreto 44/2004, de 15 de abril).

En relación con Cataluña, el Decreto que regula la creación de comisiones de asistencia jurídica, el procedimiento para el reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita y de la subvención para las actuaciones profesionales de los abogados y procuradores, es el 252/1996, de 5 de julio. Dentro de éste, es el capítulo IV el que se refiere a la organización de los servicios de justicia (arts. 14 al 22): gestión colegial, actuación de abogado y procurador, servicio de orientación jurídica, información a solicitantes, asistencia letrada (donde se estable la obligatoriedad de constituir turnos de guardia para prestar el servicio de asistencia al detenido), la renuncia a los honorarios, formación y tramitación de quejas.

También hay que citar el Estatuto de la Abogacía Catalán (Ley de Cataluña 2002/642): en su artículo 7 se ocupa de la asistencia jurídica gratuita y del turno de oficio, definiéndolo y señalando también que se establecerán los controles y seguimientos necesarios para mejorar la calidad en la prestación o en su gestión. La formación se regula en el capítulo XII, distinguiendo tres etapas:

— universitaria;
— inicial profesional: tutelada por los colegios de abogados a través de escuelas de práctica jurídica o pasantías;
— continuada: tutelada por los colegios de abogados.

En relación con Galicia, el Reglamento que desarrolla la Ley de asistencia jurídica gratuita se aprobó por el Decreto 146/1997, de 22 de mayo. En su capítulo V se ocupa de la organización de los servicios de asistencia letrada, defensa y representación gratuitas (arts. 27 a 35): comienza con la supervisión por parte de la Administración autonómica (Consejería de Justicia, Interior y Relaciones Laborales de la Junta de Galicia) del funcionamiento de los servicios de asistencia jurídica gratuita, también se indica que es el Consejo de la Abogacía Gallega y la comisión ejecutiva de los colegios de procuradores al servicio de los tribunales de Galicia quienes aprobarán las directrices generales sobre organización y funcionamiento de los servicios de asistencia jurídica gratuita. Además, también se regulan en este capítulo la gestión colegial de los servicios a través de las juntas de gobierno de los colegios; la formación y especialización, donde se va a tener en cuenta tanto a la Consejería de Justicia, Interior y Relaciones Laborales como al Consejo de la Abogacía Gallega; servicios de orientación jurídica donde se asesorará, informará y auxiliará a los peticionarios que lo requieran; turnos de guardia permanente de presencia física o localizada de los letrados durante veinticuatro horas; registro de solicitudes ordinario y registro especial de expedientes considerados insostenibles; coordinación entre los colegios de abogados y procuradores y las obligaciones profesionales de los profesionales designados de oficio.

La Comunidad de Madrid, a través del Decreto 86/2003, de 19 de junio, regula la asistencia jurídica gratuita. En el capítulo IV se trata de la organiza-

ción de los servicios de asistencia letrada, defensa y representación gratuitas (arts. 23 al 30): gestión colegial que llevan a cabo las juntas de gobierno de los colegios de abogados y procuradores, servicios de orientación jurídica, turnos de guardia permanente de presencia que puede ser física o localizable durante veinticuatro horas y cuya organización debe comunicar el Consejo de Colegios de Abogados de la Comunidad de Madrid a la Consejería que sea competente en materia de justicia. La formación y especialización queda pendiente de una orden del titular de la Consejería competente en materia de justicia. También se regulan la definición y el procedimiento de responsabilidad patrimonial, renuncias, obligaciones profesionales y la insostenibilidad de la pretensión, incluyendo también, como las demás comunidades autónomas citadas, el registro especial de expedientes tramitados con motivo de la insostenibilidad de la pretensión.

En cuanto a Navarra, el Decreto Foral 80/2001, de 9 de abril, del Gobierno de Navarra, es el que aprueba el Reglamento de asistencia jurídica gratuita aplicable en Navarra. El capítulo IV se ocupa de la organización de los servicios de asistencia letrada, defensa y representación gratuitas (arts. 22 al 29): gestión colegial de los servicios de cuya regulación y organización se ocuparán las juntas de gobierno de los colegios de abogados y procuradores, servicios de orientación jurídica, turnos de guardia permanentes de presencia física o localizable durante veinticuatro horas, que fijará cada colegio en función de la media de asistencias realizadas el año anterior. La formación y especialización parte de los requisitos mínimos del Ministerio de Justicia y de los complementarios que señale el órgano competente de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra. También se regula la responsabilidad patrimonial, la coordinación entre colegios de abogados y procuradores en materia de designaciones, obligaciones profesionales e insostenibilidad de la pretensión.

La Comunidad Valenciana dispone del Decreto 29/2001, de 30 de enero, de la Consejería de Justicia y Administraciones Públicas de la Generalidad Valenciana, que aprueba el Reglamento de asistencia jurídica gratuita aplicable en Valencia. Se regula en el título IV la organización de los servicios de asistencia letrada, defensa y representación gratuitas (arts. 27 al 35): gestión colegial de los servicios de la que se ocupan los consejos superiores de los colegios de abogados y procuradores; los colegios regularán y organizarán a través de sus juntas de gobierno los servicios de asistencia letrada, defensa y representación gratuitas, los servicios de orientación jurídica, turno de guardia permanente, además de presencia física o localizable de los letrados durante veinticuatro horas; como en los demás reglamentos, se establece que cada colegio podrá asignar guardias diarias o semanales y que como mínimo debe haber un abogado. La formación y la especialización dependen de los mínimos que establezca el Ministerio de Justicia y de los requisitos complementarios del departamento de la Generalidad Valenciana que tenga atribuidas las competencias en materia de justicia. También se regula la responsabilidad patrimonial, coordinación entre los colegios de abogados y procuradores, obligaciones profesionales, insostenibilidad de la pretensión y reintegro económico. En este último aparta-

do se indica que se entenderá que el crédito por costas está especialmente afecto al pago de las distintas partidas que las integren conforme a la tasación. En un plazo máximo de tres años desde la terminación del proceso, cualquier interesado podrá poner en conocimiento de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita las circunstancias que acrediten la mejor fortuna de la persona que haya litigado con reconocimiento de este derecho.

En cuanto al País Vasco, el Decreto que regula esta materia es el 210/1996, de 30 de julio, del Departamento de Justicia, Economía, Trabajo y Seguridad Social. La regulación de la organización de los servicios de asistencia letrada, defensa y representación gratuitas se realiza en el capítulo V, artículos 23 al 27: gestión colegial de los servicios, servicios de orientación jurídica, responsabilidad patrimonial, coordinación entre los colegios de abogados y procuradores e insostenibilidad de la pretensión. En este último caso destaca el hecho de que sin perjuicio de las responsabilidades que en su caso les corresponda y en el supuesto de que el colegio de abogados o el Ministerio Fiscal no emitan el dictamen en plazo, según lo que establece el artículo 33.2 de la Ley 1/1996 de asistencia jurídica gratuita, el dictamen se entenderá contrario a la pretensión del abogado designado.

El objetivo fundamental de la Ley 16/2005, de 18 de julio, es incorporar a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2003/8/CE del Consejo, de 27 de enero, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios. Por litigios transfronterizos se entienden aquellos en los que la parte que solicita la justicia gratuita está domiciliada o reside habitualmente en un Estado miembro distinto de aquel otro Estado miembro donde se halle el tribunal competente para su conocimiento o en el que deba ejecutarse la resolución. Hay que señalar que los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea tienen ya acceso gratuito a la justicia en España aunque no sean residentes en ella. No obstante, hay novedades como, por ejemplo, el reconocimiento de este derecho a los nacionales de terceros países que residan legalmente en uno de los Estados miembros de la Unión. La Directiva 2003/8/CE se limita a reconocer el derecho de justicia gratuita a las personas físicas y únicamente en los procesos en materia civil y mercantil. Por otro lado, la Directiva incluye algunas prestaciones puntuales que la legislación española, de momento, no recoge, como servicios de interpretación, traducción de documentos presentados por el beneficiario a instancia del tribunal o de la autoridad competente y que sean necesarios para resolver el asunto, o gastos de desplazamiento que corran por cuenta del solicitante del derecho, si bien a este respecto se tiene que tener en cuenta el Reglamento del Consejo 1206/2001, de 28 de mayo, sobre cooperación de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil.

Resumiendo, se puede decir que la incorporación de la Directiva 2003/8/CE se basa en tres postulados:

— el derecho de justicia gratuita del que ya disfrutan los nacionales de la Unión Europea no debe minorarse al amparo de esta Directiva;
— los nacionales de terceros Estados que residan legalmente en otro Estado miembro de la Unión deben acceder en España a los derechos que les concede la Directiva;
— aquellas prestaciones singulares que reconoce la Directiva que no se contemplan en nuestra legislación se aplicarán exclusivamente a los beneficiarios y en las circunstancias previstas en la Directiva.

Además de incorporar esta Directiva, se han introducido otras modificaciones legislativas:

— Se da nueva redacción al artículo 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, para ajustar su texto a la doctrina constitucional manifestada en la sentencia del Tribunal Constitucional 95/2003, de 22 de mayo, en virtud de la cual se declara inconstitucional que el beneficio de la justicia gratuita se conceda únicamente a los extranjeros que residen legalmente en España. Es preciso recordar que esta sentencia se dictó resolviendo un recurso interpuesto por el Defensor del Pueblo. El artículo 2 *a)* cambia su redacción sustituyendo «extranjeros que residan en España» por «extranjeros que se encuentren en España»; y a los cambios normativos que han tenido lugar en los últimos años, como sucede con el régimen aplicable a las asociaciones de utilidad pública: han dejado de regularse en el artículo 4 de la Ley 191/1964, de 24 de diciembre, pasando a hacerlo por el artículo 32 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, Reguladora del Derecho de Asociación.
— En el orden jurisdiccional social [apartado *d)* del artículo 2 de la Ley 1/1996] se añade que la justicia gratuita será aplicable tanto para la defensa en juicio como para el ejercicio de acciones para la defensa de los derechos laborales en los procedimientos concursales. El derecho a la asistencia jurídica gratuita se reconoce a los trabajadores y beneficiarios de la Seguridad Social para los litigios que sobre esta materia se sustancien ante el orden social.
— El apartado *f)* del artículo 2 de la Ley 1/1996, regulador del orden contencioso-administrativo, pasa a ser apartado *e)*. Lo más destacado de éste es la eliminación de la frase: «aun cuando no residan legalmente en territorio español». Al mismo tiempo, en la nueva Ley se especifica que se tendrá derecho a asistencia letrada en aquellos procedimientos que puedan llevar a la denegación de entrada en España, a la devolución o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de asilo.
— Se incluye en el apartado *f)* del artículo 2 de la Ley 1/1996 que tienen derecho a asistencia jurídica gratuita en litigios transfronterizos en materia civil y mercantil las personas físicas que se contemplan en el capítulo VIII de la Ley y en los términos que se establecen en él.
— En el artículo 5 de la Ley 1/1996 se añade un nuevo párrafo en el que se incluyen las personas con discapacidad y las personas que las tengan a

su cargo, cuando actúen en un proceso en su nombre e interés.

— En materia de insostenibilidad, también se produce un cambio, ya que se pasa de un plazo de seis días a uno de quince desde la designación del abogado para que éste la comunique a la comisión de asistencia jurídica gratuita, con una exposición motivada de su decisión.

— En el artículo 33 de la Ley 1/1996 también hay una modificación en su apartado segundo, donde se establece que el colegio de abogados tiene que enviar un dictamen sobre la viabilidad de la pretensión a la comisión de asistencia jurídica gratuita en un plazo máximo de quince días desde que ésta última se lo haya solicitado, siendo el plazo anteriormente regulado de diez días.

1.2. Configuración colegial de la asistencia jurídica gratuita en extranjería

1.2.1. Grado de especialización

El siguiente cuadro pretende reflejar el grado de especialización constatado en los colegios de abogados en lo que se refiere a la asistencia jurídica en extranjería.

SERVICIOS Y RECURSOS SOBRE EXTRANJERÍA DE LOS COLEGIOS DE ABOGADOS CONSULTADOS

COLEGIOS	TURNO DE EXTRANJERÍA	SERVICIO DE ORIENTACIÓN JURÍDICA	PÁGINA WEB	PRESENTACIÓN DE DOCUMENTOS	SERVICIO DE RECEPCIÓN Y TRAMITACIÓN DE EXPEDIENTES ANTE LA OFICINA DE EXTRANJEROS	ASISTENCIA AL DETENIDO	SUBCOMISIÓN DE EXTRANJERÍA	FORMACIÓN
Álava	X [243]					X		X
Alcalá								
Albacete								
Alicante	X [244]		X [245]	X [246]				X [247]
Almería	X	X				X		X [248]
Antequera	X [249]							X [250]
Badajoz								
Baleares		X [251]				X [252]		X [253]

[243] Desde abril de 2002.
[244] Desde el año 2000.
[245] Están tratando de potenciar la página web.
[246] Desde marzo de 2003.
[247] En mayo de 2002 se celebró en Alicante el XII Encuentro de Abogados especialistas en Derecho de Extranjería. Cursos específicos que se imparten anualmente, en dos ocasiones.
[248] De acuerdo con lo que establece la Orden de 11 de junio de 2001 (*BOJA,* núm. 77, de 7 de julio de 2001).
[249] Desde 1 de junio de 2002.
[250] Titulación acreditativa de haber realizado el curso sobre Derecho de Extranjería.
[251] Para interposición de recurso contencioso-administrativo. Se inició en el año 2002.
[252] Inicio mayo de 2000.
[253] Inicialmente se realizó un curso de dieciséis horas para acceder al Turno de oficio.

SERVICIOS Y RECURSOS SOBRE EXTRANJERÍA DE LOS COLEGIOS DE ABOGADOS CONSULTADOS *(Cont.)*

COLEGIOS	TURNO DE EXTRANJERÍA	SERVICIO DE ORIENTACIÓN JURÍDICA	PÁGINA WEB	PRESENTACIÓN DE DOCUMENTOS	SERVICIO DE RECEPCIÓN Y TRAMITACIÓN DE EXPEDIENTES ANTE LA OFICINA DE EXTRANJEROS	ASISTENCIA AL DETENIDO	SUBCOMISIÓN DE EXTRANJERÍA	FORMACIÓN
Barcelona	X [254]	X	X	X	X		X [255]	X [256]
Cáceres [257]								
Cádiz	[258]	[259]						X [260]
Cantabria	X [261]							X [262]
Cartagena								**X** [263]
Ceuta	X							**X** [264]

[254] Desde 1991/1992.
[255] Desde noviembre de 2001.
[256] — Curso de asistencia en frontera (2000-2001).
— Curso general de extranjería anual.
— Curso especial en materia de asilo (2002).
— Conferencias y jornadas.
[257] No tiene actualmente Turno especial de extranjería, incardinando los asuntos en el Turno de oficio bien penal o bien contencioso-administrativo.
[258] Existen Turnos de oficio especiales para asistencia a detenidos extranjeros en relación con las leyes sobre extranjería en Cádiz y Algeciras.
[259] El Servicio de orientación jurídica está integrado en el general.
[260] Mediante cursos específicos y obligatorios para el letrado adscrito al Turno especial de extranjería impartidos en cooperación con la Junta de Andalucía y otros organismos generalmente municipales. La Escuela de Práctica Jurídica dedica 15 horas en Cádiz y otras tantas en Algeciras.
[261] Se inició en junio de 2000.
[262] Cursos específicos sobre la materia de la Escuela de Práctica Jurídica.
[263] Se imparte un curso de extranjería cada año, abierto a letrados en ejercicio y a los alumnos de la Escuela de Práctica Jurídica de segundo año.
[264] Cursos y conferencias.

SERVICIOS Y RECURSOS SOBRE EXTRANJERÍA DE LOS COLEGIOS DE ABOGADOS CONSULTADOS *(Cont.)*

COLEGIOS	TURNO DE EXTRANJERÍA	SERVICIO DE ORIENTACIÓN JURÍDICA	PÁGINA WEB	PRESENTACIÓN DE DOCUMENTOS	SERVICIO DE RECEPCIÓN Y TRAMITACIÓN DE EXPEDIENTES ANTE LA OFICINA DE EXTRANJEROS	ASISTENCIA AL DETENIDO	SUBCOMISIÓN DE EXTRANJERÍA	FORMACIÓN
Ciudad Real	X [265]	X [266]						X
Córdoba	X [267]		X [268]					X [269]
A Coruña		[270]						
Cuenca	[271]							X
Elche	[272]							
Girona	X [273]							X [274]
Gijón	[275]							

[265] Desde diciembre de 1998 se encuentra en funcionamiento el Turno de oficio de contencioso-administrativo de extranjería.
[266] Fue creado en mayo de 1997 por Convenio firmado por el Colegio de Abogados de Ciudad Real, el Ayuntamiento de Ciudad Real y la Diputación Provincial de Ciudad Real. El Convenio se renueva anualmente y en su versión actual sólo figuran como partes del mismo el Colegio y la Diputación Provincial.
[267] En funcionamiento desde el 1 de noviembre de 2002.
[268] En su página web se publican artículos en relación con la materia de extranjería.
[269] Cursos de formación anuales para adscripción de veinte horas y un curso de reciclaje anual de ocho horas.
[270] No existe un Servicio de orientación jurídica específico de extranjería, sino que es general.
[271] El Turno de extranjería no está implantado en este Colegio. Se engloba dentro del Turno de oficio.
[272] De reciente creación.
[273] Fecha de inicio en febrero de 2002.
[274] Curso de especialización de diez horas.
[275] No tiene un Turno de oficio específico de extranjería. Están trabajando para poder tener uno en el futuro.

SERVICIOS Y RECURSOS SOBRE EXTRANJERÍA DE LOS COLEGIOS DE ABOGADOS CONSULTADOS *(Cont.)*

COLEGIOS	TURNO DE EXTRANJERÍA	SERVICIO DE ORIENTACIÓN JURÍDICA	PÁGINA WEB	PRESENTACIÓN DE DOCUMENTOS	SERVICIO DE RECEPCIÓN Y TRAMITACIÓN DE EXPEDIENTES ANTE LA OFICINA DE EXTRANJEROS	ASISTENCIA AL DETENIDO	SUBCOMISIÓN DE EXTRANJERÍA	FORMACIÓN
Granada	[276]							X [277]
Granollers								
Guadalajara	X [278]							
Guipúzcoa	X [279]	X [280]						X [281]
Huelva	X							X [282]
Lanzarote						X [283]		
León								
Lleida	X [284]				X			X
Madrid	X	X	X					X [285]

[276] — Grupo de Extranjería de 24 de febrero de 2000.
— Grupo de Extranjería (por Ley) de 4 de mayo de 2002.

[277] Cursos homologados por el Consejo Andaluz de Colegios de Abogados y la Junta de Andalucía (25 horas aproximadamente).

[278] Turno especial el 21 de julio de 2000.

[279] Desde el 1 de julio de 1995.

[280] Desde el 3 de marzo de 2003.

[281] Curso formativo en materia de asilo y extranjería. Existen jornadas formativas anuales, y un módulo en la Escuela de Práctica Jurídica. El Turno celebra reuniones trimestrales de reciclaje.

[282] Curso de especialización en Derecho de extranjería en colaboración con la Consejería de Justicia de la Junta de Andalucía.

[283] Desde mayo de 2000 hay un turno de guardia de 24 horas de asistencia al extranjero detenido por infracción de la Ley de extranjería.

[284] El Turno de oficio de extranjería consiste en guardia de extranjería para asistir en expedientes de expulsión, devolución y asilo. Se inició en el año 1999.

[285] Cursos de iniciación, jornadas y curso de diplomatura.

SERVICIOS Y RECURSOS SOBRE EXTRANJERÍA DE LOS COLEGIOS DE ABOGADOS CONSULTADOS *(Cont.)*

COLEGIOS	TURNO DE EXTRANJERÍA	SERVICIO DE ORIENTACIÓN JURÍDICA	PÁGINA WEB	PRESENTACIÓN DE DOCUMENTOS	SERVICIO DE RECEPCIÓN Y TRAMITACIÓN DE EXPEDIENTES ANTE LA OFICINA DE EXTRANJEROS	ASISTENCIA AL DETENIDO	SUBCOMISIÓN DE EXTRANJERÍA	FORMACIÓN
Málaga	X [286]	X						X [287]
Mataró						X [288]		
Melilla								
Murcia								
Oviedo		[289]						X [290]
Palencia	[291]							
Las Palmas	[292]							
Pamplona								
La Rioja	X [293]							X [294]

[286] Se creó en 1996.

[287] Realiza dos cursos anuales de formación obligatoria para todos los letrados que están adscritos al Turno especial de extranjería, cursos que han sido homologados por el Consejo General de la Abogacía Española. Con independencia de estos cursos existe una formación continuada a través de charlas y reuniones para los letrados que están adscritos a este turno. Los letrados adscritos al Servicio de orientación jurídica celebran reuniones quincenales de formación.

[288] Se inició el 1 de julio de 2002.

[289] Se presta asesoramiento jurídico en la Oficina municipal de atención al inmigrante desde el 1 de abril de 2000.

[290] Curso para acceso al Servicio de extranjería de letrados inscritos en el Turno de oficio mediante conferencias celebradas en octubre de 2001.

[291] No existe un servicio específico de extranjería en este Colegio. Los letrados que atienden los procedimientos de extranjería son la totalidad de los que figuran en el turno de oficio, bien por asistencia el día de guardia o bien los designados para la defensa de los procedimientos.

[292] No tienen, por lo que se atienden por el turno normal.

[293] Existe Turno especial de extranjería desde el año 2001.

[294] Curso de práctica jurídica o cursos anuales organizados por el Colegio. Obligatorio.

SERVICIOS Y RECURSOS SOBRE EXTRANJERÍA DE LOS COLEGIOS DE ABOGADOS CONSULTADOS *(Cont.)*

COLEGIOS	TURNO DE EXTRANJERÍA	SERVICIO DE ORIENTACIÓN JURÍDICA	PÁGINA WEB	PRESENTACIÓN DE DOCUMENTOS	SERVICIO DE RECEPCIÓN Y TRAMITACIÓN DE EXPEDIENTES ANTE LA OFICINA DE EXTRANJEROS	ASISTENCIA AL DETENIDO	SUBCOMISIÓN DE EXTRANJERÍA	FORMACIÓN
Salamanca	X							X
Sant Feliu de Llobregat	X [295]							
Santiago	[296]							
Segovia	X							
Sevilla	X	X [297]						X [298]
Soria	[299]							X [300]
Tenerife [301]						X		
Teruel		X [302]						

[295] Cuenta con un Turno especial de guardia de extranjería que se puso en marcha en 1997.
[296] No tiene un Turno específico de extranjería, aunque están trabajando para poder tenerlo en el futuro.
[297] El Servicio de orientación se presta en las oficinas de atención en la propia Audiencia desde mayo de 2001.
[298] Formación continuada. Hay que diferenciar entre cursos de acceso y formación.
[299] No existe un Turno especial de extranjería sino que los asuntos se canalizan a través de un turno especial que comprende el Turno de oficio y las guardias de asistencia al detenido.
[300] Se celebra un curso específico de extranjería una vez al año.
[301] La asistencia a extranjeros se lleva a cabo desde el Turno de oficio o de la Asistencia letrada al detenido sin estar diferenciados ya que no tienen comisión a tal fin.
[302] La fecha de inicio de este Servicio es julio de 1994.

SERVICIOS Y RECURSOS SOBRE EXTRANJERÍA DE LOS COLEGIOS DE ABOGADOS CONSULTADOS *(Cont.)*

COLEGIOS	TURNO DE EXTRANJERÍA	SERVICIO DE ORIENTACIÓN JURÍDICA	PÁGINA WEB	PRESENTACIÓN DE DOCUMENTOS	SERVICIO DE RECEPCIÓN Y TRAMITACIÓN DE EXPEDIENTES ANTE LA OFICINA DE EXTRANJEROS	ASISTENCIA AL DETENIDO	SUBCOMISIÓN DE EXTRANJERÍA	FORMACIÓN
Valencia	X [303]	X						X [304]
Vic								
Vigo	X [305]							
Vizcaya								
Zamora								
Zaragoza	X [306]	X [307]	X					

Fuente: Elaboración propia con la información recibida de los colegios de abogados.

[303] La fecha de inicio es el 1 de enero de 1999, con una adscripción territorial limitada a la ciudad de Valencia y su área metropolitana. Su Reglamento parte de la idea de que haya un solo abogado en todo el procedimiento de expulsión, devolución o retorno.

[304] Se organiza aproximadamente cada año un curso de Derecho de extranjería. La pertenencia al Turno supone la asistencia obligatoria a una reunión mensual que supera las dieciséis horas.

[305] La fecha de inicio es el 7 de abril de 2003.

[306] Se creó en 1991.

[307] Se creó en 1992.

El Defensor del Pueblo considera que es necesario e imprescindible en muchos sitios contar con turnos especializados de asistencia jurídica a extranjeros, e incluso reforzar los servicios que se prestan en algunos lugares como Ceuta, Melilla y las Islas Canarias, debido al número de extranjeros que se encuentran en muchas provincias. Esta existencia aconseja la especialización, además hay una constante producción normativa en materia de extranjería y los diversos regímenes jurídicos según los países de origen. Por otra parte, para realizar la defensa del ciudadano extranjero, hay que tener un enfoque diferente del que se tiene cuando se hace una defensa penal, por ello no es conveniente que con carácter general el mismo letrado haga las dos defensas. También interesa esa especialización para poder luego exigir rigor y conocimientos técnicos en su defensa.

Otra razón más para abogar por la creación de turnos específicos de asistencia a extranjeros es la situación que aparece en algunos Colegios (Oviedo y Gijón), en los que se asiste al extranjero cuando está detenido desde el turno de asistencia al detenido y posteriormente a través del turno contencioso-administrativo, previa solicitud de justicia gratuita. Esto repercute negativamente en el expediente de expulsión preferente cuando hay que hacer alegaciones en cuarenta y ocho horas. Ocurre una situación similar en los casos de devolución. Todo ello lleva a la conclusión de que es muy conveniente que exista un turno de extranjería en todos los colegios.

1.2.2. Situación actual de la prestación del servicio por parte de los colegios

De acuerdo con la información recabada a los colegios de abogados que mayor incidencia tienen en la aplicación del Derecho de extranjería, en líneas generales podemos decir que existe turno de oficio en materia de extranjería donde hay una mayor afluencia de inmigrantes que necesitan solventar dudas en materia de extranjería o asilo.

En algunos Colegios aún se vincula la materia de extranjería al turno de oficio general penal, como era el caso del Colegio de Abogados de Cartagena, en el momento de enviar la información que se le solicitó, aunque tienen previsto la creación de un turno especial con abogados que, cumpliendo las condiciones generales para serlo de oficio, hayan realizado el curso especial de extranjería homologado por el Consejo General de la Abogacía Española.

— Sistema de guardias (en unos casos penal y en otros específico de extranjería): Ceuta, Cádiz (Cádiz, Puerto de Santa María, Algeciras y La Línea), Guipúzcoa [308], Girona [309], Huelva, Lanzarote [310], Valencia, Albacete [311].

---

[308] Se turnan a primeros de año guardias de veinticuatro horas de 9.30 a 9.30 del día siguiente con un teléfono móvil aportado por el Colegio.

[309] Por falta de subvención, las asistencias a comisarías de la Policía Nacional se llevan a cabo por abogados de guardia del turno penal.

— Asistencias individualizadas: Cádiz (Barbate, Chiclana, San Fernando, Rota, Sanlúcar de Barrameda, Arcos y Puerto Real), Las Palmas.
— Turno de oficio en Derecho de extranjería: Ceuta, Girona, Madrid [312], Sevilla, Málaga, Vigo [313], Barcelona [314], Almería [315], La Rioja [316], Illes Balears, Pamplona [317], Cantabria.
— Servicio de atención al inmigrante extranjero y refugiado: Barcelona [318], Guipúzcoa [319], Almería [320] .

---

[310] Desde mayo de 2000 hay siempre un abogado en funciones de guardia, en turnos de veinticuatro horas, para atender a los inmigrantes detenidos por infracción de la Ley de extranjería.

[311] Al no tener un turno específico de extranjería, cualquier actuación relacionada con extranjeros se sitúa en el orden jurisdiccional correspondiente (penal, laboral...).

[312] Tiene unificados los servicios de guardia y turno de oficio. Turno permanente de 24 horas: de 22.00 a las 22.00 del día siguiente los 365 días al año.

[313] Único colegio gallego con un turno especializado para asistencia a extranjeros. La asistencia comprende a las personas que están sujetas a procedimiento de expulsión y asistencia letrada en procedimiento de asilo.

[314] Hasta la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, la asistencia se encuadraba en el ámbito del Derecho penal general, pero tras la reforma legislativa, se hace imprescindible distinguir entre los letrados que se ocupan del ámbito penal y de la extranjería, así, se produjo una reforma urgente del Reglamento del Servicio de Asistencia al Detenido del ICAB, el 11 de septiembre de 1996, porque dicho Reglamento no se ocupaba de la actuación de abogados de oficio en materia exclusiva de extranjería. Se empezaron a impartir cursos de extranjería y se produjo la reforma del Reglamento que estableció un turno especial de extranjería, al que se pueden inscribir los letrados que previamente hayan hecho el curso antes citado. Este servicio de asistencias al detenido del turno de oficio del ICAB se encarga de gestionar la asistencia de abogado de extranjería en los procedimientos propios de esta materia.

[315] El número de letrados en alta en Servicio de asistencia al detenido es de 69, el número de alta en turno de oficio en materia de extranjería es de 80. Hay un letrado de guardia en Almería, que presta servicio de asistencia al detenido para extranjeros informando y asesorando al inmigrante, todos los días del año, las veinticuatro horas del día.

[316] Turno específico para la asistencia jurídica a los extranjeros que está compuesto de 40 letrados.

[317] Está formado por 28 abogados que realizan guardias localizadas las veinticuatro horas al día, trescientos sesenta y cinco días al año.

El letrado se ocupa de la defensa del interesado en vía administrativa y en vía jurisdiccional contencioso-administrativa. El letrado del Servicio de extranjería interviene cuando el extranjero es traspasado a la Brigada de Extranjería, en caso de detención por cuestiones penales.

[318] Se creó en 1991 tras un Convenio firmado entre el Colegio de Abogados y el Ayuntamiento de Barcelona. Es un servicio de asesoramiento jurídico y tramitación de actuaciones judiciales. Ofrece soporte a situaciones jurídicas que no tendrían cabida en el ámbito del beneficio de la justicia gratuita y, por tanto, a la designación de un letrado de oficio: asesoramiento respecto de la situación jurídica de extranjeros, interposición de recursos ordinarios frente a la Administración y recursos contencioso-administrativos de denegaciones de solicitudes de residencia con o sin trabajo iniciales, cancelación de antecedentes penales y policiales y asesoramiento en materia de nacionalidad. Este servicio es diferente del Servicio de orientación jurídica, con el que también cuenta este Colegio tal y como se puede constatar en el apartado dedicado a ello.

[319] HELDU: se ocupa de la atención, diagnóstico y orientación jurídica de los inmigrantes extranjeros para su regularización.

[320] Tiene también un turno especializado que atiende los casos en los que el extranjero acude al colegio de abogados para solicitar la regularización de su situación, de un familiar y otros asuntos.

Es evidente que el sistema de guardias en el que los asuntos de extranjería son atendidos por penalistas no es el más adecuado por la falta de preparación de estos letrados en materia de extranjería y asilo. Lo más adecuado sería dar una atención especializada. Además, también es importante saber cómo funciona el sistema de guardias y localización de los letrados, ya que por muy bueno que sea aquel, si el sistema de localización no funciona el servicio se verá perjudicado. El sistema de localización a través de teléfono móvil propio o del Colegio es adecuado, sin embargo, la forma de localizar a los abogados que tiene algún Colegio por medio de radio teléfono taxi es bastante cuestionable [321].

La necesidad de la especialización sobre la que se viene insistiendo en este capítulo, se manifiesta de manera particularmente intensa como consecuencia de la modificación frecuente de los regímenes normativos, y con el establecimiento de mecanismos con vocación transitoria (por ejemplo, las sucesivas regularizaciones que con uno u otro nombre se han sucedido). También supone un elemento de complejidad añadida la entrada en juego de normas de Derecho internacional privado. Todas estas cuestiones inciden en la conveniencia de buscar mecanismos de apoyo técnico al desarrollo de la función letrada. Un ejemplo de ello puede verse en la decisión adoptada por el Colegio de Abogados de Valencia que ha establecido un servicio de asesoramiento a letrados con vistas a reforzar la asistencia durante el llamado proceso de regularización desarrollado entre febrero y mayo de 2005. El empleo de estos mecanismos resultan, a criterio de esta Institución, altamente aconsejable y merecería la pena que se fomentaran por la organización colegial.

1.2.3. Acceso de los letrados al servicio de asistencia jurídica en extranjería

En el año 2000 se produjo la homologación por el Consejo General de la Abogacía Española de un curso de Introducción a la práctica del Derecho de extranjería, de dieciséis horas de duración, que debería servir de contenido mínimo a desarrollar por todos los colegios de abogados, como requisito previo para la incorporación de los letrados en los turnos de oficio y los servicios de orientación.

Se puede hablar de tres modelos de acceso:

— Exigencia reforzada (más de 3 años de ejercicio profesional y/o realización de cursos específicos): Madrid [322], Cádiz [323], Málaga [324], Las Palmas

[321] Durante el año 2004 el Defensor del Pueblo realizó una recomendación al Colegio de Abogados de Almería, para que organizara un servicio de guardia de asistencia a ciudadanos extranjeros sin contar con una empresa privada de radio-taxi. Esa recomendación fue aceptada.

[322] Acreditar más de cinco años de ejercicio profesional, residencia habitual y despacho profesional en el ámbito territorial del Colegio y estar en posesión del diploma del Curso de la

(Fuerteventura) [325], Barcelona, Cartagena [326], Ceuta [327], Melilla [328], Vigo, Sevilla, Antequera [329], Cantabria [330], Ciudad Real, Córdoba [331], Girona, Granada [332], Guipúzcoa, Huelva, Lleida, Mataró [333], Oviedo, Pamplona [334], La Rioja, Salamanca, Soria, Valencia, Vizcaya, Zaragoza.

— Acceso a turno general [335]: Albacete [336], Alicante [337], Illes Balears [338], Segovia.
— Mera adscripción al colegio.

Son evidentes las virtudes de una formación específica, no sólo para dedicarse a la materia de extranjería, sino para cualquier otra, ya que lo que se estudia en la Universidad necesita de formación adicional para que se pueda desempeñar un trabajo eficiente en la práctica.

Escuela de Práctica Jurídica o curso equivalente que dé acceso al Turno general, además de la realización del correspondiente curso de especialización en materia de extranjería.

[323] Requisitos generales para acceder al Turno de oficio y participar en los cursos que se organicen sobre extranjería.

[324] Cursos de formación de veinticinco horas de asistencia obligatoria para sus miembros.

[325] Para el acceso al servicio de extranjería se exige la acreditación de haber realizado cursos, jornadas o seminarios sobre dicha materia.

[326] Organiza todos los años en colaboración con la Escuela de Práctica Jurídica de Cartagena un curso específico de Derecho de extranjería cuya realización es un requisito exigible para formar parte del Servicio especial de extranjería.

[327] Curso obligatorio para el acceso al Turno de oficio y realización de un curso formativo al menos una vez al año. Se promueve la asistencia de todos los letrados adscritos al Turno.

[328] Deben haber realizado asistencia en el servicio de orientación jurídica general durante tres meses en el caso de tratarse de colegiados de reciente incorporación.

[329] Realiza cursos anuales sobre Derecho de extranjería siendo necesario acreditar la realización de dicho curso por medio del título para poder darse de alta en el Turno.

[330] Es condición indispensable que antes de adscribirse al Turno de oficio de extranjería y asilo hayan realizado los cursos, así como realizar posteriormente unos cursos de reciclaje.

[331] Curso de formación anual de veinte horas necesario para acceder al Turno y otro de reciclaje de ocho horas.

[332] Se cumplen los requisitos establecidos en la Orden de 11 de junio de 2001 para el acceso al Turno especial de extranjería.

[333] Cinco años de ejercicio o tres en el turno de asistencia al detenido.

[334] Se busca la consolidación de este servicio y potenciar la especialización mediante cursos formativos de los abogados que pertenecen al servicio y la exigencia de realizar estos cursos para poder incorporarse a este servicio.

[335] Estar incorporado como abogado en ejercicio, tener residencia habitual y despacho abierto en territorio del colegio, llevar más de tres años en el ejercicio de la profesión, estar al corriente de pago de las cuotas o cargas colegiales y no estar incurso en ninguna incompatibilidad que reglamentariamente se prevenga.

[336] No tiene un Turno especial de extranjería por lo que no existe una formación específica, aunque el colegio considera que sus letrados están suficientemente capacitados.

[337] Imparte cursos dos veces al año para los abogados que se adscriben al Turno de oficio de extranjería.

[338] No realizan cursos para acceder, sino posteriormente de actualización.

1.2.4. Supervisión y evaluación del servicio por parte de cada colegio

Actualmente son prácticamente inexistentes los sistemas de supervisión. Como ejemplo positivo, puede citarse que la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de Ceuta declaró su interés, en el informe remitido a esta Institución, en que la asistencia jurídica se preste a los extranjeros con la mayor profesionalidad posible por parte de los letrados que están adscritos al turno de oficio, para ello cursaron a los letrados instrucciones respecto a cómo debía ser su intervención en los expedientes en materia de extranjería y realizaron sesiones informativas. Al tiempo que se exigió a los letrados que enviaran al colegio una copia sellada de los escritos presentados y de la intervención realizada. También existe el fenómeno de no considerarse necesario tal control o supervisión. Así, por parte del Gobierno Vasco, se consideró que dada la dimensión de la Comunidad, la fluidez en la comunicación de todos los agentes implicados (colegios de abogados, Dirección de Inmigración del Gobierno Vasco, Foro de Inmigración...) y la colaboración entre los mismos, se hacía innecesario un sistema de inspección.

Sin embargo, la realidad actual pone de manifiesto que existe una importante aportación económica de fondos públicos y ello hace inevitable que deban existir controles para compulsar el destino de esos fondos. La existencia de sistemas de control es algo incuestionable y además, estamos ante un derecho fundamental que afecta a unas personas que se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad, derivada esa situación de un desconocimiento del idioma, de un desconocimiento jurídico y de una situación administrativa irregular, todo ello unido a la urgencia temporal que recae sobre esa persona.

Una actuación ejemplar es la realizada por la Dirección General de Instituciones y Cooperación con la Justicia de la Junta de Andalucía para tratar de conseguir que la asistencia jurídica a los inmigrantes se preste con la eficacia que la ley reconoce. Los hechos se remontan al mes de marzo de 2003, a partir de una denuncia del Alcalde de Algeciras por el traslado desde Palos de la Frontera (Huelva) a Algeciras (Cádiz) de un grupo de ciudadanos extranjeros que se encontraban en situación irregular. Al margen de las actuaciones de control y supervisión realizadas por la citada Dirección General, la investigación realizada desde esta Institución, después de examinar 59 expedientes, permitió conocer lo siguiente:

Se examinaron 59 expedientes de expulsión.

— Cada letrado asistió a 7 inmigrantes y un abogado llegó a tener 8 asistencias (cuando se supera la cifra de 6 asistidos, se duplica la cantidad que se recibe en concepto de retribución por guardia).
— Todos los letrados presentaron escritos de alegaciones idénticos.
— Un letrado presentó siete escritos iguales oponiéndose al internamiento de sus siete clientes, cuando sólo uno fue internado.
— No se cuestionó la competencia territorial del Juzgado de Guardia de Algeciras para resolver las solicitudes de internamiento, a pesar de que

en los documentos de incoación constaba que la detención de los interesados se había producido en Palos de la Frontera (Huelva), contraviniendo lo establecido en la Ley de enjuiciamiento criminal sobre el fuero para la puesta a disposición judicial de detenidos, dado que no es disponible dicha competencia territorial.

— Se constató el uso abusivo y generalizado de formularios, conteniendo fundamentaciones jurídicas estereotipadas, argumentaciones jurídicas escuetas, poco motivadas o incongruentes.
— Se detectaron errores en la calificación de trámites.
— Algunos recursos administrativos se presentaron fuera del plazo legalmente establecido.

Dentro de los sistemas de control, el primero y básico de esos sistemas es el que debe realizar el propio colegio de abogados y los consejos generales de la abogacía. Este sistema tiene base legal recogida en el Estatuto General de la Abogacía [arts. 4.1 *h)*, 46.2.º y 81, en los que se dice que el colegio de abogados debe hacer uso de las funciones de inspección y supervisión sobre sus colegiados]. Además, en caso de que fuera necesario reorganizar y reforzar el servicio de asistencia jurídica que se presta, el colegio de abogados debería asumir las responsabilidades que le corresponden y solicitar de las administraciones competentes los medios necesarios [art. 4.1, letra *d),* del Estatuto General de la Abogacía Española y art. 37 y siguientes de la Ley 1/1996].

Respecto a la cuestión económico-financiera, el Defensor del Pueblo considera que la posibilidad de supervisión de la Administración que paga, no puede ser cuestionada. Esta supervisión se hará sobre el colegio de manera directa y éste deberá supervisar ese aspecto sobre el colegiado. Por cuestión económico-financiera se entiende la comprobación de que el servicio se ha prestado, es decir, que el letrado estuvo presente o practicó efectivamente las actuaciones de la Ley de extranjería de que se trate.

Otro aspecto más complejo es el control sobre la adecuación y calidad de la asistencia jurídica que se presta. Sobre este particular el Defensor del Pueblo sostiene que el derecho de defensa corresponde en su integridad ejercitarlo a la abogacía, tal y como establece el Estatuto General de la Abogacía. Todo ello como consecuencia de constituir la independencia del abogado el principio esencial sobre el que se sustenta el ejercicio de su profesión. Por tanto, ni el Defensor del Pueblo, ni ninguna otra Institución ni poder del Estado puede valorar ni cuestionar la forma en la que se realiza la asistencia jurídica. Ahora bien, independencia en el ejercicio de la función no cabe entenderlo como un estado de inmunidad que pudiera generar irresponsabilidad. Así lo reconoce nuestro ordenamiento al establecer diferentes formas para exigir responsabilidades, de manera análoga a lo que sucede con los miembros del poder judicial.

Partiendo de estas premisas cabe preguntarse lícitamente si pueden las administraciones públicas responsables del pago del servicio tener un control directo sobre la calidad del mismo. En opinión del Defensor del Pueblo, es compatible el pleno respeto al ejercicio del derecho de defensa por parte de los abogados,

con modalidades de control que precisamente, para que esa compatibilidad quede plenamente garantizada, sólo pueden alcanzar a aquellos supuestos en los que la defensa no se produce, bien debido a que se ejerce fuera de los plazos o bien porque se utilizan normas derogadas. Por todo lo anterior el control que aquí se proclama debe ser realizado por la Administración responsable del pago respecto del colegio de abogados, ya que en todo momento la relación debe producirse entre el colegio y la Administración, nunca entre la Administración y el colegiado. Esta situación requiere que normativamente se incluya y se reconozca un sistema de control que pasa necesariamente por la facultad de inspección de la Administración. Además, hay que introducir mecanismos de monitorización o de evaluación periódica del sistema a disposición del propio colegio y de la Administración. También esa normativa debería concretar los mecanismos específicos para depurar la responsabilidad. Evidentemente el sistema descrito tiene un carácter claramente reactivo, es decir, actúa una vez producido el daño; lo deseable sería crear un sistema con unas características proactivas, que aventure los posibles fallos del sistema y estimule su mejora antes de que la deficiencia se produzca.

1.2.5. Determinación de los parámetros de actuación: protocolos de intervención

Entendemos por protocolo el conjunto de reglas sistematizadas que contemplan una serie de actuaciones profesionales y las ordenan mediante el cumplimiento de unos trámites mínimos de carácter externo con el fin de lograr un resultado determinado. La introducción de este concepto es una innovación importante en el ámbito de la abogacía.

Las características que debe tener un protocolo son:

— Ser un instrumento vivo, abierto a modificaciones.
— Al letrado le tiene que servir para dirigir su actuación.
— Al colegio le tiene que servir como base para fiscalizar y para organizar el servicio.
— Al ciudadano le tiene que servir para saber cuál es su derecho.
— A la Administración le tiene que ser útil para conocer en qué condiciones se presta el servicio y cómo puede supervisarlo.

Como documentos de esta naturaleza podemos destacar el protocolo de actuación en materia de extranjería del Colegio de Abogados de Málaga (tiene dos protocolos, uno en materia de turno de extranjería y otro sobre el servicio de orientación jurídica de extranjeros); el protocolo del Colegio de Valencia; el del Colegio de Madrid; y el que se aprobó en el XIV Encuentro de Abogados de Derecho de Extranjería de Córdoba celebrado en el mes de mayo de 2004, sin duda el más completo.

A título de ejemplo, una regla tan básica como entregar al extranjero una tarjeta con los datos del abogado o facilitarle su nombre y teléfono se encuentra en el protocolo de Málaga en materia de turno de extranjería. Esto es algo fundamental a la hora de mantener comunicación entre abogado y cliente y aunque pueda parecer evidente, no siempre se hace. Asimismo, y por citar otro ejemplo, es importante el apartado en el que se indica que hay que averiguar si ha habido previamente otro abogado que haya asistido al extranjero para que informe de lo que se haya podido hacer hasta ese momento.

La existencia de protocolos o «reglas de buena práctica» debe ser valorada de manera muy positiva. Este informe monográfico concluirá con la propuesta de unas reglas que, como no podía ser de otra manera, parten de los protocolos ya establecidos, en particular el del XIV Encuentro de Abogados de Derecho de Extranjería de Córdoba, en la medida en que, por una parte, emana de una reunión nacional de especialistas, y por otra es, como se ha dicho, el más completo.

1.3. Servicios complementarios de asesoramiento

En 1996 se inauguraron una serie de procesos de regularización que hicieron que la práctica profesional de los abogados se orientara a la gestión administrativa, que en los últimos años ha sido reconducida desde el punto de vista de la abogacía. Ante la presión de la realidad social y de determinadas organizaciones, la abogacía trató de construir un Derecho judicial de extranjería, atribuyéndose los abogados un importante papel. Los turnos de oficio de los diferentes colegios de abogados van a ir desarrollando este camino, dando lugar todo ello al surgimiento en el año 1996 de unos servicios complementarios de asesoramiento y orientación jurídica. Hoy en día, no todos los colegios de abogados disponen de servicios de orientación jurídica para extranjeros, lo que hacen es atender a los inmigrantes en un servicio de orientación jurídica genérico. Además, en cada colegio se configuran de una manera, pero el objetivo es común: el asesoramiento a los inmigrantes, sin hacer distinción entre documentados e indocumentados, en el ámbito de la asistencia jurídica gratuita. Esta prestación suele cubrir hasta el recurso contencioso-administrativo, momento a partir del cual el expediente se deriva al turno de oficio.

Estos servicios se pueden agrupar en los siguientes modelos:

— Servicio de Orientación Jurídica para interposición de recursos contencioso-administrativos: Illes Balears [339].
— Servicio de Orientación Jurídica en materia de extranjería: País Vasco [340],

[339] Se creó en el año 2002.

[340] En el País Vasco el elemento de referencia es HELDU (Servicio de Asistencia Jurídico-Social a Personas Inmigrantes Extranjeras de la Comunidad Autónoma del País Vasco), que comenzó su andadura en octubre de 2002. Su misión es la atención, diagnóstico y orientación jurídica de los inmigrantes extranjeros para su regularización. La concepción de este servicio es

Badajoz [341], Madrid [342], Barcelona [343], Ciudad Real [344], Málaga [345], Sevilla [346], Teruel [347] y Zaragoza [348].

---

ser instrumento de la red de acogida municipal a inmigrantes extranjeros en el marco del Plan Vasco de Inmigración. Este servicio lo financia en su totalidad el Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco, gestionándolo el Colegio de Abogados de Guipúzcoa. En Guipúzcoa trabajan dos letrados de manera exclusiva y a jornada completa junto con dos administrativos. En Vizcaya el servicio fue creado en octubre de 2002; lo atienden cinco letrados especializados en extranjería y tres administrativos.

[341] Aunque no hay un Turno especial para inmigrantes, se atiende a través del Servicio de Orientación Jurídica que mantiene el Colegio, remitiendo siempre al Colegio de Cáceres los asuntos ya que la competencia normalmente recaía en esa ciudad al encontrarse allí el Tribunal Superior de Justicia, competente hasta la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (*BOE* de 26 de diciembre de 2003), en la que se determina que la competencia la pasan a tener los juzgados de lo contencioso. El 20 de abril de 2002 se firmó un convenio de colaboración entre el Ayuntamiento de Don Benito y el Colegio de Abogados de Badajoz. Este convenio ha estado en vigor desde el 1 de mayo de 2002 hasta el 30 de abril de 2003. Durante ese año se atendieron a unas 300 consultas de inmigrantes, de los que el 80 por 100 proceden de Iberoamérica y el resto del Este de Europa y Marruecos.

[342] Se creó el Servicio de Orientación Jurídica para Extranjeros (SOJE) en enero de 1995 para solventar los problemas originados por los nuevos flujos migratorios, que necesitaban una atención profesional específica y especializada.

El 9 de abril de 2001 se firmó un convenio de colaboración entre el Colegio de Abogados de Madrid y el Instituto de Migraciones y Servicios Sociales (IMSERSO) para desarrollar una serie de programas en materia de extranjería. Este convenio fue modificado el 2 de enero de 2003. El objetivo primordial es potenciar la asistencia jurídica integral a los extranjeros que lo requieran.

Los lugares de actuación del Servicio de Orientación Jurídica han sido: Fuenlabrada (20 de mayo de 1997 a mayo de 2001) y el aeropuerto de Madrid-Barajas (junio de 2001 a marzo de 2004). En la actualidad este servicio se presta en Torrejón de Ardoz (gracias a un convenio firmado el 3 de mayo de 2002 entre el Ayuntamiento de Torrejón de Ardoz y el Colegio de Abogados) y el prestado por parte del Colegio de Abogados de Madrid en el Tribunal Superior de Justicia (desde marzo de 2004) en sustitución del que se realizaba anteriormente en Cruz Roja.

En cuanto a su funcionamiento, hay que decir que se trata de un servicio de orientación jurídica gratuita para inmigrantes y asilados que cuenta hoy día con los dos centros ya citados (Tribunal Superior de Justicia y Torrejón de Ardoz).

Los principales asuntos tratados son: solicitud de permiso de residencia y trabajo (tanto iniciales como renovaciones), reagrupación familiar, residencia temporal por circunstancias excepcionales y arraigos. Siendo los principales usuarios: ecuatorianos, colombianos y marroquíes, así como diferentes nacionales del Este de Europa.

Para poder acceder al Servicio de orientación jurídica hay que superar previamente unas pruebas escritas de contenido jurídico general y específico sobre esta materia, y una entrevista. Además, es necesario acreditar una experiencia contrastada en Derecho de inmigración y el conocimiento de idiomas. También se requiere haberse dado de alta como colegiado ejerciente tres años antes de acceder al Servicio. En la actualidad este servicio lo componen 16 letrados. La coordinación de estos abogados se realiza desde el Aula de Migración del Colegio de Abogados.

Durante el año 2002 se tramitaron 4.324 expedientes. En el año 2003 el número se incrementó a 4.564, a pesar de la desaparición del servicio que se prestaba en Fuenlabrada.

[343] El Servicio de Atención al Inmigrante Extranjero Refugiado de Barcelona (SAIER) se creó en 1991 por un convenio firmado entre el Colegio de Abogados de Barcelona, el Ayuntamiento y otras entidades o asociaciones como Cruz Roja de Barcelona, la Asociación Catalana de Solidaridad y Ayuda a los Refugiados. El colegio presta sus servicios de asesoramiento jurídico y tramitación de actuaciones judiciales. Mediante este servicio se ofrece soporte a situaciones jurídicas

que, según la legislación vigente, no tendrían cabida en el ámbito de la justicia gratuita. Las competencias del Colegio en este servicio incluyen el asesoramiento respecto de la situación jurídica de los extranjeros, la interposición de recursos ordinarios frente a la Administración y recursos contencioso-administrativos de las denegaciones de solicitudes de residencia con o sin trabajo iniciales. También se ocupan de la cancelación de antecedentes penales y policiales y del asesoramiento en materia de nacionalidad. El servicio lo prestan de manera permanente cuatro consultores presenciales en el mismo servicio, once letrados externos que se denominan tramitadores y se encargan de tramitar lo que proceda después de la visita inicial mantenida con el abogado-consultor. Durante el año 2002 los abogados consultores atendieron a 1.779 usuarios, se tramitaron 2.209 consultas y 423 expedientes.

[344] Creó un Servicio de Orientación Jurídica y Social para Extranjeros (SOJSE) en mayo de 1997 por Convenio firmado entre el Colegio de Abogados de Ciudad Real, el Ayuntamiento de Ciudad Real y la Diputación Provincial de Ciudad Real. El Convenio se renueva anualmente y en su versión actual sólo figuran como partes del mismo el Colegio y la Diputación Provincial. Actualmente están adscritos 12 letrados que prestan el servicio por quincenas (dos letrados por quincena). Durante el año 2002 se tramitaron un total de 100 expedientes, aproximadamente, y se evacuaron unas 700 consultas presenciales y unas 350 telefónicas.

[345] Puso en marcha en enero de 2002 un Servicio de Orientación Jurídica al Extranjero. Este servicio va encaminado a la prestación de asesoría jurídica gratuita al extranjero, incluyendo la interposición de recursos administrativos y contenciosos, presentando todo tipo de solicitudes en materia de extranjería y, en general, llevando a cabo todos los servicios de tipo jurídico que no se encuentran cubiertos por los letrados adscritos al servicio del Turno especial de extranjería, además de mediación y traducción.

Está integrado por 24 letrados. Durante el año 2002 (hasta el 15 de noviembre) fueron atendidas 867 personas: 432 consultas en materia de autorizaciones y permisos, 66 consultas en materia de nacionalidad y registro civil, 39 consultas en materia de reagrupación familiar, 22 consultas en materia de visados y exenciones de visado y 26 recursos contencioso-administrativos.

En cuanto al sistema de remuneración de este Servicio, es cubierto por la Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía en colaboración con la Asociación Málaga Acoge. También cuentan con un trabajador social que financia la Consejería de Asuntos Sociales y un mediador intercultural que pertenece a la Asociación Málaga Acoge, subvencionado por esta Consejería.

La incorporación de sus miembros se lleva a cabo mediante un concurso-oposición. Cada quince días celebran reuniones de formación.

[346] Creó el 23 de abril de 2001 un Servicio de asistencia jurídica al ciudadano extranjero tanto en policía como en juzgados. En la propia Audiencia tienen orientación en oficinas de atención. Se dirige a la asistencia de los que carezcan de autorización administrativa para su estancia en España, esté caducada o carezca de algún requisito, asistencia jurídica a inmigrantes para regularizar su situación administrativa en España, información sobre organizaciones no gubernamentales que prestan servicios sanitarios y sociales, asistencia a centros de detención, interposición de recursos administrativos o judiciales, presentación de alegaciones y seguimiento de expedientes.

El Turno de oficio y el Servicio de asistencia y orientación jurídica a inmigrantes están formados por 155 letrados.

Surgió el servicio como una experiencia piloto sufragada por la Consejería de Gobernación y Justicia de la Junta de Andalucía. El objetivo es potenciar la inserción y la integración más plena y positiva en las estructuras de la sociedad por parte de todas estas personas. Se crea como una labor complementaria a la que realizaban hasta ese momento los letrados adscritos al Turno de oficio de extranjería.

[347] Se creó en julio de 1994 el Servicio de orientación y asistencia jurídica a inmigrantes (Convenio DGA). Los letrados adscritos al mismo son 3 y el número de expedientes tramitados unos 100.

[348] Dispone del Servicio de Asesoramiento y Orientación para Inmigrantes (SAOJI), el cual es fruto de un Convenio suscrito entre el REICAZ y el Instituto Aragonés de Servicios Sociales de la

— Servicio de Orientación Jurídica Gratuita: A Coruña [349], Cádiz, Melilla [350], Albacete, Las Palmas (Fuerteventura) [351].

Diputación General de Aragón, el 7 de diciembre de 1992. Hasta la fecha el Convenio se ha ido renovando anualmente.

La iniciativa para la creación de este servicio surgió de un colectivo de abogados del Colegio que estaban preocupados por la situación legal y la indefensión en la que se encontraban los inmigrantes en Zaragoza. El objetivo del servicio es garantizar a los inmigrantes la asistencia y orientación jurídica y la inmediata intervención profesional, cuando sea necesaria. Existe una doble modalidad de intervención, además de un letrado que se encarga de la coordinación: nueve abogados consultores que realizan su trabajo en las dependencias de la Casa de las Culturas del Ayuntamiento de Zaragoza; cincuenta y cinco abogados tramitadores que prestan su servicio en régimen de permanencia desde sus despachos. En cuanto al funcionamiento, hay que decir que el servicio de consultoría se presta cinco días a la semana, de lunes a viernes, en horario de 16.30 a 19.30 horas, por un abogado consultor en la sede de la «Casa de las Culturas». Dos abogados tramitadores están de guardia en sus despachos con idéntico horario durante tres días a la semana (lunes, miércoles y viernes) para que se les pueda remitir sin demora todos los asuntos que precisen tramitación. El consultor que presta el servicio el martes y el jueves remite los asuntos al tramitador que está de guardia el miércoles y el viernes. Además del cumplimiento de las guardias y de la gestión de los asuntos encomendados, todos los miembros del servicio están obligados a asistir a todas las reuniones que con carácter general o particular convoque el letrado Coordinador para tratar asuntos relativos al servicio o a la materia específica del mismo.

La coordinación de todo el Servicio se lleva a cabo por medio de reuniones y circulares concretas que remite el letrado coordinador.

La vinculación entre el Servicio de orientación jurídica y el Turno de oficio del Colegio de Zaragoza ha permitido que, en los casos que se ha considerado oportuno, sea el mismo letrado que ha iniciado las gestiones para la tramitación de un expediente administrativo con cargo al Servicio de orientación jurídica, el que continúe defendiendo los intereses de su cliente en vía jurisdiccional con cargo al Turno de oficio. Esta relación existente entre ambos servicios ha permitido durante los años 2002 y 2003 un notorio incremento de los recursos administrativos y contencioso-administrativos. Establece un sistema por el que automáticamente se le hacía a los usuarios la designación del Servicio del Turno de oficio, evitando así el desplazamiento del interesado hasta el Juzgado.

La idea principal de este servicio es intentar que sean siempre atendidos por el mismo abogado tramitador en el asunto que se les encomienda inicialmente y en los posteriores que puedan derivarse de sus particulares circunstancias.

En cuanto a la función, los letrados consultores prestan su servicio de forma rotatoria durante los cinco días de la semana, de lunes a viernes, de 16.30 a 19.30 horas, en la sede de la «Casa de las Culturas». Deben atender las consultas personales o telefónicas que se plantean en materia de extranjería, resolviendo según van surgiendo las cuestiones informativas o propiamente de consulta que no precisen una tramitación concreta. Si la cuestión suscitada requiere una tramitación determinada, entonces se remite el asunto al abogado tramitador que se encuentra de guardia, dándole las instrucciones que se consideren oportunas. También realiza las funciones burocráticas necesarias para el control de consultas y expedientes.

El letrado coordinador se encarga de la organización y coordinación del servicio, lo que supone dar las instrucciones precisas en cada momento para el buen funcionamiento del mismo, atender personal o telefónicamente cuantas consultas planteen los componentes del Servicio de orientación jurídica o que provengan de cualquier otra entidad, convocar las reuniones que se consideren precisas, mantener contactos colegiales e institucionales..., en definitiva, mantener la necesaria coordinación interna y externa para ofrecer el servicio más adecuado a las necesidades que plantea la población inmigrante.

[349] No tiene un Servicio de orientación jurídica específico en materia de extranjería. Las solicitudes que puedan surgir se tramitan por el Servicio de orientación jurídica genérico, y se encaminan a las especialidades generales existentes en los Servicios de asistencia jurídica gratuita

1.4. Los intérpretes como una necesidad específica en materia de extranjería

La correcta prestación de la asistencia jurídica requiere en muchos casos contar con un servicio de interpretación. Aunque es una cuestión instrumental, sin embargo su importancia es básica, ya que condiciona la asistencia jurídica que se presta. La interpretación debe quedar garantizada.

En estos momentos lo único que se contempla es el derecho a tener intérprete, pero no se ha regulado nada más. Además, se centra ese derecho a tener intérprete en determinados trámites con ocasión y en coincidencia con actuaciones administrativas o jurisdiccionales, sin embargo nada se ha regulado respecto a la necesidad de contar con intérprete cuando el letrado ejercita en toda su plenitud la asistencia jurídica, fuera de lo que son esas actuaciones administrativas o jurisdiccionales.

Según se esté o no privado de libertad, será diferente a quién le corresponde garantizar ese derecho. Si está privado de libertad el extranjero, la carga de facilitar intérprete debe recaer en la Administración.

Una de las opciones es que la Administración cubra el servicio en su integridad, ahora bien eso no tiene que requerir necesariamente presencia física del intérprete. En Cataluña existe un sistema denominado «Sanitat Respond», que permite intermediar, ya que puede llegar a la consulta un nacional de un país cuya lengua sea diferente del castellano y que no pueda expresar su dolencia. Aquí es donde se aplica el sistema: se produce una llamada a tres, se conecta en unos cuatro o cinco minutos con una persona que habla la lengua, y ofrece 65 lenguas. Sería posible aplicar un sistema similar en extranjería cuando existan dificultades lingüísticas entre abogado y cliente.

---

como son: civil, matrimonial, social, contencioso-administrativo y penal. El Servicio de orientación jurídica se creó en julio de 1996, es decir, al poco tiempo de entrar en vigor la Ley 1/1996, de 10 de enero. Entre los principales problemas que señala este Colegio, se encuentra que los solicitantes acuden al Servicio de orientación jurídica cuando ya han transcurrido los plazos de alegaciones y recursos dificultando considerablemente la labor de los letrados.

[350] Dispone de un Servicio de orientación jurídica gratuita, en el que un letrado atiende a cuantas personas acuden al Colegio en solicitud de abogado de Turno de oficio. Se encarga también de reunir la documentación y formar el correspondiente expediente para enviarlo a la Comisión de asistencia jurídica gratuita, encargándose, igualmente, de turnar abogado y solicitar procurador cuando sea necesario.

El servicio se presta todos los días de la semana de 10 a 13 horas.

El requisito para acceder al Servicio de orientación jurídica gratuita es estar colegiado. La retribución se lleva a cabo con cargo a los gastos de infraestructura.

[351] El Servicio de orientación jurídica del departamento del turno de oficio se encarga de atender las solicitudes de asistencia jurídica gratuita del público en general, aunque para las guardias de asistencia jurídica gratuita existe, en algunos partidos judiciales, la especialidad de extranjería, habiéndose asignado uno o más letrados en función de las necesidades de los mismos.

Los extranjeros recurren frecuentemente al asesoramiento e información prestados por los servicios de las distintas organizaciones no gubernamentales.

En ocasiones, se realizan interpretaciones por personas no profesionales, como es el caso de los compañeros de internamiento. Este sistema no es aconsejable; el derecho a la intimidad se ve afectado y, además, no está garantizada la calidad técnica de la traducción.

Si falta un sistema de interpretación de naturaleza pública, el letrado podría ser acompañado por un traductor. En el Defensor del Pueblo se ha conocido el caso de una persona que en su condición de intérprete intentó pasar al Centro de Internamiento de Capuchinos en Málaga, y se le prohibió la entrada. Desde la perspectiva del Defensor del Pueblo, esa decisión sólo es admisible cuando el centro sea capaz de ofrecer el servicio de interpretación que esa persona iba a realizar. A estos efectos los colegios deben tener previsto un sistema para facilitar esos intérpretes al letrado.

Cuando el extranjero está en libertad surge la necesidad de regular la dotación de intérpretes. Si se reconoce el derecho hay que hacer lo posible para llevarlo a la práctica.

Podrían arbitrarse soluciones como las siguientes:

— Convenios con asociaciones y organizaciones no gubernamentales.
— Establecimiento de una modalidad similiar a «Sanitat Respond», organizada por el Consejo General de la Abogacía Española.
— Intervención de estudiantes de los últimos cursos de las escuelas oficiales de idiomas o facultades de traducción o interpretación mediante los correspondientes acuerdos.
— Servicios especializados de traducción e interpretación organizados por los propios colegios de abogados como es el caso del Colegio de Abogados de Zaragoza. Este servicio de intérpretes se puso en marcha en 1999 y hoy ya se considera plenamente consolidado, tanto en su aspecto jurídico como en el social. Se ha puesto en funcionamiento en colaboración con el Ayuntamiento de Zaragoza y permite facilitar intérpretes en más de 20 idiomas, desde suahili, árabe, coreano o ucraniano, hasta otros más usuales como francés o inglés. Este servicio se presta a los abogados e instituciones que lo precisen.

2. FORMACIÓN

2.1. La formación como necesidad

Para algunas organizaciones no gubernamentales hay un problema grave de formación de abogados, en todo el territorio español. En la mayoría de los casos la formación que reciben los abogados en estos temas, se reduce a unas pocas horas en un curso de extranjería y se centra en aspectos teóricos. Hay organizaciones que opinan que sería interesante impartir más formación práctica, especialmente en técnicas de entrevista.

En el caso de la provincia de Girona, las organizaciones no gubernamentales creen que la formación es muy escasa. Se exige únicamente un curso de ocho horas para poder habilitarse. A los nuevos letrados que hacen el curso de práctica jurídica se les da un módulo de quince horas.

La Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía Española, en su «Informe sobre la problemática de la asistencia letrada en las fronteras exteriores españolas» de junio de 2003 apoyaba la celebración de jornadas y cursos, tanto en el Colegio de Las Palmas, como en otros colegios de la zona del Estrecho. Consideraba que la homologación de un curso de especialización de dieciséis horas en materia de extranjería exigirá su desarrollo en todas las sedes colegiales, pendiente de financiación pública. La formación de los letrados adscritos a los servicios públicos de asistencia jurídica es una tarea del Estado y debe ser asumida por las administraciones tanto central como autonómica, en opinión de dicha Subcomisión.

La institución del Defensor del Pueblo considera que la financiación del servicio de asistencia jurídica gratuita tiene que ser pública, sin embargo la formación no tiene que ser necesaria y exclusivamente pública en su totalidad. No existe un deber de la Administración en este sentido. Esa falta de deber no excluye que puedan existir políticas públicas, en las que se incentive la formación.

El letrado tiene que llegar formado al servicio público, es requisito imprescindible el tener formación para poder prestar sus funciones en el servicio público. La formación corresponde al abogado, el Estado podrá colaborar pero, como se ha dicho, no es su obligación hacerlo.

La formación que recibe el letrado la utiliza en su actividad privada y en la prestación del servicio público. Al no ser funcionario y trabajar como profesional liberal, la formación es responsabilidad del abogado y a él le corresponde hacer frente a los gastos que se deriven de esa formación. El profesional liberal no tiene que ser formado con cargo a fondos públicos.

En toda actividad profesional la formación resulta esencial, en extranjería esa formación es todavía más una necesidad imperiosa.

Las razones de esa necesidad son:

— La volatilidad de la legislación.
— La diversidad de regímenes, muchas veces diferentes, según la nacionalidad y las demás circunstancias que concurran.
— Los derechos e intereses que se pueden ver afectados, pues las consecuencias personales de las decisiones que se adoptan son muy grandes.
— La celeridad de los procedimientos y la preclusión de los plazos es otra circunstancia que requiere de una formación continua y adecuada.

Por la experiencia del Defensor del Pueblo, concretamente en Fuerteventura y Algeciras, se ha podido conocer que existe un déficit de formación. En muchos casos la asistencia en extranjería se ha organizado como asistencia al

detenido y no se ha formado a los profesionales en esa materia tan concreta. Esto quedó patente en el Informe del Defensor del Pueblo del año 2002. Tras la visita realizada por la Adjunta Primera del Defensor del Pueblo a la isla de Fuerteventura, los inmigrantes indicaban que el acto en el que se les notificaba el inicio del expediente duraba una media de tres minutos, extremo confirmado por los funcionarios e intérpretes que intervenían en estos actos. Además, éste era el único contacto que tenía el extranjero con su abogado, desconociendo completamente cuál era su situación. Los inmigrantes no disponían ni de la dirección, ni del teléfono de los letrados asignados. Sólo tenían conocimiento del nombre porque éste constaba en la copia de la notificación de la incoación del expediente de expulsión que se les facilitaba. De un tercio de los expedientes de expulsión incoados entre enero y febrero de 2002 que se seleccionaron para la investigación, sólo aparecían alegaciones de un abogado en uno oponiéndose al auto judicial de internamiento, no constando en los demás ni oposición al auto judicial de internamiento, ni alegaciones ni recursos. Tras la investigación efectuada, se evidenció que la asistencia jurídica a los inmigrantes en la isla de Fuerteventura no se llevaba a cabo con las garantías que el ordenamiento establece, ya que la misma se podría calificar de meramente formularia porque los letrados presenciaban formalmente cómo un intérprete traducía someramente en unos minutos el contenido de unos documentos, sin ir más allá en su cometido. En aquellos casos esta Institución recomendó que la asistencia jurídica se realizara de manera efectiva, teniendo en cuenta las garantías y el contenido que nuestro ordenamiento jurídico establece, ofreciendo en todos los casos un asesoramiento jurídico adecuado a las circunstancias que concurran en cada expediente y tomando las medidas necesarias para supervisar la calidad con la que se presta este servicio.

En el caso de Algeciras, se llevó a cabo un estudio, tal y como se pone de manifiesto en el Informe del Defensor del Pueblo del año 2003, en el que se descubrió que en la práctica se hacía un uso abusivo y generalizado de formularios, conteniendo fundamentaciones jurídicas estereotipadas, argumentaciones jurídicas muy escuetas, poco motivadas e incongruentes. También se detectaron errores en la calificación de los trámites y se comprobó que los recursos administrativos se presentaron fuera del plazo legalmente establecido. Por todo ello, esta Institución consideró que la asistencia jurídica que se prestaba a los inmigrantes por algunos abogados que desarrollaban su actividad en el partido judicial de Algeciras, no se efectuaba en todos los casos con las garantías y eficacia que nuestro ordenamiento establece. Toda esta información se puso en conocimiento del Colegio de Abogados de Cádiz que justificó en su informe las prácticas argumentando que a iguales resoluciones administrativas, corresponderían iguales recursos. Se trató de justificar desde el Colegio que ante una deficiente actuación de la Administración se podía admitir una asistencia jurídica poco diligente de los letrados encargados de prestarla. Esta Institución, dado el esfuerzo económico de las diferentes administraciones españolas en general y la Junta de Andalucía en este supuesto concreto, recomendó al Colegio de Abogados de Cádiz que organizase los cursos de formación y perfeccionamiento

profesional necesarios para que los letrados que prestaran sus servicios profesionales en el turno de asistencia jurídica a inmigrantes, recibieran la adecuada preparación y formación que les permitiera prestar un asesoramiento jurídico de calidad y con las garantías que exige la ley. Realizados los cursos, el Colegio debería impartir instrucciones para que la asistencia que presten los letrados se lleve a cabo de manera efectiva, con las garantías y el contenido que nuestro ordenamiento establecen.

2.2. Modelos e iniciativas de formación

2.2.1. Exposición de los modelos existentes

Se podría establecer la siguiente clasificación de los colegios de abogados en función del tipo de formación:

— Sin formación específica: Albacete, Badajoz.
— Cursos específicos sobre extranjería: A Coruña Álava, Alicante, Almería [352], Antequera, Baleares, Barcelona, Cádiz [353], Cantabria [354], Cartagena [355], Ceuta [356], Ciudad Real, Córdoba [357], Cuenca, Girona [358], Granada [359],

[352] Orden de 11 de junio de 2001 de la Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía (*BOJA,* núm. 77, de 7 de julio de 2001).

[353] Imparte cursos específicos y obligatorios para el letrado adscrito al Turno de oficio especial de extranjería. Estos cursos se realizan en cooperación con la Junta de Andalucía y otros organismos generalmente municipales. La Escuela de Práctica Jurídica dedica quince horas en Cádiz y otras tantas en Algeciras.

[354] La formación y especialización de los letrados que prestan sus servicios en esta Comunidad en materia de asilo y extranjería, es esencial, recibiendo cursos de iniciación antes de empezar a prestar el turno, siendo condición indispensable para poder adscribirse al mismo realizar dichos cursos, así como los de reciclaje, dado lo cambiante de la materia en los últimos años.

[355] Organiza todos los años, en colaboración con la Escuela de Práctica Jurídica de Cartagena, un curso específico de Derecho de extranjería para abogados, cuyo programa es el homologado por el Consejo General de la Abogacía Española, con alguna ligera ampliación. La realización de este curso es un requisito exigible para formar parte del Servicio especial de extranjería.

[356] Los cursos de la Escuela de Práctica Jurídica del Colegio de Abogados de Ceuta son obligatorios para el acceso al Turno de oficio y se imparten temas de extranjería. Además, al menos una vez al año, se realiza un curso formativo en dicha materia promoviendo la asistencia de todos los letrados adscritos al Turno de oficio. El Colegio pretende realizar otro curso formativo en el año 2004, sobre la tramitación de expedientes de expulsión y la última reforma de la Ley de extranjería.

[357] Imparte un curso de formación anual de veinte horas cuya superación es preceptiva para poder estar incluido en el turno y otro de reciclaje anual de ocho horas.

[358] Imparte un curso de especialización superior a las ocho horas de duración para los abogados que deseen incorporarse al Turno especial de extranjería. La Escuela de Práctica Jurídica ofrece un curso anual de diez horas.

[359] Realiza cursos que están homologados por el Consejo Andaluz de Colegios de Abogados y la Junta de Andalucía (25 horas aproximadamente).

Guipúzcoa [360], Huelva [361], Lleida, León, Madrid [362], Málaga [363], Melilla [364], Mataró, Las Palmas (Fuerteventura) [365], Pamplona, La Rioja, Salamanca, Segovia [366], Sevilla, Soria [367], Valencia [368], Vizcaya [369], Zaragoza.

---

[360] Organiza anualmente un curso de formación para todos los letrados que se quieran incorporar al Turno. Para acceder al Turno de extranjería se exigen tres años de ejercicio en la profesión así como haber asistido a los cursos sobre extranjería y asilo que imparte el Colegio a través de su Comisión de Extranjería. Existe un programa homologado por el Consejo General de la Abogacía. El citado programa tiene una duración de dieciséis horas y es un requisito mínimo de formación para acceder al Turno.

[361] Realiza un curso de formación de Derecho de extranjería en colaboración con la Consejería de Justicia de la Junta de Andalucía.

[362] Estar en posesión del Diploma del Curso de la Escuela de Práctica Jurídica o curso equivalente homologado por el Colegio de Abogados o haber superado los cursos o pruebas de acceso a los servicios de Turno de oficio y Asistencia letrada al detenido establecidos por la Junta de Gobierno. Además, tal y como indica el artículo 2, para acceder al Turno de extranjería es necesario acreditar la realización de un curso específico en esta materia.

Cursos que se imparten en este Colegio:

Diplomatura en Derecho de Extranjería. Curso de trescientas horas que da acceso al Turno de oficio especial de extranjería dentro del Turno general contencioso-administrativo. Las materias que se imparten son: Introducción al Derecho de extranjería, Derechos fundamentales de los extranjeros, Políticas migratorias de la Unión Europea y su reflejo en España, Régimen de entrada, residencia en España, Trabajo en España, Derecho sancionador, Régimen comunitario, Nacionalidad, Procedimientos judiciales en materia de familia internacional, Derecho de asilo, Derecho penal y extranjería, Procedimiento administrativo y Proceso contencioso-administrativo.

Curso de práctica procesal en materia contencioso-administrativa. Curso de ciento noventa y cinco horas que otorga los puntos necesarios para acceder al Turno de oficio general contencioso-administrativo y al Turno especial de extranjería.

Iniciación a la práctica forense en materia de Derecho de extranjería. Curso de treinta horas necesario para acceder al Turno de oficio especial de extranjería.

Recientes reformas en la normativa del Derecho de extranjería: materias reformadas de incidencia práctica. Curso de ocho horas.

Extranjero, trabajo y familia: reagrupación familiar. Derechos del trabajador. Curso de ocho horas.

Procedimiento sancionador en materia de extranjería. Expulsiones, devoluciones y rechazo en frontera. Curso de ocho horas.

El Derecho de asilo: normativa, procedimiento y actuación profesional. La nacionalidad. Curso de ocho horas.

[363] Realiza dos cursos anuales de formación obligatoria para todos los letrados que estén adscritos al Turno especial de extranjería, cursos que han sido homologados por el CGAE.

[364] Debido a las características de esta ciudad, todos los cursos, ponencias y encuentros tienen un componente de Derecho de extranjeros en cualquiera de sus aspectos. Esto no quita que se realicen cursos específicos sobre extranjeros en colaboración con ACNUR y autoridades administrativas.

[365] Los cursos que se han llevado a cabo en materia de extranjería son los siguientes:

Año 2001:

La situación del inmigrante en el Derecho español, 5 y 6 de abril.

La nueva Ley de extranjería, 29 y 30 de noviembre.

La inmigración irregular como desafío del Derecho público europeo, 11 y 12 de diciembre.

Año 2002:

La Ley de extranjería y su Reglamento, 27 y 28 de febrero/marzo (7 y 21), abril (4 y 25), mayo (9 y 23), junio (6 y 20), julio (4).

— Jornadas y encuentros: Illes Balears (además, se mantienen entre los miembros del turno encuentros trimestrales al objeto de poner en común las cuestiones surgidas, con independencia de cualquier encuentro extraordinario que pueda convocarse para la revisión de cuestiones puntuales), Barcelona, Ceuta [370], A Coruña, Guipúzcoa [371], Málaga [372], Oviedo [373], Vizcaya [374].

Las comunidades autónomas desarrollan a través de reglamentos la Ley de asistencia jurídica gratuita regulando la formación y especialización que deben tener los letrados que pertenecen a su territorio. Como ejemplo de ello se puede citar el artículo 30 del Decreto 146/1997, de 22 de mayo, de Galicia, donde se establece que la Consejería de Justicia, Interior y Relaciones Laborales, previo informe del Consejo de la Abogacía Gallega y del comité ejecutivo de los Colegios de Procuradores de los Tribunales de Galicia, podrán completar los requisitos generales mínimos de formación y especialización para la prestación de los servicios de asistencia jurídica gratuita que haya podido establecer el Ministerio de Justicia. También se recoge en este Decreto la obligatoriedad de que la formación se ajuste a lo dicho en el artículo 25 de la Ley de asistencia jurídica gratuita.

La Generalidad catalana dedica, en primer lugar, el artículo 21 del Decreto 252/1996, de 5 de julio, de creación de comisiones de asistencia jurídica, de regulación del procedimiento para el reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita y de la subvención para las actuaciones profesionales de los

---

[366] Exige la misma formación a estos letrados que la que se exige a los letrados que están adscritos al Turno de oficio y asistencia al detenido.

[367] Celebra un curso específico sobre extranjería una vez al año.

[368] Organiza, aproximadamente cada año, un curso de Derecho de extranjería. La pertenencia al Turno supone la asistencia obligatoria a una reunión mensual, superando en total las dieciséis horas.

[369] Realiza con carácter anual cursos de extranjería, sobre todo, en los últimos años ya que las modificaciones legislativas y reglamentarias han sido muy frecuentes. La formación es considerada un pilar fundamental para lograr la máxima calidad en la asistencia letrada, por ello es requisito indispensable en la incorporación al turno.

[370] En noviembre de 2003, y en colaboración con el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, se realizó una jornada sobre «La intervención del abogado en los expedientes de asilo».

[371] Su Comisión de Extranjería desarrolla periódicamente reuniones a las que convoca a todos sus miembros, a los que se recuerda la necesidad de asistencia ya que la formación continuada es imprescindible. Estas reuniones tienen la finalidad de tratar los diferentes temas que afectan a la materia: nuevas normativas, novedades jurisprudenciales, incidencias en las asistencias realizadas...

[372] Con independencia de los cursos existe una formación continuada a través de charlas y reuniones para los letrados adscritos a este turno. Respecto de los letrados adscritos al SOJE, hay que señalar que celebran reuniones quincenales de formación.

[373] Celebra cursos para acceso al Servicio de extranjería de letrados inscritos en el Turno de oficio mediante conferencias.

[374] Al margen de la formación periódica en la materia, el Colegio promueve distintas jornadas monográficas.

abogados y procuradores. En este artículo se establece que el Departamento de Justicia, con informe previo de los consejos de colegios de abogados y de procuradores de los tribunales de Cataluña, podrá complementar los requisitos generales mínimos de formación y especialización para la prestación de los servicios de asistencia jurídica gratuita que haya podido establecer el Ministerio de Justicia. Una aportación interesante que hace Cataluña es la división de la formación en varias etapas (arts. 77 a 82 de la resolución JUS/2588/2002, de 10 de septiembre): la universitaria, la iniciación profesional, tutelada por los colegios de abogados a través de las escuelas de práctica jurídica o de la pasantía, y la continuada, tutelada por los colegios de abogados. La formación especializada se regula en el artículo 79 en el que se establece que el abogado podrá acceder al reconocimiento de una especialización profesional mediante la superación de cursos de especialización homologados. Aunque también establece la posibilidad de que se produzca el reconocimiento de una especialización por notoriedad. Para acreditar la notoriedad se tienen que combinar los siguientes factores: antigüedad en el ejercicio efectivo de la abogacía; número de asuntos de la especialidad que se pretenda, variando este número según el tipo de asuntos (inversamente proporcional a la dificultad de los casos llevados a cabo); tratamiento proporcional de los casos judiciales y extrajudiciales; publicaciones; docencia; intervenciones en debates, mesas redondas y en todas las actividades que objetiven un resultado análogo en las condiciones que reglamentariamente fije el Consejo. Además, se añade que la especialización podrá suponer un mérito, pero no una habilitación específica para el ejercicio.

La Comunidad de Madrid regula la formación y especialización en el artículo 26 del Decreto 86/2003, de 19 de junio, que desarrolla la asistencia jurídica gratuita en el ámbito de la Comunidad de Madrid. En dicho artículo se establece que mediante orden del titular de la Consejería competente en materia de justicia se podrán complementar, previo informe de los colegios de abogados y procuradores, los requisitos mínimos de formación, especialización y experiencia profesional, establecidos por el Ministerio de Justicia para la prestación de los servicios de asistencia jurídica gratuita.

La Comunidad Valenciana regula la formación y especialización de los letrados en el artículo 30 del Decreto 29/2001, de 30 de enero, especificando que sin perjuicio de los requisitos generales mínimos de formación, especialización y previa experiencia profesional, que establezca el Ministerio de Justicia, para la prestación de servicios de asistencia jurídica gratuita, el Departamento de la Generalidad Valenciana que tenga atribuidas las competencias en materia de justicia podrá establecer requisitos complementarios de obligado cumplimiento para los colegios profesionales de la Comunidad Valenciana.

2.2.2. Análisis crítico

Tal y como se ha podido constatar por esta Institución en los informes enviados por los diferentes colegios de abogados españoles, la gran mayoría de

los colegios realizan cursos de formación sobre extranjería y buena parte de ellos también llevan a cabo sesiones, jornadas o reuniones informativas para que sus letrados estén al día de los cambios normativos que afectan a un porcentaje cada vez mayor de población. No todos los colegios tienen turno de oficio de extranjería ni todos realizan cursos de formación, dependiendo de la demanda de estos servicios. En la mayor parte de los casos, en materia de formación se cumplen los requisitos fijados por el Consejo General de la Abogacía.

La formación tiene que adaptarse a las necesidades reales de cada territorio. En todos los colegios de abogados debería haber turno de asistencia letrada en inmigración, otra cosa es que las exigencias para formar parte de ese turno, no pueden ni deben ser iguales en todos los colegios.

El curso de introducción a la práctica del Derecho de extranjería tiene que tener un número adecuado de horas, teniendo en cuenta que la formación no es equiparable a la simple información sobre una materia.

Tradicionalmente la extranjería era una parte del Derecho internacional privado, hoy en día la expansión del ámbito objetivo del Derecho de extranjería no tiene una adecuación en los planes de estudio. La licenciatura de Derecho actual no contiene una formación suficiente respecto del Derecho de extranjería. Para suplir esas carencias, están apareciendo en algunas universidades cursos post-licenciatura con un número considerable de horas. Hoy hay materia y necesidad social para introducir en la licenciatura de Derecho un mayor número de horas.

La situación es que hay que formar a profesionales que durante su carrera universitaria no recibieron una formación al nivel de las exigencias actuales. No se debe olvidar tampoco la práctica. La realización de casos prácticos durante el curso sirve para afianzar los conocimientos teóricos impartidos. Un curso demasiado teórico tiene una utilidad mucho más limitada.

El colegio de abogados tiene que centrarse en la evaluación de la suficiencia, la formación tiene que tenerla el letrado cuando llega al colegio. Lo que sí deberá el colegio será incentivar o facilitar la formación de sus colegiados. En algunos colegios ya hay una programación de formación continua y de reciclaje, algo muy necesario en una materia que está en cambio constante. Algunos colegios de abogados como los de Guipúzcoa, Madrid, Sevilla, Córdoba o Málaga, entre otros, se esfuerzan en dedicar espacios para la formación continuada.

El requisito previo de colegiación para entrar en el turno no es suficiente dadas las carencias existentes al salir de la Universidad.

La realización de cursos debería ir acompañada de una valoración de los conocimientos. La finalización del curso sin prueba de evaluación no garantiza el conocimiento de los temas. El Colegio de Abogados de Madrid lleva ya varios cursos de iniciación a la práctica forense en materia de extranjería realizando exámenes para comprobar los conocimientos adquiridos. En todo caso, ha de insistirse en la necesidad de que exista alguna modalidad de evaluación, en la cual sería deseable que tomen parte profesionales distintos de los letrados.

3. CUESTIONES ECONÓMICAS Y FINANCIERAS

3.1. Introducción

El Reglamento de asistencia jurídica gratuita se aprueba por el Real Decreto 996/2003, de 25 de julio. Su disposición adicional única establece que ese Real Decreto se aplica también a la asistencia jurídica gratuita en los procedimientos administrativos de extranjería y asilo sin perjuicio de lo que disponga la normativa específica. La subvención y supervisión de los servicios de asistencia jurídica gratuita se regula en el título III, artículos 36 a 44.

Hay que destacar la gran incidencia económica que la asistencia jurídica a los inmigrantes tiene para los presupuestos públicos.

Como ejemplo se pueden citar los aspectos económicos detectados en Algeciras. La Junta de Andalucía realiza un importante esfuerzo poniendo a disposición del Colegio de Abogados de Cádiz unos medios económicos obtenidos del presupuesto público. Las cuantías de retribución a los letrados del turno de oficio vienen establecidas en el Decreto 273/2001 de la Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía. Cada servicio de guardia es retribuido con 126,21 € cuando no se superen las seis asistencias, de superarse dicho número la retribución pasaría a ser 252,43 €. Además, cada actuación en vía administrativa, ya sea recurso de alzada o un escrito de alegaciones, tanto en extranjería como en asilo, se retribuye con 60,l0 €. Estas retribuciones económicas han dado lugar a que algunos letrados, en los tres primeros meses del año 2003, además de percibir los 126,21 € ó 252,43 € por cada ocasión que permanecieron de guardia, devengaran además 60,10 € por cada una de las actuaciones administrativas que realizaron.

Se pueden citar también algunos datos que respecto al coste económico han facilitado las comunidades autónomas.

La Comunidad de Madrid, la cual tiene competencias en esta materia desde el 1 de julio de 2002, aportó a esta Institución datos sobre el gasto entre julio de 2002 y julio de 2003, que ascendió a 4.027.493 €. La estimación para el año 2003 era de 4.824.052 €.

En Valencia se aplica un sistema que se denomina Talonet, que fue mejorado por Navarra gracias a su programa informático. En aquella Comunidad se retrasó el devengo; una vez prestado el servicio, el que firma el talón es el secretario judicial como órgano neutro, quien como fedatario público certifica que se ha llegado a un momento procesal en el que se devenga un pago.

Por otra parte, en materia de previsiones de gasto se percibe que no se han asumido las especiales necesidades que plantea la extranjería, especialmente las derivadas de la de interpretación que tiene que ir más allá de la presencia en los actos procedimentales, así como las consecuencias que se derivan del traslado de ciudadanos extranjeros a determinados centros, que exige en algunos casos desplazamientos de los letrados. Resulta necesario, en opinión de esta Institu-

ción, regular este tipo de cuestiones bajo la premisa de establecer una asistencia jurídica integral, y al tiempo una racionalización en los gastos.

3.2. Régimen normativo de esta materia en las comunidades autónomas

La Comunidad Autónoma andaluza regula las cuestiones económicas y financieras en el Decreto 216/1999, de 26 de octubre, de la Consejería de Gobernación y Justicia, por el que se aprobó el Reglamento de asistencia jurídica gratuita de Andalucía en desarrollo de la Ley 1/1996 de asistencia jurídica gratuita.

El Decreto 273/2001, de 18 de diciembre, modificó el anterior. Este Decreto nació ante la entrada en vigor de nuevas leyes procesales y la experiencia adquirida por las comisiones de asistencia jurídica gratuita de Andalucía, que tramitan y resuelven anualmente numerosas solicitudes sobre reconocimiento del derecho, haciendo necesaria la modificación de varios artículos del citado Reglamento y el anexo segundo en el que se determinan los módulos y las bases de compensación económica a abogados y procuradores y el anexo quinto que establece la organización del servicio de asistencia letrada al detenido y el turno de guardia permanente.

La Orden de 30 de septiembre de 2002 de la Consejería de Justicia y Administración Pública, determina la cuantía y la forma de pago de la retribución a técnicos privados por la realización de las pruebas periciales en procedimientos de justicia gratuita.

Finalmente, la Orden de 20 de noviembre de 2002, de la Consejería de Justicia y Administración Pública, modifica la organización del servicio de asistencia letrada al detenido o preso del Colegio de Abogados de Málaga con el fin de incrementar el número de letrados del turno de guardia permanente en dicho Colegio para los partidos judiciales de Vélez-Torrox y de Torremolinos, en los que durante los cuatro semestres anteriores a la propuesta, se había superado la media de tres asistencias letradas diarias por cada uno de los abogados adscritos a dicho servicio.

En Canarias el Real Decreto 2462/1996, de 2 de diciembre, efectuó el traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Canarias en materia de provisión de medios materiales y económicos para el funcionamiento de la Administración de justicia, determinándose dentro de las funciones y servicios de la Administración de justicia que asume la Comunidad Autónoma de Canarias, el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita, y la gestión de las indemnizaciones de las actuaciones correspondientes a la defensa por abogado y la representación por procurador en turno de oficio, ante los órganos judiciales con sede en la Comunidad Autónoma de Canarias, y a la asistencia letrada al detenido o preso, cuando el lugar de la custodia esté situado en el territorio de la Comunidad Autónoma de Canarias.

El Decreto 57/1998, de 28 de abril, de la Vicepresidenta del Gobierno canario, regula la composición y el funcionamiento de las comisiones de asistencia jurídica gratuita y el procedimiento para el reconocimiento de la misma. El Decreto 50/2000, de 10 de abril, de la Consejería de Presidencia, modifica el Decreto anteriormente citado.

El Decreto 74/2003, de 12 de mayo, de la Consejería de Presidencia e Innovación Tecnológica, modifica también el Decreto 57/1998, de 28 de abril, añadiendo un anexo en el que se establecen los módulos y las bases de compensación económica de los abogados y un turno especial de extranjería compuesto por 20 letrados para todo tipo de asistencias y recursos en materia de extranjería, para Fuerteventura.

El Decreto 44/2004, de 15 de abril, de la Consejería de Presidencia y Justicia, que modifica el Decreto 57/1998, de 28 de abril, regula el turno de extranjería en Fuerteventura del mismo modo que se hacía en el Decreto 74/2003, de 12 de mayo, pero suprimiendo el número predeterminado de letrados.

La Generalidad de Cataluña, a través del Decreto 252/1996, de 5 de julio, del Departamento de Justicia, crea las comisiones de asistencia jurídica gratuita de Barcelona, Tarragona, Lleida y Girona, de regulación del procedimiento para el reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita y de la subvención para las actuaciones profesionales de los abogados y procuradores.

Como nota a destacar de esta Comunidad Autónoma se puede citar la sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de abril de 2001, que declara que determinados incisos de los artículos 9 y 10.1 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, vulneran las competencias de la Generalidad, y por ello no son de aplicación.

También es interesante la aportación de Cataluña a través del Código de la Abogacía Catalana (Resolución JUS/2588/2002, de 10 de septiembre), donde se regulan entre otros: el acceso a la abogacía, la pasantía, las relaciones entre abogados y clientes, y las relaciones entre abogados y Administración de justicia. Especialmente interesante resulta el capítulo dedicado a la regulación de la pasantía, ya que la falta de regulación a nivel nacional y por parte de otras comunidades autónomas da lugar a graves abusos.

Según lo que se establece en el artículo 20.1 del Estatuto de Autonomía de Galicia aprobado por la Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril, le corresponde a la Comunidad Autónoma gallega ejercer todas las facultades que las Leyes Orgánicas del Poder Judicial y del Consejo General del Poder Judicial reconozcan o atribuyan al Gobierno del Estado en materia de Administración de justicia en Galicia.

El Real Decreto 2166/1994, de 4 de noviembre, transfirió a la Comunidad Autónoma de Galicia las funciones y los servicios en materia de provisión de medios materiales y económicos para el funcionamiento de la Administración de justicia. Por medio del Decreto de la Junta de Galicia 394/1994, de 29 de

diciembre, se asumen las referidas funciones y se le asignan a la Consejería de Justicia, Interior y Relaciones Laborales.

El Decreto 146/1997, de 22 de mayo, de la Consejería de Justicia, Interior y Relaciones Laborales regula la asistencia jurídica gratuita, y en concreto, el procedimiento relativo a la solicitud de reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita tanto para supuestos normales de solicitud a instancia del interesado como en aquellos otros de carácter excepcional en que éste no lo inicie por sí mismo. También regula la prestación del servicio por parte de los colegios de abogados y procuradores a los que se encarga la organización y la gestión colegial de los servicios de asistencia letrada y defensa y representación en juicio, y la financiación del servicio para garantizar la correcta aplicación de los fondos públicos que se destinan a éste.

La Orden de 18 de septiembre de 2001, de la Consejería de Justicia, Interior y Relaciones Laborales, desarrolla el Decreto 146/1997, de 22 de mayo, de Reglamento de asistencia jurídica gratuita.

La Orden de 28 de noviembre de 2003 de la Consejería de Justicia, Interior y Relaciones Laborales, establece el porcentaje que hay que transferir al Consejo de la Abogacía Gallega y a los colegios de procuradores de los tribunales de Galicia, para atender los gastos de funcionamiento e infraestructura de los servicios de asistencia letrada al detenido, defensa y representación gratuitas.

La Orden de 9 de diciembre de 2003 de la Consejería de Justicia, Interior y Relaciones Laborales, desarrolla el Decreto 146/1997, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de asistencia jurídica gratuita de la Comunidad Autónoma de Galicia, y actualiza los módulos y bases de la compensación económica.

La Comunidad de Madrid tiene transferidas las competencias desde el 1 de julio de 2002 por parte del Estado en materia de provisión de medios materiales y económicos a la Administración de justicia (Real Decreto 600/2002, de 1 de julio). El artículo 49.1 del Estatuto de Autonomía, atribuye al Gobierno de la Comunidad de Madrid todas las facultades que la Ley Orgánica del Poder Judicial reconoce o atribuye al Gobierno de la nación.

El Decreto 86/2003, de 19 de junio, de la Consejería de Justicia y Administraciones Públicas, regula la asistencia jurídica gratuita en el ámbito de la Comunidad de Madrid.

Entre las funciones transferidas se incluye el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita y la gestión de las subvenciones correspondientes a las actuaciones profesionales en el ámbito de la justicia gratuita, estableciéndose incluso que hasta la creación de la Comisión Central de Asistencia Jurídica Gratuita, sería la homóloga de la Comunidad de Madrid el órgano encargado del reconocimiento del derecho en los procedimientos que afecten a los órganos judiciales con competencias en todo el territorio nacional.

El capítulo segundo regula la Comisión de Asistencia Jurídica de la Comunidad de Madrid, que es el órgano administrativo encargado del reconocimiento del derecho en el ámbito territorial al que alcanza el Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

El Decreto foral 80/2001, de 9 de abril, del Gobierno de Navarra, aprueba el Reglamento aplicable en Navarra en materia de asistencia jurídica gratuita. Este Reglamento contiene el desarrollo normativo de la regulación contenido en la Ley de asistencia jurídica gratuita, y en el Reglamento de desarrollo de la misma, adaptándolo a la realidad de las instituciones que intervienen en Navarra en el funcionamiento de los servicios de asistencia jurídica gratuita. Este Reglamento fue modificado por el Decreto foral 707/2003, de 22 de diciembre, del Gobierno de Navarra.

A partir de la Orden foral 406/2001, de 26 de diciembre, del Departamento de Justicia e Interior, se crea un fichero informatizado bajo la denominación de Asistencia Jurídica Gratuita, donde se piden datos personales y financieros de los interesados.

La Comunidad Valenciana se atribuye a través del artículo 39.1 de su Estatuto de Autonomía, la competencia para ejercer todas las facultades que la Ley Orgánica del Poder Judicial y el Consejo General del Poder Judicial reconocen o atribuyen al Gobierno del Estado, y la de indemnizar las actuaciones correspondientes a la defensa del abogado y la representación del procurador en Turno de oficio ante los órganos judiciales.

Por el Decreto 29/2001, de 30 de enero, de la Consejería de Justicia y Administraciones Públicas, se aprueba el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita cuando se diseña el servicio mediante la prestación de asistencias individualizadas cuando la media de asistencias supere las tres.

3.3. Modalidades

Los colegios de Ceuta, Madrid y Melilla prestan con carácter general el servicio mediante la modalidad de guardia. El Colegio de Algeciras sigue el sistema de guardias. En los colegios canarios, se presta con carácter general por la modalidad de guardias, excepto en algún partido judicial que se emplea la modalidad de asistencias individualizadas.

En Fuerteventura, durante el año 2002, la Administración autonómica remuneró el servicio según el sistema de asistencias, produciéndose una elevación considerable del coste debido al fuerte incremento de las intervenciones.

La Comisión de Justicia Gratuita del Consejo General de la Abogacía Española considera que el diseño de la prestación del servicio debe ser dinámico y flexible. Debería ajustarse teniendo en cuenta la media de asistencias existentes. En todo ello tienen que implicarse los colegios, el Consejo General de la Abogacía Española y el Ministerio de Justicia.

El Pleno del Consejo General de la Abogacía de 30 de junio de 1995 estableció, de conformidad con la media de asistencias que se prestaban en cada Colegio, el sistema de prestación del servicio mediante guardias, si tenían una media de tres asistencias diarias, asignando un letrado por cada tres asistencias o por asistencias individualizadas, si no alcanzaban la cifra indicada.

Este fue el criterio que la Subcomisión correspondiente recomendó a los colegios en la puesta en marcha de los servicios de extranjería, aunque era consciente de que era la Administración central o periférica la que debía decidir sobre el sistema a implementar.

CUADRO SOBRE LA RETRIBUCIÓN DEL TURNO DE OFICIO
EN ALGUNOS COLEGIOS DE ABOGADOS

	GUARDIAS	VÍA ADVA. PREVIA	RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO	EXPULSIÓN	ASILO
Baleares	114,19 €	50,48 €	198,33€	– – – –	– – – –
La Rioja	– – – –	72,12€	198,35 €	– – – –	– – – –
Madrid [375]	114,19 €	72,12 €	198,33 €		
Ceuta	150,00 €	– – – –	– – – –	72,12, €	72,12 €
Vigo	7.212,00 €	– – – –	180,30 €	– – – –	– – – –
Navarra	150,25 € [376]	– – – –	– – – –	– – – –	– – – –
Sevilla	126,21€ (hasta 6 asistencias) 252,43 € (más de 6 asistencias)	60,10 €	180,30 €	– – – –	60,10 €
Cádiz	114,19 € [377]	– – – –	– – – –	– – – –	– – – –
Granada	– – – –	62,50 €	187,51 €	– – – –	62,50 €
Málaga	126,21 €	– – – –	– – – –	– – – –	– – – –
Guipúzcoa	100,00 € [378]	200,00 €	245,00 €	– – – –	– – – –
Vizcaya [379]	100,00 € / asistencia	200,00€	– – – –	– – – –	– – – –

Fuente: Elaboración propia con la información recibida.

[375] Años 2001 y 2002.
[376] Retribución del procedimiento de extranjería.
[377] Esa es la cantidad si en el partido en que se presta se hace mediante el sistema de guardia de asistencia, en caso de asistencias ordinarias la cantidad es 54,09 €.
[378] Asistencia ordinaria.
[379] Datos correspondientes al 1.er semestre de 2003.

La Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita de Madrid de 10 de octubre de 2003 adoptó el acuerdo siguiente:

«Primero, reconocer con carácter general el derecho de asistencia jurídica gratuita a todos los extranjeros que formulen su solicitud en cualquiera de los procedimientos administrativos o judiciales a los que se refiere el artículo 22.1 de la vigente Ley de extranjería. Dicho reconocimiento tiene el alcance establecido en el artículo 6 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, incluida la exención total de los derechos arancelarios a los que se refieren los números 8 y 9 del concepto letrado».

La excepción la pone el número segundo de dicho acuerdo cuando dice que se exceptúa del reconocimiento general acordado en el apartado primero y serán analizados y resueltos por la Comisión de modo individual los expedientes en los que conste de modo inequívoco la existencia de signos externos reveladores de la capacidad económica del solicitante, así como en los que éste haya manifestado disponer de ingresos suficientes para ejercer su pretensión.

El fin primordial es que se cumpla lo establecido en la Ley de extranjería y hacer extensiva la asistencia jurídica gratuita en todos los supuestos que dice la Ley, de forma que esto se haga de manera automática. El objetivo es facilitar el trabajo de los letrados porque estos expedientes no pasan por la Comisión, sino que se les concede directamente la asistencia jurídica gratuita sin que sea necesario un examen posterior de la Comisión. En estos supuestos la Comisión se hace cargo de los honorarios del abogado sin necesidad de que se tenga que iniciar el expediente y que tenga que ser examinado por la Comisión. Esto da al letrado más libertad porque se ahorra el trámite que puede durar hasta cinco o seis meses.

La excepción la pueden establecer los signos externos: cuando se vea que la persona tiene recursos económicos suficientes para hacerse cargo de los honorarios de su letrado. La Comisión entraría a valorar sólo en estos casos. En todos los demás supuestos y siempre que se trate de casos de denegación de entrada, de expulsiones y en supuestos de asilo, se produce automáticamente la concesión. Podemos considerar que estamos ante un importante avance que garantiza la asistencia jurídica gratuita.

Debe igualmente señalarse que la Institución ha observado con ocasión de la elaboración del presente informe un régimen retributivo a los letrados heterogéneo, que da lugar a agravios comparativos y en algunos casos a abusos. Por todo ello debe abogarse por un régimen retributivo que respete el principio de adecuada y digna remuneración del trabajo realizado.

3.4. Políticas del IMSERSO en este ámbito

Uno de los organismos más implicados en el gasto debido a las particularidades de la extranjería es el IMSERSO (Instituto de Migraciones y Servicios

Sociales). Este organismo, en principio, es ajeno al funcionamiento cotidiano de la asistencia letrada a extranjeros en el marco de los procedimientos de rechazo en frontera, retorno, devolución, expulsión, internamiento, asilo, procedimientos judiciales y asistencia letrada a menores extranjeros. Su importancia en este ámbito radica en las subvenciones que realiza a través de diferentes instrumentos para las siguientes actividades:

— Asesoramiento legal genérico sobre el régimen de extranjería y asilo en España dentro del marco de programas de información y orientación desarrollados por organizaciones no gubernamentales (subvenciones con cargo al 0,52 por 100 del IRPF). La cantidad presupuestada fue de 2.118.830 € (convocatoria 2002 con cargo al 0,52 por 100 del IRPF).
— Asistencia letrada a solicitantes de asilo (órdenes comunicadas a dos organizaciones no gubernamentales: la Comisión Española de Ayuda al Refugiado y la Asociación Comisión Católica Española de Migración). La cantidad total presupuestada por este concepto para el ejercicio 2003 fue de 177.095 €.
— El Servicio de Orientación Jurídica del Colegio de Abogados de Madrid.
— La formación especializada de abogados en materia de asilo y extranjería a través del Aula de Migración del Colegio de Abogados de Madrid, además de un curso de formación de 300 horas en materia de inmigración, extranjería y asilo concertado también con el Colegio. Por lo que se refiere al Aula de Migración del Colegio de Abogados de Madrid, la aportación del Instituto para las Migraciones y los Servicios Sociales para el ejercicio 2003 ascendió a 66.111 €, lo que representó el 50 por 100 del presupuesto del Convenio para el año 2003 (132.222 €). En cuanto al curso de postgrado de Especialista en Migración, Extranjería y Asilo, el coste del curso se valoró en 97.325 €, siendo la aportación del Instituto para las Migraciones y los Servicios Sociales un total de 57.425 €.

IV. CONCLUSIONES

1. CONCLUSIONES REFERENTES A CUESTIONES GENERALES

1.1. Aspectos normativos

1.1.1. La base constitucional de la extensión de la asistencia jurídica gratuita a los ciudadanos extranjeros no se encuentra únicamente en los artículos 24 y 119 de la Constitución, cuyo ámbito de proyección es el proceso judicial. Junto a estos preceptos debe señalarse el artículo 9.2 de la Constitución, que permite configurar una acción protectora del Estado encaminada a asegurar la efectividad de la igualdad material de los individuos y de los grupos en los que éstos se integran.

1.1.2. El legislador ha asumido el mandato del artículo 9.2 de la Constitución a través del establecimiento progresivo de previsiones que permiten dispensar asistencia jurídica a los extranjeros de manera gratuita. La extensión de esa asistencia a la vía administrativa en determinados procedimientos de extranjería y en todas las actuaciones de asilo obedece a la necesidad de promover medios eficientes para asegurar un adecuado respeto al ordenamiento jurídico. También se ha tomado en consideración que para muchas fases del procedimiento se han establecido plazos perentorios, así como que los propios procedimientos se llevan en situaciones en las que existe un riesgo cierto de que los interesados queden en una situación de vulnerabilidad jurídica, entendiendo por tal término la circunstancia en que una persona no pueda hacer un uso efectivo de los derechos que les reconoce el ordenamiento jurídico para la defensa de sus intereses.

1.1.3. La Ley de asistencia jurídica gratuita está falta de una regulación específica respecto de la vía administrativa, que resulta poco acorde con el desarrollo que la misma ha tenido de un tiempo a esta parte. De hecho sus preceptos y disposiciones están orientados a los diferentes procesos judiciales y la actuación en la vía administrativa se alude en términos poco menos que referenciales. La normativa de desarrollo de carácter general y autonómico no ha colmado esa laguna, en buena medida por la ausencia de previsiones legales

que ofrecieran un suficiente fundamento para cualquier intento de regulación reglamentaria.

1.1.4. La Ley de asistencia jurídica gratuita y toda su reglamentación de desarrollo está basada en un modelo unívoco de prestación del servicio, a través de los colegios de abogados, y no contempla la coexistencia de entidades no gubernamentales que pueden ofrecer un nivel de atención especializada muy apreciable. Esta situación debería reconsiderarse en la normativa ya que las entidades sociales podrían ofrecer servicios especializados y coordinarse con los colegios para conseguir una mejora sustancial de la calidad global del sistema de asistencia letrada.

1.1.5. No existe en nuestro ordenamiento la previsión de libre elección de letrado para la asistencia jurídica gratuita. Se estima que la introducción de la misma podría contribuir al incremento de la calidad del servicio.

1.1.6. La exigencia en materia de extranjería y asilo de un poder que faculte al letrado y al procurador, en aquellos casos en los que sea preceptiva la intervención de este último profesional, para actuar ante la jurisdicción contencioso-administrativa tiene un carácter disfuncional, llegando en muchos casos a suponer un obstáculo para el acceso a la tutela judicial efectiva.

1.2. Aspectos estructurales

1.2.1. Aunque su existencia va siendo cada vez más frecuente, debe reclamarse la generalización en todas las demarcaciones colegiales de turnos especializados en materia de extranjería, ya que de otro modo es inviable la prestación de un servicio en condiciones aceptables.

1.2.2. En materia de extranjería y asilo se ha constatado que no existe un grado suficiente de consenso sobre el alcance de las posibilidades de actuación de los letrados en los diferentes procedimientos. En ausencia de ese consenso se ha impuesto en la práctica, la mayor parte de las veces por la propia Administración, un modelo de actuación inspirado en la asistencia jurídica en el orden penal. Este modelo no es satisfactorio, ya que restringe la libertad de acción de los letrados y el libre acceso a sus defendidos.

1.2.3. La regulación de la asistencia jurídica no tiene previsto la necesidad de contar en este campo con medios suplementarios para asegurar la adecuada interlocución entre los letrados y sus asistidos. Si bien la legislación establece esa asistencia de intérprete para los procedimientos administrativo y judicial, es obvio que la adecuada prestación de la asistencia jurídica reclama un sistema de interpretación de más amplio alcance que cubra los contactos directos entre el letrado y su asistido, tanto en dependencias administrativas como fuera de ellas. Como principio general esta Institución entiende que cuando la asistencia se preste en una situación de privación de libertad corresponde a la Administra-

ción en último término la responsabilidad de garantizar la cobertura de servicios de interpretación. Con carácter general, y en congruencia con el principio de confidencialidad de las relaciones abogado-cliente, además de por la escasa seguridad jurídica, debe rechazarse que en situaciones de privación de libertad de los extranjeros y ante la falta de cobertura de los puestos oportunos, se utilice como intérprete a una persona en idéntica situación jurídica a la del interesado. En los casos en que el contacto letrado-cliente se produzca con el interesado en libertad, la interpretación ha de contemplarse como uno de los servicios auxiliares necesarios para la prestación de la asistencia jurídica.

1.2.4. La práctica revela que en ocasiones un ciudadano extranjero recibe para un mismo asunto la asistencia de diferentes letrados en las distintas fases por las que atraviesa un procedimiento. En algunas ocasiones esta situación está provocada por la propia organización de los servicios y, lejos de mejorar la calidad de la prestación, resulta habitualmente disfuncional. Como parámetro general, se considera razonable establecer, dentro de lo posible, el principio de unidad de la actuación letrada. Para aquellos casos en los que no resulte posible serían deseables sistemas de coordinación adecuadamente estructurados.

1.2.5. Resulta imprescindible que aquellas dependencias administrativas en donde los ciudadanos extranjeros pueden permanecer en situación de privación de libertad (comisarías, puestos fronterizos, centros de internamiento, etc.), estén dotadas de espacios que permitan el desarrollo de entrevistas entre abogados y clientes en condiciones reservadas. A estos efectos, la reserva implica la imposibilidad de seguimiento de la comunicación por cualquier medio, sea por funcionarios o por terceras personas.

1.2.6. La incorporación y generalización de las nuevas tecnologías de la comunicación e información aplicadas a la gestión de la extranjería y el asilo, debieran servir para superar las dificultades que se han constatado por parte de los letrados y de los ciudadanos para el acceso a los expedientes administrativos, facilitando la transparencia del procedimiento, la seguridad de los accesos e, incluso, la remisión de comunicaciones y notificaciones por canales seguros.

1.2.7. El acceso de los letrados a la asistencia jurídica de extranjería se produce de tres formas disímiles en función del colegio y del territorio del que se trate, con diversos grados de exigencia. En unos casos basta la mera colegiación en la corporación correspondiente, en otros se exige unos requisitos comunes para la adscripción a un «turno general» y, finalmente, existen también casos de exigencia reforzada en los que debe acreditarse una determinada antigüedad en la colegiación además de la superación de cursos específicos. En unas materias con el grado de complejidad que tienen la extranjería y el asilo, no parece razonable que la asistencia se preste sin una formación adecuada en estos ámbitos.

1.2.8. Se constata, en general, la inexistencia de la supervisión de los servicios de asistencia jurídica por parte de cada colegio. Sin embargo, los cole-

gios deben supervisar la calidad de los servicios, con fundamento en los artículos 4.1 *h)*, 46.2 y 81 del Estatuto General de la Abogacía.

1.2.9. Las administraciones con competencia para el pago de los servicios de asistencia jurídica gratuita deben supervisar:

— Que el servicio se ha prestado. Ello incluye la presencia del letrado, la práctica efectiva de actuaciones o la presentación de documentos en plazo y el empleo de normas vigentes y adecuadas a cada caso. Esta supervisión ha de hacerse de manera directa sobre el colegio y será éste quien supervise la concreta actuación de cada letrado.
— La calidad del servicio, entendida en sus parámetros generales, pasa por monitorizar o someter a evaluación periódica el sistema a través de una serie de indicadores. Sería deseable que esa evaluación permitiera una actuación proactiva que detecte los fallos tempranamente y estimule su mejora evitando que se consoliden prácticas inadecuadas.

1.2.10. Los protocolos pueden ser instrumentos eficaces para la mejora y objetivación de la buena práctica profesional en la asistencia letrada en extranjería y asilo. Con ellos el letrado tiene un documento que le sirve de base para dirigir su actuación, el colegio de abogados tiene una referencia para fiscalizar y para organizar el servicio, el ciudadano conoce en qué circunstancias puede ejercitar sus derechos, y, por último la Administración puede evaluar en qué condiciones se presta el servicio y cómo debe supervisarlo.

1.2.11. La financiación de la formación de los letrados en tanto que profesionales liberales, debe correr a su cargo sin que se excluyan políticas públicas que incentiven tal formación. Los colegios de abogados deben evaluar la suficiencia de la formación que reciban los colegiados. Es recomendable que en esa evaluación tomen parte profesionales distintos de los letrados.

1.2.12. La retribución de la asistencia jurídica puede producirse mediante el sistema de guardias o el de asistencia. En el primero se retribuye globalmente el tiempo de prestación, en el segundo cada actuación jurídica. Sin que quepa establecer preferencia a priori, el régimen retributivo debe respetar los principios de adecuada y digna retribución del trabajo realizado, así como rigor en el gasto público. Al propio tiempo debe también presupuestarse y racionalizarse la existencia de gastos que ahora no están contemplados, como sería el caso de algunos desplazamientos.

1.2.13. La complejidad creciente de la legislación de extranjería y asilo y la multiplicidad de problemas que aparecen entrelazados hace aconsejable que se fomenten servicios de apoyo técnico a la función que desarrollen los letrados, similares a los ya establecidos por algún colegio de abogados con ocasión del llamado proceso de normalización.

2. CONCLUSIONES RELATIVAS A LA DENEGACIÓN DE ENTRADA

2.1. El procedimiento de denegación de entrada debe entenderse que se inicia en el momento en el que el funcionario policial del puesto fronterizo impide el acceso a territorio nacional de un ciudadano extranjero.

2.2. La asistencia jurídica en la denegación de entrada se ofrece habitualmente con carácter gratuito sin atender a la capacidad económica del extranjero. Tal práctica resulta adecuada, habida cuenta de la celeridad del procedimiento, de la dificultad que pueden tener los interesados para localizar a un abogado de su propia elección y para disponer de medios de pago con los que hacer frente, llegado el caso, a sus honorarios.

2.3. En la práctica, se ha constatado que no se facilitan a los letrados los antecedentes documentales de todo lo actuado por los servicios policiales. Una interpretación correcta del artículo 35 *a)* de la Ley 30/1992 lleva a considerar que, a solicitud del letrado, deben ponerse en su conocimiento todos los antecedentes del expediente.

2.4. Se han detectado dificultades para la realización de una entrevista preparatoria entre el letrado y su asistido, que pueda llevarse a cabo con carácter previo a la comparecencia ante el instructor. Sin embargo tal posibilidad constituye un derecho que no está impedido en norma alguna.

2.5. En el procedimiento de denegación de entrada se viene realizando, en la mayoría de los casos, una entrevista del interesado debidamente asistido de letrado, si lo solicita, con el instructor. Tal práctica debe calificarse como idónea dada la celeridad del procedimiento y el carácter indagatorio que debe tener esta entrevista.

2.6. Se ha constatado que en estas entrevistas los letrados mantienen una actitud pasiva, limitándose en muchos casos a una mera presencia letrada. A ello debe unirse que también se han registrado situaciones en las que letrados que han pretendido llevar adelante una actitud más activa han visto coartada esa posibilidad, al no permitírseles formular preguntas que aclaren lo alegado por su asistido. No existe norma alguna que pueda impedir a los letrados el desarrollo de estas actuaciones.

2.7. Las resoluciones que acuerdan la denegación de entrada de un ciudadano extranjero, no ponen fin a la vía administrativa, por lo que deben ser recurridas en alzada ante la Dirección General de la Policía. Atendida la brevedad del procedimiento y la urgencia con la que debe procederse al retorno, este recurso no supone una garantía material, debido al tiempo que dura su tramitación y las dificultades para que una eventual resolución estimatoria desplegara eficacia. Al propio tiempo, se constata que, al menos en los dos últimos años, ningún recurso de alzada ha sido estimado.

3. CONCLUSIONES RELATIVAS A LA DEVOLUCIÓN

3.1. La asistencia jurídica en la devolución es un derecho del interesado que debe recibir sin limitación alguna. A estos efectos el lugar de aprehensión de la persona afectada (por ejemplo, alta mar), no impide ni condiciona el derecho a recibir dicha asistencia.

3.2. La devolución tiene unas características y unos perfiles propios distintos de los de la expulsión, sin que quepa, en consecuencia, la utilización de uno u otro procedimiento según el libre arbitrio de la Administración.

3.3. La normativa de extranjería no ha previsto un procedimiento específico de devolución que salvaguarde adecuadamente la atención al principio de contradicción.

3.4. En el procedimiento administrativo de devolución resulta esencial la celebración de un trámite de audiencia, que debería concretarse en una comparecencia en la que el interesado ha de estar asistido de letrado.

4. CONCLUSIONES RELATIVAS A LA EXPULSIÓN

4.1. La capacidad de la Administración para llevar a cabo actuaciones previas a fin de determinar si procede la iniciación de un procedimiento sancionatorio, no puede interpretarse como una habilitación ilimitada. Para no desvirtuar la naturaleza del procedimiento y permitir el ejercicio efectivo de los derechos de defensa y contradicción, deberá procederse a formalizar la incoación del mismo, en cualquiera de sus modalidades, desde el momento en que sea posible individualizar una presunta responsabilidad en un ciudadano extranjero.

4.2. Habida cuenta de que la competencia en materia de control de extranjería está atribuida al Cuerpo Nacional de Policía, con carácter general sólo resultará admisible la detención de ciudadanos extranjeros por parte de funcionarios de otros cuerpos, cuando la misma sea consecuencia de una actuación para la que sí tenga competencia el cuerpo en cuestión.

4.3. En materia de extranjería la detención se concibe legalmente como una medida cautelar, que puede acordarse una vez incoado un procedimiento de expulsión. Sin embargo la práctica muestra que en la operativa policial se producen actuaciones que implican una privación temporal de libertad y que desembocan finalmente en el inicio de un expediente por infracción de la legislación de extranjería. A fin de asegurar la efectividad del límite temporal de la detención debe reclamarse que el cómputo de la misma comience en el momento en que se inició la privación de libertad y no en el que se procede a la incoación formal del expediente.

4.4. La ponderación de los intereses generales y el principio de protección a las víctimas, aconseja no proceder a la incoación de expedientes de expulsión a los ciudadanos extranjeros en situación irregular que se personan en dependencias policiales para presentar denuncias como víctimas o perjudicados por delitos.

4.5. En los procedimientos sancionatorios que pueden llevar aparejada la expulsión y que se tramitan por vía preferente, la notificación postal de la incoación —aunque no esté expresamente excluida por la normativa— se compadece mal con la propia naturaleza del procedimiento, compromete las posibilidades de defensa de los interesados y resta efectividad a la asistencia jurídica. Por las razones expuestas su empleo debe ser evitado por parte de la Administración.

4.6. En aquellos casos en que la incoación del procedimiento se notifica sin presencia letrada, cobra especial importancia la articulación de un sistema que permita la suspensión efectiva del procedimiento, y especialmente del plazo para formular alegaciones, si se solicita asistencia jurídica gratuita. La normativa no contempla esta circunstancia de manera adecuada.

4.7. La notificación de la incoación de expedientes de expulsión a ciudadanos extranjeros que se encuentran privados de libertad en establecimientos penitenciarios suele hacerse sin presencia letrada, al seguirse habitualmente los trámites del procedimiento ordinario y no apreciarse la existencia de una detención en sentido técnico. Esta situación plantea problemas prácticos para el acceso a la asistencia jurídica que no han sido objeto de una atención específica.

4.8. La presentación de alegaciones o la proposición de prueba puede presentarse por cualquiera de los medios previstos en el procedimiento administrativo, sin que la autoridad gubernativa o los servicios policiales estén habilitados para restringir estas vías o señalar alguna con carácter obligatorio.

4.9. Los letrados han hecho llegar a esta Institución, de manera altamente coincidente, su impresión de que las alegaciones que formulan no son objeto de un análisis riguroso e individualizado por parte de los órganos instructores y se desestiman habitualmente con meras fórmulas de estilo.

4.10. En materia de notificaciones se aprecia la falta de un criterio único entre las distintas plantillas policiales del territorio nacional. Con frecuencia se producen casos en los que no se respeta la condición de representante en el procedimiento que le ha sido conferida al letrado por su asistido. En otros casos se ha acreditado la existencia de notificaciones alternativas en un mismo procedimiento a un ciudadano extranjero o a su letrado sin que se haya acreditado un cambio de las circunstancias. Estos usos parecen motivados por el principio de conseguir dar por cumplido el trámite de notificación a toda costa.

4.11. Cuando la Administración tiene pleno conocimiento de dónde se encuentra el interesado en un procedimiento de expulsión (por ejemplo, en un CIE) no puede demorar la práctica de las notificaciones. Los derechos e intere-

ses afectados por esa resolución obligan a exigir una especial diligencia que permita a los interesados y a sus letrados estar en condiciones de oponerse a la decisión por las vías jurisdiccionales oportunas.

4.12. Entre la tramitación y resolución de un expediente de expulsión y el desarrollo de las actuaciones para ejecución forzosa del mismo pueden transcurrir lapsos de tiempo más o menos amplios, siendo también frecuente que se desarrollen en puntos geográficos distantes. Esta situación provoca la mayoría de las veces la actuación de un letrado distinto del que asumió la asistencia jurídica en el procedimiento correspondiente. Con carácter general faltan sistemas para facilitar en lo posible la atención por el letrado que llevó el asunto originalmente y para establecer una correcta coordinación entre los dos letrados cuando no exista otra posibilidad de actuación.

4.13. Cuando para la ejecución forzosa de la expulsión sea precisa la detención de un ciudadano extranjero será inexcusable que éste cuente con asistencia jurídica. Carece de fundamento legal alguno cualquier limitación de la asistencia jurídica en estas circunstancias y no resulta procedente coartar de ningún modo los contactos entre el letrado y su asistido.

4.14. La posibilidad prevista en el artículo 63.4 de la Ley de extranjería, que permite la ejecución en España de las resoluciones de expulsión dictadas por otros Estados miembros de la Unión Europea, requiere el desarrollo de un procedimiento específico que asegure la audiencia del interesado y permita una valoración de sus alegaciones. Se considera que también esta modalidad de ejecución está amparada por la previsión del artículo 22 de la Ley de extranjería sobre asistencia jurídica gratuita.

5. CONCLUSIONES RELATIVAS AL INTERNAMIENTO Y A LA ASISTENCIA EN LOS CENTROS DE INTERNAMIENTO

5.1. Fase de autorización judicial

5.1.1. La competencia para autorizar los internamientos corresponde a los juzgados del orden penal. Se estima que esta situación es fruto de una concepción superada del reparto de competencias entre los órdenes jurisdiccionales y no se considera acorde con la naturaleza de la medida a adoptar. Parece necesario que esta atribución se residencie en los juzgados de lo contencioso-administrativo.

5.1.2. Aunque a veces se produce, no está establecida con carácter general la práctica de que el mismo letrado que asista al extranjero en el procedimiento de devolución o expulsión sea también el responsable de asistirlo en el trámite de autorización judicial del internamiento. La organización de los turnos y guardias debería adaptarse para favorecer esta continuidad de la actuación letrada.

5.1.3. La audiencia al extranjero para el que se solicita una medida de internamiento, que debe realizar el juez de instrucción competente, carece de una regulación procesal que salvaguarde las posibilidades de contradicción y defensa, asegurando la adecuada valoración por parte de la autoridad judicial de todas las circunstancias concurrentes. En ocasiones la audiencia se reduce a un acto en el que el letrado no puede desarrollar actividad alguna, ni proponer o aportar prueba, convirtiéndose así la asistencia en una formularia presencia letrada. Deberían adoptarse medidas para favorecer las posibilidades de participación letrada en este acto, así como —en atención a la premura de tiempo con la que suelen plantearse las actuaciones en estos casos— establecer criterios favorables para la aportación de pruebas y documentos al juzgado antes de que éste emita el correspondiente auto.

5.1.4. Los juzgados han de estar atentos a verificar su propia competencia territorial, así como los criterios seguidos por la Administración para solicitar el internamiento, particularmente cuando se presenten a un tiempo un número importante de solicitudes.

5.1.5. A pesar de las disposiciones del artículo 62.2 de la Ley de extranjería no existen, por lo general, fórmulas prácticas para verificar que no se produce duplicidad de internamientos en un mismo expediente. Han de adoptarse medidas por parte de los diversos actores implicados en el procedimiento para proceder a una verificación más rigurosa de la identidad de los interesados, recabando un conocimiento completo de las anotaciones que puedan existir sobre ellos en las aplicaciones informáticas de gestión de extranjería.

5.1.6. Las solicitudes de internamiento para asegurar la materialización de una expulsión dictada por otro Estado miembro de la Unión Europea no deberían autorizarse si el interesado manifiesta haber sufrido una medida privativa de libertad de similar naturaleza en el país que dictó la resolución con ocasión de la tramitación del correspondiente expediente y esa manifestación no pueda ser desvirtuada por la Administración.

5.2. Actuaciones en los centros

5.2.1. El control judicial del internamiento está formalmente otorgado al juez que lo autoriza. Sin embargo la existencia de un número limitado de centros, al que se envían ciudadanos extranjeros de todas las zonas del territorio nacional, condiciona la efectividad real de ese control. Han de establecerse fórmulas que permitan superar esta limitación impuesta por la realidad práctica.

5.2.2. Un problema similar se plantea también para los letrados. La desvinculación entre el letrado que está llevando o ha llevado la asistencia en el correspondiente procedimiento y el extranjero que pasa a estar internado es una de las pruebas más críticas a las que debe enfrentarse todo el sistema de asistencia jurídica en materia de extranjería. Es necesario adoptar medidas estructura-

les y otras de carácter específico para paliar el problema y asegurar que la asistencia jurídica no pasa a ser una garantía nominal.

5.2.3. En el curso de las visitas que esta Institución suele realizar a los centros de internamiento de extranjeros, como parte de sus labores habituales de supervisión, se ha podido verificar que, en general, las visitas a los internos por parte de sus letrados resultan escasas.

5.2.4. La identidad del letrado que asiste a cada uno de los extranjeros internados en un centro debe ser conocida por la dirección del mismo a fin de facilitar las comunicaciones de cualquier índole. Sin perjuicio del cuidado que la propia Administración debe poner a este respecto, los letrados han de adoptar medidas para remitir sus datos de contacto.

5.2.5. La relación entre los centros y los letrados de los internos ha de estar presidida por el principio de transparencia. Los centros de internamiento deberían comunicar a los letrados, y no sólo a los juzgados que autorizaron el internamiento, todas las circunstancias relevantes que se produzcan en el curso de la ejecución de esta medida cautelar y, muy particularmente, la finalización de la misma. Esta relación debería ser especialmente ágil, incluyendo la interlocución por vía telefónica o telemática.

5.2.6. La posibilidad de que los internos deban comunicarse reservadamente con sus letrados, incluso en situaciones de urgencia, ha quedado adecuadamente regulada en el artículo 62 bis *f)* de la Ley de extranjería. En todo caso, habida cuenta de la confidencialidad de las relaciones letrado-asistido, la apreciación de la urgencia sólo puede corresponder al letrado, por lo que los centros vienen obligados a permitir el acceso y la comunicación que se les solicite. Si consideran que han existido abusos deberán ponerlo en conocimiento de los órganos colegiales correspondientes a fin de que se depuren las eventuales responsabilidades.

5.2.7. Preocupa a esta Institución que la finalización anticipada del internamiento quede demorada en ocasiones, por cuestiones burocráticas que no suponen una garantía real (por ejemplo, la necesidad de solicitar a la autoridad judicial que levante la medida) o por disfunciones en el canal de comunicación administrativo. Ha de advertirse que el internamiento no puede tener más finalidad que la de asegurar la ejecución de una resolución de expulsión que se haya dictado o pueda dictarse, por lo que si esa premisa falla el mantenimiento de tal medida cautelar no tiene ningún sentido. A este respecto el acceso de los letrados a la información de forma ágil supone una garantía más de la buena prestación del servicio y ha de quedar convenientemente asegurado.

6. CONCLUSIONES RELATIVAS AL ASILO

6.1. La obligación de no devolución constituye un deber internacional, una de cuyas consecuencias obliga a todo funcionario o autoridad española que

tenga conocimiento de que una persona tiene la voluntad de solicitar asilo en España a suspender cualquier actuación tendente a su expulsión o repatriación y poner ese hecho en conocimiento de las instancias habilitadas para recibir la solicitud.

6.2. En los supuestos en que se produzcan demoras entre el momento de la manifestación de voluntad realizada personalmente por el solicitante de asilo ante una dependencia habilitada y el de la cumplimentación y firma del correspondiente formulario y éstas sean imputables a la Administración, se debe tomar en consideración la fecha de la primera comparecencia a los efectos del cómputo de los plazos previstos en la legislación de asilo.

6.3. La complejidad normativa del asilo y las circunstancias que concurren en los eventuales peticionarios exigen por parte de la Administración una información completa, clara, exhaustiva y elaborada con un lenguaje y metodología que faciliten la comprensión por parte de los interesados. Tal información debe facilitarse desde el primer momento en que una persona comparezca ante la dependencia administrativa oportuna solicitando asilo y, en todos los casos, antes de que cumplimente el formulario solicitando asilo. Ese déficit de información es un importante problema a lo largo de todo el procedimiento, que se acrecienta por la propia estructura del mismo.

6.4. Los extranjeros peticionarios de asilo en frontera, dada la redacción del artículo 57 de la Ley de asilo, cuentan con un régimen de permanencia en el puesto fronterizo agravado sobre el previsto para ciudadanos extranjeros sometidos a un procedimiento de denegación de entrada, regulado en el artículo 60 de la Ley de extranjería.

6.5. En materia de polizones, se observa un déficit de rango jurídico en la normativa aplicable. En consecuencia, es necesario su regulación mediante una norma. Esa futura regulación debería contemplar aspectos tales como: la obligación de intervención por parte de las autoridades españolas en todos los barcos que se encuentren en aguas jurisdiccionales españolas, la obligación de preguntar de manera expresa al polizón si desea solicitar asilo y la garantía de acceso de los letrados a los buques, así como la de prestar su asistencia jurídica desde el inicio de la primera entrevista. Sin perjuicio de lo anterior es imprescindible que las instrucciones que puedan dictarse sean publicadas en el *Boletín Oficial del Estado*.

6.6. Dados los déficit de información en relación con el asilo, que se han detectado en los centros de internamiento o de detención de extranjeros, debería facilitarse el acceso regular a esos lugares de los abogados de las organizaciones no gubernamentales, al menos de las que reciben fondos públicos, con objeto de que faciliten una orientación jurídica a los ciudadanos allí internados y detecten casos que puedan presentar necesidades de protección.

6.7. Preocupa a esta Institución el alto grado de renuncias a la asistencia jurídica en los procedimientos de admisión a trámite que se instruyen en el

territorio nacional. Esta situación sólo puede atribuirse a una falta de orientación adecuada.

6.8. La ubicación en Madrid de la Oficina de Asilo y Refugio dificulta de manera importante la asistencia de los letrados a todas las entrevistas de sus asistidos ante la misma.

6.9. Se ha constatado que en aplicación del artículo 28 del Reglamento de aplicación de la Ley de asilo, la resolución que se dicta en el expediente se notifica al interesado y a la organización no gubernamental que en su caso lo tutele, pero no al letrado de aquél, lo cual no resulta adecuado para asegurar la efectividad del derecho de defensa.

6.10. La normativa reguladora del régimen de protección temporal no contiene mención alguna respecto a la asistencia u orientación jurídica. Tampoco parece posible argumentar una aplicación subsidiaria de los preceptos de la Ley de asilo. Esta carencia puede plantear problemas graves en los casos en que sea preciso activar este mecanismo extraordinario, por lo que debería subsanarse con carácter general.

6.11. El modelo de asistencia letrada en materia de asilo está necesitado de una reforma sustancial, pues se han constatado problemas de coherencia global del sistema. Como mínimo resulta imprescindible en este ámbito incrementar la cooperación entre las organizaciones no gubernamentales y los colegios de abogados. Resulta también conveniente la apertura de un debate para perfeccionar el modelo actual.

7. CONCLUSIONES RELATIVAS A LOS PROCESOS JUDICIALES

7.1. La distinta interpretación judicial que se viene realizando del contenido y alcance de la designación de oficio para actuar en un procedimiento administrativo de la Ley de extranjería, respecto a si esa designación es título suficiente para habilitar al letrado a iniciar acciones ante la jurisdicción, hace conveniente que legislativamente se regule tal cuestión.

7.2. Sería deseable que en todos los casos el letrado designado inicialmente para asistir a un ciudadano extranjero en un procedimiento administrativo, continuara como letrado de oficio defendiendo a ese ciudadano, caso de ser necesario el inicio de actuaciones en sede jurisdiccional.

7.3. En el caso de que una persona esté sujeta a un tiempo a un procedimiento penal y otro administrativo por presunta infracción de la Ley de extranjería, se considera adecuado, en virtud del principio de especialización, que cuente con la asistencia de dos letrados, pero entonces resultará exigible un especial esfuerzo de coordinación entre ambos profesionales, a fin de no perjudicar la posición jurídica del asistido.

7.4. Las dilaciones en la resolución de recursos, que son un problema estructural de la justicia española, tienen en el ámbito de la extranjería y el asilo una especial relevancia, dada la posición jurídica del interesado. En particular, debe llamarse la atención sobre el retraso que suele experimentar en muchas demarcaciones la resolución de los recursos frente a los autos de internamiento, que privan de efectividad práctica las decisiones estimatorias que puedan adoptarse. El diseño de las garantías jurisdiccionales no puede hacerse al margen de la realidad social y de las capacidades de los órganos que deben encargarse de ejercitarlas.

7.5. Las medidas cautelares en el orden contencioso-administrativo, en especial las denominadas provisionalísimas (art. 135 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa) son un instrumento eficaz para la protección de los derechos de los extranjeros, cuya efectividad está subordinada a que la justicia sea pronta.

7.6. El automatismo con el que parece concebirse la sustitución de la pena privativa de libertad o de la medida de seguridad en los artículos 89 y 108 del Código Penal, debe ser moderado por los órganos judiciales a fin de evitar situaciones injustas. Al propio tiempo en estos casos los letrados tienen un papel especialmente relevante en el asesoramiento de sus defendidos acerca de las consecuencias de la conformidad penal en orden a que el interesado pueda indicarle con pleno conocimiento qué es lo que más conviene a su interés y derecho.

7.7. La Ley Orgánica 6/1984, reguladora del procedimiento de hábeas corpus tiene una falla, con una especial incidencia en el ámbito que aborda el presente informe, al no contemplar la legitimación directa de los letrados que asumen la defensa de los ciudadanos extranjeros.

7.8. Se ha podido constatar que la condición de extranjero sólo se cuantifica en el ámbito judicial cuando se trata de conocer cifras sobre detenciones y delincuencia. Sin embargo no existen datos del extranjero como usuario de la justicia, ni en particular como víctima de delitos. Esta situación preocupa de manera especial, ya que puede inducir una visión sesgada de la realidad de la extranjería en España.

8. CONCLUSIONES RELATIVAS A LOS MENORES EXTRANJEROS

8.1. Las administraciones autonómicas que hayan asumido la tutela del menor extranjero no acompañado deberán garantizar el derecho del menor a expresar su opinión, y a que ésta sea valorada objetivamente, para lo cual se hace evidente la necesidad de una asistencia jurídica independiente a los intereses de la Administración, y orientada en todo caso al superior interés del menor.

8.2. La asistencia letrada en relación con los menores extranjeros no acompañados deberá orientarse a que la decisión sobre la reagrupación familiar a su país de origen o, en su caso sobre su integración en España, se realice teniendo en cuenta tan solo su superior interés. En ningún supuesto los menores extranjeros podrán ser expulsados, devueltos o retornados.

8.3. El menor extranjero no acompañado debiera tener reconocido el derecho a ser asistido y asesorado por un letrado, con independencia de la presencia del Ministerio Fiscal, en el procedimiento administrativo en el que se decida sobre su repatriación y también en el expediente administrativo para declararle en desamparo. Resultaría conveniente que el abogado fuese el mismo en ambos procedimientos.

8.4. En los supuestos en los que exista controversia sobre la edad del menor, una vez realizadas las pruebas periciales pertinentes, el Ministerio Fiscal deberá pronunciarse sobre la misma. La resolución de ese órgano debería establecer con valor de presunción la edad del menor. En cualquier caso los letrados ejercitarán las acciones oportunas cuando la fijación de la edad no sea correcta, bien se haya determinado por una decisión del Ministerio Fiscal, o bien se haya determinado por la vía de hecho.

8.5. En términos generales se han detectado importantes carencias en la asistencia letrada que reciben los menores extranjeros internados en centros de menores, al amparo de la Ley Orgánica 5/2000, sería deseable que los letrados visitaran con más frecuencia a estos menores, así como que realizaran un seguimiento de los mismos cuando son condenados a cumplir una medida de internamiento de la citada Ley.

8.6. La formación que reciben los letrados que asisten a menores sometidos a la Ley Orgánica 5/2000, debería ser completada con aquellas materias que hacen referencia al sistema de protección de menores, en especial las que se refieren a la reagrupación familiar e integración laboral de los menores extranjeros.

9. CONCLUSIONES RELATIVAS A LA ORIENTACIÓN JURÍDICA

9.1. Las circunstancias que concurren en el extranjero no comunitario reclaman actuaciones específicas de orientación jurídica debido a factores como la necesidad de relacionarse frecuentemente con la Administración, las dificultades de comprensión del lenguaje administrativo, o el desconocimiento y complejidad de la legislación que le afecta.

9.2. La orientación jurídica al extranjero corresponde en nuestro sistema a organizaciones no gubernamentales y a los colegios de abogados. Se constata, al propio tiempo, la tendencia a la búsqueda de un modelo de atención integral

en el que la orientación jurídica sea una más de las prestaciones que puedan ofrecerse.

9.3. No todas las zonas en las que la extranjería tiene mayor incidencia cuentan con un servicio de orientación jurídica especializado en materia de extranjería o con un punto de red de información y orientación social a inmigrantes financiado por las administraciones públicas.

9.4. Las instrucciones internas de la Administración en materia de extranjería deberían publicarse en todo caso en el *Boletín Oficial del Estado*, para general conocimiento y para facilitar las actuaciones tendentes a asegurar su control de legalidad.

9.5. La situación de las oficinas de extranjería reclama mejoras en cuestiones como la creación de oficinas únicas de extranjeros en determinadas provincias (por ejemplo, Madrid), la adecuación de las plantillas de funcionarios a las necesidades reales, la generalización de la incorporación de medios telemáticos para la debida información de particulares y profesionales o la optimización de los sistemas de atención.

9.6. La situación de los consulados, cuyo protagonismo es creciente en materia de extranjería, reclama mejoras en cuestiones como la exigencia de desplazamiento personal de los interesados a largas distancias, las comunicaciones, la información web que se facilita o los trámites o documentos que se exigen para la concesión de visados.

V. RECOMENDACIONES

1. AL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

1.1. Que, de conformidad con lo previsto en el artículo 110.2 *ñ)* de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se establezca reglamentariamente un servicio de guardia de la jurisdicción contencioso-administrativa que conozca de las medidas cautelares que puedan solicitarse en el ámbito de la legislación de extranjería.

1.2. Que se ponga en conocimiento de los juzgados competentes para autorizar los internamientos de ciudadanos extranjeros la utilidad de que requieran de la Administración que, al tiempo de poner a su disposición a un ciudadano extranjero para la práctica de la correspondiente audiencia, se aporten los documentos que acrediten las verificaciones de identidad efectuadas, así como todos los antecedentes que puedan existir en relación con el interesado en las aplicaciones de gestión de extranjería.

1.3. Que se insten del Ministerio de Justicia las medidas estructurales oportunas para que la resolución de los recursos que están legalmente previstos contra los autos que autorizan el internamiento de extranjeros se efectúe de manera que la decisión que recaiga en dichos recursos se produzca siempre antes de que finalice el plazo del internamiento.

1.4. Que, en tanto no se proceda a una reforma legal que establezca juzgados de control de la medida de internamiento, se promueva por ese Consejo General la asignación a un juzgado del orden jurísdiccional encargado de autorizar los internamientos con sede en cada una de las ciudades en las que existe un centro de internamiento de la responsabilidad de efectuar el seguimiento de las medidas que se cumplan en cada centro. A estos efectos deberían establecerse los cauces oportunos de comunicación entre los juzgados para que dicho seguimiento sea viable y pueda realizarse con la deseable agilidad.

2. AL MINISTERIO DE JUSTICIA

2.1. Que se haga uso de la iniciativa legislativa del Gobierno para modificar la Ley 1/1996, de asistencia jurídica gratuita con vistas a introducir una

regulación más completa en la vía administrativa especialmente en lo referente al acceso, alcance y formas de prestación, para aquellos procedimientos para los que esté legalmente previsto o se pueda prever en el futuro. Dicha regulación deberá adoptar medidas para favorecer, en lo posible, la continuidad de la actuación letrada entre las fases administrativa y judicial. En esta modificación legal deberá asimismo regularse adecuadamente la suspensión del procedimiento administrativo hasta tanto se produzca la designación del abogado, para aquellos casos en que no proceda hacer la designación de forma inmediata.

2.2. Que en dicha reforma se regulen otras posibilidades de acceso a la asistencia jurídica distintas de la asistencia por turnos colegiales y, especialmente, a través de letrados encuadrados en entidades no gubernamentales sostenidas o apoyadas con fondos públicos para este cometido.

2.3. Que en coherencia con lo recomendado al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales se modifique la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, a fin de establecer un recurso judicial preferente y urgente que permita resolver la impugnación de las denegaciones de entrada y retorno previstas en la legislación de extranjería, durante la permanencia del interesado en el puesto fronterizo.

2.4. Que se reforme la legislación procesal para que la audiencia del extranjero respecto del que la Administración ha solicitado el internamiento se realice a través de una vista en la que queden aseguradas la participación letrada y el principio de contradicción.

2.5. Que, de acuerdo con el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, se adopten las medidas legislativas oportunas para modificar la legislación a fin de atribuir la competencia para autorizar los internamientos a los juzgados de lo contencioso-administrativo.

2.6. Que se modifique la Ley Orgánica 6/1984, reguladora del procedimiento de hábeas corpus, de modo que contemple la legitimación directa de los letrados respecto de aquellos asuntos para los que hayan sido designados en materias de extranjería y asilo.

2.7. Que se haga uso de la iniciativa legislativa del Gobierno para modificar el marco normativo existente (Ley Orgánica 1/1996, Ley 1/1996 o Ley Orgánica 4/2000) con objeto de establecer de manera individual el derecho a la asistencia jurídica gratuita de los menores extranjeros no acompañados o a los menores acompañados en aquellos casos en los que se aprecie colusión de intereses con los de sus padres o tutores, respecto de todos aquellos procedimientos administrativos o judiciales que les afecten.

2.8. Que en materia de extranjería y asilo se modifiquen los artículos 23 de la Ley 29/1998, de la jurisdicción contencioso-administrativa, y 25 de la Ley 1/2000, de enjuiciamiento civil, suprimiendo la exigencia de «poder general» para que el letrado pueda ejercitar acciones ante la jurisdicción, sustituyen-

do tal requisito por un escrito de designación del interesado a favor del letrado que defienda sus intereses. En todo caso cuando el letrado tenga que actuar ante un órgano jurisdiccional colegiado, deberá contemplarse la posibilidad de que dicho letrado pueda solicitar el nombramiento de un procurador de oficio.

2.9. Que se promuevan las reformas normativas necesarias para que las administraciones públicas con competencia en el pago de los servicios de asistencia jurídica gratuita, puedan asumir facultades de supervisión en los términos referidos en la conclusión 1.2.9. del presente informe.

2.10. Que de conformidad con el principio de especialización se promueva la creación de turnos específicos de asistencia jurídica en extranjería en todas las demarcaciones colegiales dependientes de ese departamento.

2.11. Que a fin de asegurar la suficiencia de letrados especializados en materia de asilo se promueva en coordinación con los colegios, con sus organismos representativos y con las organizaciones no gubernamentales que desarrollan su actividad en el ámbito de la protección de los refugiados, la implantación de sistemas específicos de orientación y asistencia jurídica a los solicitantes de asilo.

2.12. Que se fomente la introducción en el sistema de asistencia jurídica del principio de libre elección del letrado por parte del beneficiario.

2.13. Que se contemple la necesidad de financiar servicios de interpretación como recursos auxiliares imprescindibles para la prestación de asistencia jurídica a ciudadanos extranjeros en términos correctos.

2.14. Que se contemple la necesidad de financiar los desplazamientos hasta los CIES, al menos dentro de un determinado ámbito territorial. A estos efectos y dada la limitación de los centros existentes en todo el territorio nacional, que en coordinación con los colegios y sus órganos representativos se establezcan fórmulas alternativas al desplazamiento, salvaguardando en todo caso el principio de unidad técnica de la dirección letrada.

2.15. Que se impulse la adopción de protocolos de actuación profesional por parte de los turnos de extranjería y asilo existentes en las demarcaciones colegiales dependientes de ese departamento, como fórmula para objetivar la actuación letrada, sin merma de la independencia técnica de los letrados en el conocimiento de cada uno de los asuntos.

2.16. Que se concierte con los colegios de abogados sistemas de evaluación de la calidad de la asistencia letrada, abiertos a la participación de expertos independientes.

3. AL MINISTERIO DEL INTERIOR

3.1. Que se haga uso de la iniciativa legislativa del Gobierno, para modificar el artículo 5.7 de la Ley 5/1984, reguladora del derecho de asilo, con objeto de que se reconozcan a los solicitantes de asilo similares garantías a las establecidas con carácter general a los extranjeros sometidos a un procedimiento de denegación de entrada y retorno, en cuanto a la determinación y control judicial de la limitación de la libertad deambulatoria (art. 60 de la Ley de extranjería).

3.2. Que se modifique el artículo 28 del Reglamento de aplicación de la Ley de Asilo, a fin de que se notifique al letrado que haya actuado en el procedimiento administrativo las decisiones que se adopten en el mismo, a fin de asegurar la efectividad del derecho de defensa.

3.3. Que se complete el marco normativo existente a fin de que se garantice la asistencia jurídica en los casos de activación del sistema de protección temporal regulado por el Reglamento aprobado mediante el Real Decreto 1325/2003.

3.4. Que se cursen las indicaciones oportunas para que las instrucciones de carácter interadministrativo en materia de extranjería y asilo que se dicten por toda clase de autoridades se publiquen siempre en el *Boletín Oficial del Estado*, en aras de garantizar los principios de seguridad jurídica, así como los de responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

4. AL MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES

4.1. Que, de acuerdo con el Ministerio de Justicia, se adopten las medidas legislativas oportunas para modificar la legislación a fin de atribuir la competencia para autorizar los internamientos a los juzgados de lo contencioso-administrativo.

4.2. Que se modifique el régimen normativo existente en lo referente a los recursos administrativos que caben contra las resoluciones de denegación de entrada y retorno, de modo que dichas resoluciones pongan fin a la vía administrativa y pueden ser directamente recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Asimismo que en tanto se resuelva judicialmente se suspenda la ejecutividad de la medida de retorno, estableciéndose la permanencia del interesado en el lugar que se designe conforme a las previsiones del artículo 60 de la Ley de extranjería.

Que, de no ser acogida la anterior propuesta, se establezca cuando menos un recurso de alzada específico con un plazo de tramitación reducido, durante el cual el interesado permanecería en las instalaciones del puesto fronterizo hasta la resolución del recurso.

4.3. Que se cursen las indicaciones oportunas para que las instrucciones de carácter interadministrativo en materia de extranjería que se dicten por toda clase de autoridades se publiquen siempre en el *Boletín Oficial del Estado*, en aras de garantizar los principios de seguridad jurídica, así como los de responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

5. A LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

5.1. Que se dicte una instrucción estableciendo que en aquellos casos en los que existan dudas acerca de la edad de los menores extranjeros, los fiscales, una vez efectuadas las pruebas de diagnóstico pertinentes, emitan una resolución motivada en la que de manera expresa determinen la edad a todos los efectos del menor a todos los efectos.

5.2. Que se dicte una instrucción sobre actuación del Ministerio Fiscal en los casos de internamiento, que recoja, entre otros extremos, los siguientes aspectos:

— La presencia del Ministerio Fiscal en las audiencias judiciales a los ciudadanos extranjeros.
— Que se vele para que, al tiempo que se pone a disposición de un juzgado a un ciudadano extranjero, le sean remitidos los documentos que acrediten las verificaciones efectuadas sobre su identidad en los ficheros policiales, así como todas las anotaciones que obren en dichos ficheros.
— En tanto no se produce la modificación de las leyes procesales para que la audiencia al extranjero sobre el que se ha solicitado una medida de internamiento se haga a través de una vista, que se adopte el criterio de favorecer las posibilidades de participación de los letrados en dicha audiencia, así como la posibilidad de que estos propongan la práctica de alguna prueba o anuncien su presentación.
— Que el Ministerio Fiscal supervise la competencia territorial del juzgado ante el que se presenta la solicitud de internamiento, requiriendo del mismo su inhibición si se aprecia que no se corresponde con el lugar de la detención.
— Que en las solicitudes de internamiento conforme a las previsiones del artículo 64.3 de la Ley de extranjería, si el interesado manifiesta haber estado sometido a una medida de privación de libertad de naturaleza similar al internamiento, durante la tramitación del expediente en otro país miembro de la Unión Europea, el criterio de ese Ministerio Fiscal sea el de oponerse a la autorización de la medida solicitada por la Administración española, hasta tanto no pueda ésta desvirtuar la declaración del interesado.

6. A LA CONSEJERÍA DE JUSTICIA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE LA JUNTA DE ANDALUCIA; A LA CONSEJERÍA DE PRESIDENCIA Y JUSTICIA DEL GOBIERNO DE CANARIAS; AL DEPARTAMENTO DE JUSTICIA DE LA GENERALIDAD DE CATALUÑA; A LA CONSEJERÍA DE JUSTICIA, INTERIOR Y ADMINISTRACIÓN LOCAL DE LA JUNTA DE GALICIA; A LA CONSEJERÍA DE JUSTICIA E INTERIOR DE LA COMUNIDAD DE MADRID; AL DEPARTAMENTO DE PRESIDENCIA, JUSTICIA E INTERIOR DEL GOBIERNO DE NAVARRA; AL DEPARTAMENTO DE JUSTICIA, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL DEL PAÍS VASCO Y A LA CONSEJERÍA DE JUSTICIA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DE LA GENERALIDAD VALENCIANA

6.1. Que de conformidad con el principio de especialización se promueva la creación de turnos específicos de asistencia jurídica en extranjería en todas las demarcaciones colegiales dependientes de ese Departamento.

6.2. Que a fin de asegurar la suficiencia de letrados especializados en materia de asilo se promueva en coordinación con los colegios, con sus organismos representativos y con las organizaciones no gubernamentales que desarrollan su actividad en el ámbito de la protección de los refugiados, la implantación de sistemas específicos de orientación y asistencia jurídica a los solicitantes de asilo.

6.3. Que se fomente la introducción en el sistema de asistencia jurídica del principio de libre elección del letrado por parte del beneficiario.

6.4. Que se contemple la necesidad de financiar servicios de interpretación como recursos auxiliares imprescindibles para la prestación de asistencia jurídica a ciudadanos extranjeros en términos correctos.

6.5. Que se contemple la necesidad de financiar los desplazamientos hasta los CIES, al menos dentro de un determinado ámbito territorial. A estos efectos y dada la limitación de los centros existentes en todo el territorio nacional, que en coordinación con los colegios y sus órganos representativos se establezcan fórmulas alternativas al desplazamiento, salvaguardando en todo caso el principio de unidad técnica de la dirección letrada.

6.6. Que se impulse la adopción de protocolos de actuación profesional por parte de los turnos de extranjería y asilo existentes en las demarcaciones colegiales dependientes de ese departamento, como fórmula para objetivar la actuación letrada, sin merma de la independencia técnica de los letrados en el conocimiento de cada uno de los asuntos.

6.7. Que se concierte con los colegios de abogados sistemas de evaluación de la calidad de la asistencia letrada, abiertos a la participación de expertos independientes.

7. A LA SECRETARÍA DE ESTADO DE INMIGRACIÓN Y EMIGRACIÓN

7.1. Que al tiempo que se desarrolla la previsión normativa establecida en la disposición final 2.ª del Real Decreto 2393/2004, se contemple la posibilidad de acceso informático a los expedientes de extranjería por parte de los interesados y de los letrados que les prestan asistencia, para que, sin merma de seguridad y de la confidencialidad, puedan conocer el contenido y estado de los expedientes que les afecta sin necesidad de desplazarse a las dependencias administrativas.

7.2. Que el tratamiento a los polizones extranjeros se aborde mediante una norma y no, como hasta el presente, en una instrucción administrativa.

Asimismo que mientras se procede a la reforma legal recomendada se efectúe la publicación en el *Boletín Oficial del Estado* de la instrucción que actualmente regula esta materia, y de las revisiones que eventualmente pueden realizarse sobre la misma.

8. A LA DIRECCIÓN GENERAL DE LA POLICÍA

8.1. Que en los procedimientos de denegación de entrada, las impresiones recogidas por los funcionarios policiales situados en los filtros de control de acceso al territorio nacional, se recojan en un documento que quede integrado desde el primer momento en el expediente administrativo.

8.2. Que en los procedimientos de denegación de entrada, se considere como momento de inicio del procedimiento aquel en el que el funcionario policial impide el acceso a territorio nacional del ciudadano extranjero, procediéndose de manera inmediata a la instrucción de derechos y, en especial, al derecho de asistencia letrada.

8.3. Que en los procedimientos de denegación de entrada no se limite el acceso del letrado y su relación con el asistido, desde el momento mismo en el que éste solicita contar con abogado. Para ello la solicitud de abogado deberá comunicarse al órgano competente con carácter inmediato. Por otra parte en todos los puestos fronterizos deberán estar habilitados espacios que permitan la comunicación reservada entre los letrados y sus asistidos.

8.4. Que se cursen instrucciones a los puestos fronterizos para que en los procedimientos de denegación de entrada se facilite el acceso de los letrados a los documentos y la obtención de copia de los mismos, luego que conste su designación.

8.5. Que en la entrevista entre el instructor y el ciudadano extranjero que viene desarrollándose en el marco del procedimiento de denegación de entrada

no se impida al letrado formular cuantas preguntas u observaciones desee efectuar en el ejercicio del derecho de defensa, recogiéndose todas ellas en el acta correspondiente.

8.6. Que en los procedimientos de devolución se practique una comparecencia como modalidad práctica del derecho de audiencia más idónea para este caso. En esta comparecencia debe permitirse la presencia y participación del letrado que asista jurídicamente al extranjero en los términos más amplios.

8.7. Que al asumir el Cuerpo Nacional de Policía la custodia de un ciudadano transferida por otra fuerza de seguridad para el seguimiento de actuaciones en materia de extranjería, se requiera a dicha fuerza información exacta del momento en que se produjo la detención y, si esta no es inmediata a la entrega, la correspondiente diligencia de información de derechos debidamente cumplimentada. En todo caso deberá comenzarse a computar desde el momento en que el interesado quedó privado de libertad el plazo de duración máxima de la medida de detención que pueda acordarse.

8.8. Que cuando se proceda a la notificación de la incoación de procedimientos de expulsión a personas que se encuentren privadas de libertad por cualquier causa distinta de la detención, se adopte el criterio de practicar dicha notificación en presencia letrada.

8.9. Que cuando el interesado haga uso de la posibilidad de conferir su representación para un procedimiento administrativo se respete esa decisión, notificando todos los trámites en cualquier caso a su representante. Sin perjuicio de ello, cuando el interesado se encuentre privado de libertad en una dependencia de esa Dirección General deberá también notificársele a éste la resolución final que se adopte con la mayor brevedad posible.

8.10. Que se dicten instrucciones para que cuando un letrado deba asistir a un ciudadano extranjero para el que se solicita el internamiento, a efectos de asegurar la ejecución forzosa, de una resolución de expulsión, conforme al artículo 64.1 de la Ley de extranjería, se le facilite con la mayor urgencia por los servicios policiales los datos del expediente y el nombre del letrado que efectuó la asistencia jurídica durante la tramitación del correspondiente expediente.

8.11. Que se dicten instrucciones a todos los servicios periféricos para que cuando procedan a la conducción de un ciudadano extranjero a un centro de internamiento, acompañen con la documentación que se remite la identidad del letrado que los asistió a efectos de identificación y para facilitar las comunicaciones y contactos. Recibida esa información no deberá exigirse a los letrados volante colegial de designación para el acceso al centro.

Asimismo los centros deben estar en disposición de informar a los letrados, incluso por vía telefónica siempre que se advere su identidad, sobre las previsiones de expulsión si estos lo solicitan.

8.12. Que se remitan instrucciones a los todos los puestos fronterizos para que en los casos en los que ciudadanos extranjeros hayan comunicado su inten-

ción de formular una solicitud de asilo, se permita el libre paso de los letrados encargados de asistirlos, y el contacto reservado con sus asistidos, incluso con anterioridad al momento en el que se realice la entrevista en la que quede formalizada la solicitud de asilo.

8.13. Que se dicten las instrucciones oportunas para que se facilite el acceso regular a los centros de internamiento o detención de extranjeros a los abogados de las organizaciones no gubernamentales que trabajan en la protección de los refugiados, con objeto de que faciliten orientación jurídica a las personas que puedan presentar necesidad de protección.

8.14. Que respecto de los servicios de interpretación se adopten las siguientes medidas:

— Que se giren instrucciones a los servicios periféricos para que los intérpretes que prestan su servicio en las dependencias en las que se encuentran ciudadanos extranjeros en situación de privación de libertad, auxilien a los letrados que deben asistirlos.
— Que se estudie la viabilidad de establecer un sistema de interpretación a través de comunicación telefónica o telemática que amplíe el abanico de idiomas y pueda ser empleado en los centros policiales que deban custodiar a ciudadanos extranjeros.
— Que para preservar el carácter instrumental y la neutralidad que resulta exigible a quienes desarrollan funciones de interpretación, debe evitarse que los intérpretes desarrollen funciones ajenas a su cometido profesional, tales como la identificación de la zona de origen.
— Que en el caso de que un letrado desee entrevistarse con su asistido y no pueda proporcionársele un medio de interpretación, deberá autorizarse el acceso de la persona que acompañe al letrado para realizar tal función o permitirse el empleo de los medios necesarios para establecer la comunicación pertinente a los efectos indicados.

9. A LA DIRECCIÓN GENERAL DE POLÍTICA INTERIOR

9.1. Que a las personas que expresen su intención de solicitar asilo, con carácter previo a la cumplimentación del correspondiente formulario se les facilite una información completa, clara, exhaustiva y elaborada con un lenguaje y metodología que faciliten la comprensión de la naturaleza y de las consecuencias jurídicas que se derivan de tal solicitud.

9.2. Que en tanto subsista el sistema dual de asistencia jurídica sostenida con fondos públicos que actualmente se da en materia de asilo, se indique a los servicios de los puestos fronterizos en cuyo territorio además de los servicios colegiales tengan presencia organizaciones no gubernamentales especializadas en la materia que en la diligencia de información de derechos deben distinguir ambas opciones, a fin de que el solicitante decida con libertad a qué entidad encomendar su asistencia jurídica.

9.3. Que se dicten las instrucciones precisas a los servicios encargados de atender las dependencias que pueden recibir solicitudes de asilo en territorio para que, con carácter general, se oriente a las personas que demanden información sobre la conveniencia de acudir previamente a los servicios jurídicos colegiales o de una organización no gubernamental.

9.4. Que se dicten instrucciones a los servicios encargados de atender las dependencias que pueden recibir solicitudes de asilo en territorio para que en los casos que no haya existido contacto entre el letrado y su asistido, se facilite la celebración de una entrevista entre ambos, con carácter previo a la formalización de la solicitud.

9.5. Que se desarrolle la posibilidad de acceso informático a los expedientes que tramita la Oficina de Asilo y Refugio para que letrados que asisten a los solicitantes puedan conocer, sin merma de seguridad y de la confidencialidad, el contenido y estado de los expedientes en los que estén personados sin necesidad de desplazarse a las dependencias administrativas.

9.6. Que, con objeto de facilitar la asistencia jurídica de los solicitantes de asilo, se profundice en la política de desconcentrar los lugares de celebración de las entrevistas a los solicitantes de asilo admitidos a trámite.

9.7. Que se inicie un debate para propiciar la reforma de la asistencia letrada en materia de asilo, en los términos señalados en la conclusión 6.11 del presente informe.

10. A LA DIRECCIÓN GENERAL DE INFRAESTRUCTURAS Y MATERIAL DE LA SEGURIDAD

10.1. Que en todas las instalaciones policiales cuya construcción o remodelación promueva, controle o ejecute ese centro directivo, especialmente puestos fronterizos y centros de internamiento, se contemple la necesidad de contar con salas con la función específica de permitir la entrevista de los letrados y sus asistidos en condiciones de privacidad. Este requisito resulta exigible frente a los funcionarios, extranjeros en situación similar a la del asistido y, en su caso, visitantes.

10.2. Que en la construcción y remodelación de las comisarías del Cuerpo Nacional de Policía, se establezcan espacios diferenciados para la custodia de los ciudadanos extranjeros que estén detenidos conforme a las previsiones de la Ley de extranjería, de modo que puedan permanecer separados de las personas detenidas en relación con diligencias penales.

11. AL CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA

11.1. Que se promueva la adopción por los colegios, particularmente por aquellos en los que se producen con más frecuencia actuaciones de extranjería que afectan grupos numerosos de inmigrantes, la adopción de planes de contingencia tendentes a asegurar a todos los beneficiarios de la asistencia jurídica que ésta se presta de forma individualizada y por profesionales cuya carga de trabajo les permita dedicar una atención suficiente a cada uno de los asuntos que hayan de atender.

11.2. Que en el marco de las atribuciones que ostenta ese Consejo, se dé traslado a los colegios de abogados y se promuevan las medidas oportunas a fin de establecer como principio general en los ámbitos de extranjería y asilo la unidad de la actuación letrada. De acuerdo con dicho principio, la designación de letrado para la llevanza de un asunto se hará extensiva, en lo posible, a todas las fases del procedimiento administrativo, incluida en su caso la ejecución forzosa, las eventuales solicitudes de medidas de internamiento, así como a los procesos ante la jurisdicción contencioso-administrativa que procedan.

11.3. Que, en colaboración con los colegios que se integran en ese organismo, se promueva y establezca bajo la responsabilidad del mismo, una base de datos de actuaciones profesionales en materia de extranjería y asilo, que permita a los letrados compartir información con altos niveles de seguridad, para disponer de conocimiento de las actuaciones previas que hayan podido realizarse por otros letrados y facilitar la mayor concertación y coherencia de la actuación de los distintos profesionales.

A fin de asegurar la actualización de esta base y su asunción como instrumento general de gestión de la información, ese Consejo deberá promover fórmulas para establecer progresivamente su conocimiento y manejo, así como los datos e informes que deben ser incluidos.

11.4. Que, en concertación con las Administraciones encargadas del pago de los servicios de asistencia jurídica, se promueva por ese Consejo un sistema de concertación a fin de paliar la desvinculación y demás dificultades prácticas que surgen para la atención jurídica de los ciudadanos extranjeros que son enviados a centros de internamiento alejados del lugar de tramitación del expediente de expulsión del que el internamiento traiga causa, salvaguardando en todo caso la coherencia y unidad de criterio de la actuación letrada.

11.5. Que en relación con el procedimiento de asilo, se promueva la elaboración de un modelo de dossier único, disponible en varios idiomas, redactado en términos accesibles y utilizable por el conjunto de los letrados con independencia de que presten sus servicios en el turno colegial o en una entidad no gubernamental, a fin de que pueda servir de soporte para la información que ha de proporcionarse por los letrados a las personas cuya solicitud de asilo haya sido admitida a trámite.

11.6. Que ese Consejo se sirva promover cuantas iniciativas considere oportunas, especialmente con aquellos colegios de abogados en los que mayor incidencia tiene la asistencia letrada a los solicitantes de asilo, para que en la normativa reguladora de dicha asistencia se tengan en cuenta las consideraciones incluidas en el apartado II.6.5.7 del presente informe.

11.7. Que, en colaboración con los colegios y a fin de asegurar el acceso y conocimiento por parte de los letrados españoles de la legislación extranjera, en particular respecto de cuestiones relativas a la legislación sobre expulsiones de los Estados miembros de la Unión Europea, los datos sobre zonas de origen para los trámites de asilo y la situación sociofamiliar de los menores extranjeros no acompañados, se promueva y mantenga actualizado un sistema de información para los letrados.

En el desarrollo de esta función de apoyo debe contemplarse igualmente el establecimiento progresivo de sistemas de colaboración con entidades homólogas de los países de interés para facilitar en lo posible una actuación de defensa jurídica concertada cuando resulte necesario.

11.8. Que, en colaboración con los colegios de abogados y las administraciones con competencias en el pago de los servicios de asistencia jurídica, se promueva la existencia de sistemas de interpretación a disposición de los letrados, que permitan la interlocución de estos con sus clientes.

11.9. Que en colaboración con los colegios de abogados se establezcan programas formativos para aumentar los contenidos y carga lectiva de los cursos de formación para letrados adscritos a los turnos de extranjería. Que por parte de los colegios se evalúe la suficiencia de la formación recibida, dando entrada en los procesos de evaluación a especialistas no colegiados.

11.10. Que por parte de ese Consejo se dé traslado a todos los colegios de abogados, de la conveniencia de que en materia de formación para la asistencia a menores extranjeros infractores, se incluyan contenidos, sobre al menos, las siguientes materias:

— El principio de reagrupación familiar (art. 35 de la Ley de extranjería y art. 92 de su Reglamento).
— Normativa de protección de menores (Ley Orgánica 1/1996 y art. 172 del Código Civil).
— Normativa de protección según cada Comunidad Autónoma.
— Normativa sobre integración laboral de los menores extranjeros [arts. 40 *j)* y 41.1 *k)* de la Ley de extranjería].

11.11. Que conjuntamente con los colegios de abogados se fomente la adopción de protocolos y su difusión entre la profesión. Contemplando al mismo tiempo mecanismos de actualización y mejora de dichos instrumentos.

11.12. Que ese Consejo inste a los colegios a que desarrollen programas de supervisión sobre la actuación de los letrados adscritos a los servicios de

extranjería y asilo en los términos previstos en la conclusión 1.2.9. de este informe.

11.13. Que se promueva la creación de un servicio de apoyo técnico a la función que desarrollen los letrados en materia de extranjería y asilo para que éstos puedan recibir orientación y la información adicional que les resulte necesaria para la preparación y mejor defensa de sus asistidos.

VI. REGLAS DE BUENA PRÁCTICA PARA EL EJERCICIO PROFESIONAL

1. BUENAS PRÁCTICAS GENERALES

1.1. La asistencia jurídica constituye una prestación individual que se fundamenta en la confidencialidad. El letrado que actúe en asuntos de extranjería y asilo mantendrá una relación directa y personal con el asistido. La adecuada prestación del servicio es incompatible con la posibilidad de asistencias colectivas, salvo en los casos en que se ofrezca asistencia a un grupo familiar y no se aprecie conflicto entre los intereses de sus miembros.

1.2. Cuando un letrado de servicio observe que el número de personas a asistir excede de las posibilidades para prestar una asistencia adecuada de carácter individual debe ponerlo en conocimiento del colegio a fin de que se arbitren los medios personales suplementarios para mantener el nivel de calidad del servicio.

1.3. El letrado, en todos los casos deberá cerciorarse de que su asistido conoce el idioma en el que se va a producir la interlocución en grado suficiente para comprender la información que se le va a facilitar o el acto en el que va a tomar parte. En caso contrario exigirá la presencia de un intérprete.

1.4. En todas las actuaciones relacionadas con la extranjería y el asilo el letrado deberá identificarse ante la persona a la que asiste, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 del Código Deontológico de la Abogacía Española. Dicha identificación se hará en la primera actuación, en términos que permita que el interesado pueda comunicarse con él, personalmente, telefónicamente o por medios telemáticos.

1.5. El letrado deberá recabar del asistido los medios para localizarlo y notificarle el resultado de las actuaciones que lleve a cabo, informándole de la conveniencia de que caso de que cambie de domicilio, número de teléfono, etc. se ponga esta circunstancia en conocimiento del letrado. A este respecto, se recomienda la redacción de una hoja de recogida de datos, en la que se informe al asistido de estas circunstancias y se le dé cuenta de manera sucinta de las previsiones de la Ley Orgánica de protección de datos de carácter personal en cuanto a la modificación, cancelación y cesión de datos.

1.6. El letrado preguntará al asistido si autoriza que se facilite información sobre su situación jurídica a terceras personas que entren en contacto con el letrado (familia, ONG, amigos, etc.), y se sujetará a dichas instrucciones.

1.7. El letrado, una vez ilustrado sobre las circunstancias de cada caso, informará al asistido de manera directa y personal sobre su situación jurídica, procedimiento que se sigue, recursos administrativos y jurisdiccionales que pueden presentarse, alcance de las eventuales decisiones favorables o desfavorables, así como su criterio jurídico sobre la prosperabilidad de las pretensiones.

1.8. Los aspectos fundamentales de la relación letrado-asistido deberían quedar plasmados en una «hoja de encargo». Este documento habría de constituir la referencia básica de dicha relación.

1.9. El letrado, en aquellos casos en que prevea la necesidad de iniciar actuaciones ante la jurisdicción, recabará del asistido el pertinente documento en el que le autorice en su nombre para el ejercicio de tales actuaciones.

1.10. Cualquier letrado que, en el curso de una actuación posterior, llegue a tener conocimiento de que no se facilitó letrado a un extranjero detenido ha de poner este hecho urgentemente en conocimiento del colegio de abogados y del órgano judicial competente, con detallada descripción de las circunstancias que ha conocido a fin de depurar, en su caso, las oportunas responsabilidades.

2. BUENAS PRÁCTICAS EN EL PROCEDIMIENTO DE DENEGACIÓN DE ENTRADA

2.1. El letrado deberá recabar los antecedentes del expediente de su asistido con anterioridad al momento de la celebración de la entrevista, acogiéndose a lo dispuesto en el artículo 35 *a)* de la Ley 30/1992.

2.2. El letrado deberá entrevistarse reservadamente con su asistido, preferentemente con anterioridad a la comparecencia ante el instructor del expediente.

2.3. En la entrevista del interesado con el instructor, el letrado desarrollará en su caso las siguientes actuaciones:

— Formular preguntas que aclaren o completen las hechas por el instructor.
— Eventualmente, solicitar que se hagan constar sus objeciones a alguna de las preguntas formuladas por el instructor.
— Aconsejar a su cliente que no responda a determinadas preguntas.
— Leer la declaración, particularmente si su asistido no sabe leer o no comprende el castellano, y formular las objeciones que estime oportunas, solicitando su incorporación al acta en caso de no ser asumidas.
— Asegurarse de que en el expediente se ha dejado copia de los documentos que juzgue necesarios para la mejor valoración de la situación del interesado y solicitar la inclusión de aquellos que no figuren en él.

— Solicitar que se recojan e incorporen al acta sus razonamientos jurídicos sobre lo dicho por su cliente o sobre los documentos aportados al mismo.

2.4. El letrado solicitará que se le dé traslado a su asistido y, en caso de contar con su representación, a él mismo, del contenido del informe propuesta que debe elevar el instructor al jefe de servicio en el puesto fronterizo. En relación con dicho informe propuesta el letrado valorará en cada caso la conveniencia y oportunidad de formular alegaciones.

2.5. Decidida la expulsión y resuelto el retorno el letrado deberá velar por el cumplimiento del plazo de devolución establecido en el artículo 60.1 de la Ley de extranjería. De no procederse el retorno dentro de ese plazo verificará que se ha comunicado al juez de instrucción tal circunstancia y que éste ha señalado el lugar del internamiento. Igualmente deberá velar por el cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo 3 del referido artículo, con objeto de que el juez de instrucción pueda mantener la pertinente supervisión sobre la medida de internamiento.

3. BUENAS PRÁCTICAS EN EL PROCEDIMIENTO DE DEVOLUCIÓN

3.1. El letrado que sea convocado a consecuencia de una detención, deberá:

— Asegurarse de que las manifestaciones que el interesado desea hacer son efectivamente recogidas a los ulteriores efectos de defensa.
— Requerir explicaciones, y comunicar a los órganos colegiales oportunos, para el adecuado seguimiento de estas situaciones, si la puesta en conocimiento del hecho de la detención y la solicitud de letrado se han dilatado más de lo estrictamente necesario para proceder a la identificación del extranjero.
— Asegurarse de que en el expediente consta el momento exacto en el que el interesado fue detenido, la fuerza policial que lo detuvo y la causa que motivó la detención. Debe concederse especial importancia a si la detención se produjo en el ejercicio de las competencias del cuerpo actuante.
— Asegurarse de que la detención cautelar acordada en el momento de la iniciación del expediente tiene en cuenta el momento exacto en que comenzó la privación de libertad y vigilar para que la misma no supere en su conjunto el plazo de setenta y dos horas legalmente previsto.
— Verificar el lugar y las condiciones materiales de la detención, en especial y, cuando no se impute al extranjero ningún hecho delictivo, adverar que aquélla se ejecuta, en lo posible, con estricta separación de las personas detenidas por asuntos penales.

3.2. El letrado debe reclamar acceso pleno a cuantas actuaciones se integren en el expediente.

3.3. En la entrevista reservada que el letrado debe mantener con su asistido procurará conocer si concurren algunas de las circunstancias que permitan fundamentar una petición de suspensión del procedimiento o, eventualmente, de la propia resolución de devolución, en los términos previstos en el artículo 58.3 de la Ley de extranjería.

3.4. En los procedimientos de devolución por contravención de la prohibición de entrada, el letrado deberá cerciorarse de que se ha efectuado la consulta al Sistema de Información de Schengen (SIS) y que ésta ha arrojado un resultado indubitable en cuanto a la identidad. Deberá verificar asimismo que en el expediente consta el soporte documental de tal identificación indubitada (a través del cotejo de impresiones dactilares), especialmente en aquellos casos en los que la anotación haya sido practicada por otro Estado miembro y no por España.

3.5. El letrado deberá solicitar la celebración de una audiencia de su asistido con el instructor del expediente, articulada a través de una comparecencia, en la que éste pueda manifestar lo que considere oportuno.

3.6. El letrado, una vez conozca la propuesta de resolución que realiza el funcionario policial competente, deberá valorar la conveniencia de realizar alegaciones a tal propuesta para garantizar en su plenitud el derecho de defensa de su asistido. La formulación de alegaciones y la proposición, en su caso, de medios de prueba no puede ser objeto de un criterio unívoco. El letrado deberá ilustrar a su defendido de la naturaleza y consecuencias jurídicas que pueden derivarse de la presentación o no de esas alegaciones, haciéndole saber al asistido cuál es su criterio al respecto. En última instancia debe primar el criterio del ciudadano, una vez que haya sido debidamente informado. Si no fuera coincidente el criterio del letrado y el del ciudadano, parece razonable que prevalezca el de este último, sin perjuicio de que el letrado salve su opinión a efectos deontológicos en un documento u «hoja de encargo».

3.7. El letrado, una vez resuelto favorablemente para su asistido el recurso administrativo de alzada o, en su caso, jurisdiccional, debe instar la cancelación de las anotaciones informáticas relativas a la devolución y la consiguiente prohibición de entrada o reinicio del cómputo de otra prohibición dictada con anterioridad. A estos efectos, deberá recabar durante su entrevista en el curso del expediente de devolución autorización suficiente del interesado para ejercitar en su nombre los derechos de acceso y rectificación a los ficheros correspondientes, según la normativa de protección de datos de carácter personal.

4. BUENAS PRÁCTICAS EN EL PROCEDIMIENTO DE EXPULSIÓN

4.1. El letrado que sea convocado a consecuencia de una detención, deberá:

— Asegurarse de que las manifestaciones que el interesado desea hacer son efectivamente recogidas a los ulteriores efectos de defensa.

— Requerir explicaciones, y comunicar a los órganos colegiales oportunos, para el adecuado seguimiento de estas situaciones, si la puesta en conocimiento del hecho de la detención y la solicitud de letrado se han dilatado más de lo estrictamente necesario para proceder a la identificación del extranjero.
— Asegurarse de que en el expediente consta el momento exacto en que el interesado fue detenido, la fuerza policial que lo detuvo y la causa que motivó la detención. Debe concederse especial importancia a si la detención se produjo en el ejercicio de las competencias del cuerpo actuante.
— Asegurarse de que la detención cautelar acordada en el momento de la iniciación del expediente tiene en cuenta el momento exacto en que comenzó la privación de libertad y vigilar para que la misma no supere en su conjunto el plazo de setenta y dos horas legalmente previsto.
— Verificar el lugar y las condiciones materiales de la detención, en especial y, cuando no se impute al extranjero ningún hecho delictivo, adverar que aquélla se ejecuta, en lo posible, con estricta separación de las personas detenidas por asuntos penales.

4.2. Cuando el letrado tenga conocimiento de que la detención de un ciudadano extranjero se ha producido al comparecer en dependencias policiales con el fin de denunciar haber sido víctima, perjudicado o testigo de un delito, se opondrá a esta actuación por todos los medios previstos en Derecho. De forma paralela examinará junto con su asistido las posibilidades existentes para acogerse a lo previsto en los artículos 31.3 y 59 de la Ley de extranjería, así como en el 45.4 de su Reglamento. En caso de que estime pertinente seguir esta vía solicitará la realización de una comparecencia a estos efectos.

4.3. Resulta recomendable que el letrado se entreviste con el asistido con anterioridad al acto de notificación de la incoación del expediente. En todo caso, el letrado que sea convocado al acto de notificación de un expediente de expulsión deberá, si no lo ha hecho antes, asegurarse con carácter previo al inicio del acto de lo siguiente:

— Cerciorarse de que se ha efectuado a su cliente el oportuno cotejo de huellas de modo que pueda determinarse su identidad, a los efectos de conocer en su integridad el historial del que dispone la policía. El letrado deberá tener acceso pleno a los resultados de esa consulta, debiendo proporcionársele copia de los registros si lo requiere.
— Verificar si el interesado ha sido sometido con anterioridad a un procedimiento sancionatorio o pende sobre él una resolución de expulsión, requiriendo información sobre la causa de incoación y sobre la situación del mismo. En el caso de que entre los dos expedientes hubiera identidad de causas, de no apreciarse la caducidad o prescripción del primero, el letrado debería oponerse a la continuación del segundo. Del mismo modo, el letrado debe formular su oposición a que se siga expediente de expulsión por una causa (por ejemplo, estancia irregular) que haya dado lugar con anterioridad a una resolución de expulsión en tanto esta permanezca vigente.

— Indagar en la entrevista con su asistido sobre la posible existencia de causa de abstención por parte del instructor y del secretario del expediente. En su caso, plantear la recusación de alguno o algunos de estos funcionarios si en su criterio se da causa bastante.

4.4. En el acto de notificación de la incoación de expediente de expulsión que se efectúe en presencia letrada, corresponde a éste:

— Velar porque el acto de notificación se atenga a su propia esencia. Esto implica especialmente asegurarse de que el mismo no se convierta en una declaración del extranjero.
— Controlar que las manifestaciones del interesado respecto del domicilio (o en su caso otro medio de notificación admitido en Derecho, como el telemático) que señala para notificaciones se reflejan adecuadamente en el expediente, a efectos de evitar que en ausencia del mismo se acuda de manera automática a la publicación edictal de acuerdo con el artículo 59.5 de la Ley 30/1992.
— Requerir al extranjero en ese momento para que, si lo desea y conviene a sus intereses, le confiera representación con arreglo a lo previsto en el artículo 32.3 de la Ley 30/1992.
— En caso de que se le designe representante, el letrado deberá ofrecer los medios para que las notificaciones se le cursen debidamente.
— A fin de asegurar la efectividad del derecho de defensa deberá solicitarse de la policía acceso a todos los documentos que en ese momento integren el expediente, debiendo asimismo facilitársele copia de aquellos que considere de interés.

4.5. En el momento en que el letrado lo considere más oportuno, en función de las circunstancias del procedimiento, el letrado se entrevistará reservadamente con su cliente a fin de:

— Requerir los datos en los que pueda cimentar la línea de defensa a seguir, así como las personas o entidades que puedan disponer de los elementos probatorios correspondientes. El encargo mediante nota al letrado debería habilitar para gestionar el acceso a determinados documentos para utilizar en este procedimiento en nombre de su asistido.
— Explicar al asistido cuál es su situación jurídica y el procedimiento que se está siguiendo.
— Indagar sobre la situación del asistido, especialmente si se advierten signos de que el interesado pueda formar parte de un grupo especialmente vulnerable o necesitado de algún tipo de protección.
— Explicar, si resulta procedente, la posibilidad de acogerse a lo previsto en el artículo 141.8 del Reglamento de extranjería, acordando con el asistido el momento más oportuno para plantear esta posibilidad a las autoridades, de modo que no perjudique sus legítimos derechos e intereses.
— En el supuesto de que se vaya a proceder al internamiento el letrado debe informar también sobre la naturaleza del mismo y sobre los derechos y deberes que en tal condición se reconocen al interesado. De

manera particular, deberá comunicarle la forma en la que puede entrar en contacto con él. La realización de la entrevista en este caso cobra especial urgencia.

4.6. La formulación de alegaciones y la proposición, en su caso, de medios de prueba no puede ser objeto de un criterio unívoco. El letrado deberá ilustrar a su defendido de la naturaleza y consecuencias jurídicas que pueden derivarse de la presentación o no de esas alegaciones, haciéndole saber al asistido cuál es su criterio al respecto. En última instancia debe primar el criterio del ciudadano, una vez que haya sido debidamente informado. Si no fuera coincidente el criterio del letrado y el del ciudadano, parece razonable que prevalezca el de este último, sin perjuicio de que el letrado salve su opinión a efectos deontológicos en un documento u «hoja de encargo».

4.7. Cuando el letrado haya sido designado representante del ciudadano extranjero sujeto a expediente no puede negarse a facilitar los medios para que las notificaciones se lleven a la práctica. Resulta recomendable hacer uso de la posibilidad prevista en el artículo 59.3 de la Ley 30/1992 en cuanto a la notificación por medios telemáticos, que parece una vía más segura que el fax.

4.8. Cuando el letrado sea convocado a prestar asistencia a un ciudadano extranjero en la fase de ejecución forzosa de la expulsión, deberá:

— Entrevistarse reservadamente con su asistido. En dicha entrevista efectuará las comprobaciones generales ya referidas y recabará datos que le permitan identificar el procedimiento del que trae causa esta actuación, así como el letrado que le asistió en su día.
— Entrar en contacto con su compañero para coordinar adecuadamente las actuaciones, al objeto de asegurar la atención al principio de coherencia de la actuación letrada. Esta relación constituye para ambos letrados una obligación de buena praxis profesional.
— Deberá ponerse especial empeño en identificar las circunstancias producidas con posterioridad a la fecha de la incoación del procedimiento que puedan resultar relevantes a fin de articular la línea de defensa.

4.9. Cuando un letrado tenga que actuar en supuestos de ejecución por las autoridades españolas de una orden de expulsión dictada por otro Estado miembro de la Unión Europea, deberá orientar su actuación de manera preferente a los siguientes extremos:

— Asegurarse de que la identificación del interesado ha sido concluyente, requiriendo copia de la documentación que lo acredite y exigiendo en todo caso que se efectúe un cotejo de huellas.
— El letrado debe exigir que se recojan por escrito en una comparecencia las circunstancias que el interesado pueda alegar, y las pruebas que pueda aportar, que tengan relevancia para poner en cuestión la materialización de la expulsión (arraigo en España, matrimonio posterior con ciudadanos comunitarios, hijos españoles, autorizaciones de residencia vigentes, etcétera).

— Al darse valor a un expediente instruido con arreglo al Derecho de otro Estado, cobra relevancia la normativa del mismo en orden a conocer las causas y plazos de caducidad y, eventualmente, de prescripción. Por tanto el letrado actuante debe indagar, hasta donde le sea posible, tales datos a fin de hacerlos valer en la fase de ejecución.

4.10. En los casos en que se haya hecho uso de la posibilidad prevista en el artículo 141.8 del Reglamento de extranjería y el ciudadano expulsado haya asumido la repatriación de forma voluntaria, el letrado deberá verificar que se produce la cancelación de todos los ficheros de la prohibición de entrada anexa a la resolución de expulsión, una vez que sea sustituida por la orden de salida obligatoria. En su caso, adoptará la precaución de requerir de su cliente que le provea de un documento de representación específico para instar la cancelación correspondiente.

5. BUENAS PRÁCTICAS EN EL TRÁMITE DE AUTORIZACIÓN JUDICIAL DEL INTERNAMIENTO Y EN LA ASISTENCIA EN CENTROS DE INTERNAMIENTO DE EXTRANJEROS

5.1. Fase de autorización judicial

5.1.1. El letrado procurará durante la audiencia judicial del ciudadano extranjero tomar parte activa en la misma, en el ejercicio del derecho de defensa que le es propio. También ofrecerá la colaboración al órgano judicial para facilitar pruebas que haya identificado con su asistido y que puedan resultar relevantes en orden a decidir sobre la procedencia de acceder al internamiento.

5.1.2. El letrado que actúe en la fase de autorización judicial de una solicitud de internamiento deberá velar porque se respete la competencia territorial del órgano judicial, que corresponde al juez de instrucción del lugar en que se produjo la detención del extranjero. En caso de que aprecie un incumplimiento de esa norma lo pondrá en conocimiento del juez, requiriéndole su inhibición.

5.1.3. El letrado que durante su actuación profesional aprecie que con ocasión de un operativo policial, habiéndose tramitado un relevante número de expedientes, se ha hecho una selección de ciudadanos extranjeros para los que se solicita el internamiento (por ejemplo, por carencia de plazas en los centros), solicitará al juez que tome conocimiento de los criterios objetivos que ha seguido la Administración para decidir sobre qué personas se solicitaría dicha medida cautelar. Si apreciare que el criterio de determinación ha sido aleatorio o falto de justificación razonable lo pondrá en conocimiento del juez a los efectos pertinentes.

5.1.4. El letrado pondrá especial interés en asegurar que la solicitud que se presenta al juez no implica una vulneración de las previsiones del artículo 62.2

de la Ley de extranjería, que prohíbe los llamados «internamientos en cadena». A tal fin el letrado deberá indagar sobre la posibilidad de un internamiento previo en un mismo expediente. Velará asimismo para que la solicitud de internamiento vaya acompañada en todos los casos de la reseña de identidad del interesado, debidamente contrastada con la prueba de huellas, y de las anotaciones que sobre el interesado consten en los ficheros policiales de gestión, solicitando al juez que los requiera si no se aportan por la Administración.

5.1.5. Si ha existido un internamiento previo en otro expediente, el letrado deberá valorar si hay identidad de causas entre este expediente y el anterior, puesto que de ser así (por ejemplo, reiteración de un expediente por estancia irregular), caben serias dudas sobre la viabilidad de acudir al internamiento como medida cautelar si no se acreditan por la Administración circunstancias nuevas que permitan objetivar un incremento de las posibilidades de materialización de la expulsión.

5.1.6. Cuando un letrado deba asistir a un ciudadano extranjero para el que se solicita el internamiento a fin de asegurar la ejecución forzosa de una resolución de expulsión, conforme a las previsiones del artículo 64.1 de la Ley de extranjería, requerirá de los servicios policiales la identidad de su compañero que asistió jurídicamente al interesado durante la tramitación del expediente y procurará entrar en contacto con él con la mayor premura para conocer los antecedentes del caso. En este supuesto el letrado habrá de entrevistarse reservadamente con su asistido con anterioridad a la audiencia judicial, a fin de informarle adecuadamente y recabar de él datos y documentos que puedan resultar relevantes.

5.1.7. El letrado que asista a un ciudadano extranjero para el que se solicite el internamiento con vistas a la ejecución forzosa por parte de las autoridades españolas de una expulsión dictada por otro Estado miembro de la Unión Europea (art. 64.3 de la Ley de extranjería), deberá recabar de su asistido la información precisa sobre las circunstancias en las que se tramitó el expediente sancionador que se pretende ejecutar y, si este manifiesta haber sido internado, deberá solicitar de la policía que compruebe este dato con sus homólogos del país que se trate, poniéndolo igualmente en conocimiento del juez para que éste lo tome en consideración a la hora de adoptar una decisión. Es criterio de esta Institución que al pretenderse la ejecución de un expediente, resulta obligatorio para las autoridades españolas atender a la restricción prevista en el artículo 62.2 de la Ley de extranjería, por lo que no deberá accederse al internamiento hasta tanto no quede acreditado que no se produjo un internamiento previo.

5.1.8. El letrado que preste asistencia al extranjero en el expediente de denegación de entrada velará porque se respeten las exigencias que la ley marca para los denominados «lugares de internamiento» (art. 60.2 de la Ley de extranjería). A estos efectos, si a criterio del letrado actuante la dependencia señalada por el juez no reúne las exigencias consagradas en la norma en lo referente a la dotación de servicios sociales, jurídicos, culturales y sanitarios, deberá ponerlo

en conocimiento del juzgado, especialmente cuando sea previsible que la medida de internamiento prolongue su duración varios días.

5.1.9. En el caso de que, por coexistir un procedimiento penal y otro administrativo de extranjería, deban intervenir dos letrados, velarán de manera conjunta para que la audiencia previa al internamiento no quede subsumida en la declaración judicial penal, especialmente cuando no haya sido convocado a la misma el letrado encargado de prestar asistencia en el procedimiento administrativo.

5.2. Actuaciones en los centros

5.2.1. Sin perjuicio de la recomendación que esta Institución ha formulado a la Dirección General de la Policía, para que se comunique a los centros de internamiento la identidad de los letrados que asisten jurídicamente a los ciudadanos extranjeros que permanezcan en los mismos, resulta recomendable que el letrado haga llegar al centro sus datos de contacto, para facilitar cualquier comunicación.

5.2.2. Habida cuenta del limitado número de centros de internamiento existentes en el territorio español, el control judicial de la medida por parte de los órganos judiciales que la autorizaron se torna en ocasiones muy difícil. Resulta, por ello, especialmente necesario que el letrado se mantenga en contacto con su asistido y, en la medida de lo posible, procure visitarlo en las instalaciones para informarlo de la situación, conocer su estado y advertir las eventuales incidencias que puedan surgir.

Igualmente velará para que se dé cumplimiento en sus estrictos términos a lo previsto en el apartado 6 del artículo 153 del Reglamento de extranjería que establece la obligación de la autoridad gubernativa de poner en conocimiento del juez autorizante, «cualquier circunstancia en relación con la situación de dicho extranjero internado».

5.2.3. Si para la interlocución con su asistido resulta necesaria la intermediación de un servicio de interpretación, el letrado debe informarse de si dicho servicio es proporcionado por el centro y, en caso contrario, requerir el uso de los servicios que tenga establecidos el colegio en cuya demarcación se encuentre el centro o los de una entidad no gubernamental que actúe en este ámbito. Como principio general, y para salvaguardar la confidencialidad, el letrado debe evitar que la interpretación se encomiende a otra persona internada.

5.2.4. En el caso de que un letrado estime que debe entrar en comunicación con su asistido fuera del horario habitual, por existir razones de urgencia, debe dirigirse al centro. El letrado deberá velar para que la información que aporta al centro para justificar la necesidad de entrar en comunicación con su asistido no vulnere la obligación de confidencialidad. En último término, y en

razón de esa obligación, la determinación de la urgencia le corresponde al propio letrado y en caso de conflicto deberá ser supervisada por los órganos colegiales encargados del control deontológico.

5.2.5. Dada la naturaleza del internamiento, que es una medida cautelar que pretende asegurar la ejecución de una devolución o expulsión, debe ponerse especial celo en efectuar un seguimiento del mismo a fin de instar el levantamiento anticipado de dicha medida si como consecuencia del desarrollo del procedimiento o por vicisitudes ajenas al mismo se tiene conocimiento de que la materialización de la resolución de que se trate no resultará posible. Para este fin será muy conveniente que en el curso de las entrevistas con sus asistidos les ilustren, por ejemplo, sobre el procedimiento que puede emplearse para determinar su nacionalidad y les aconsejen para que reclamen su presencia en el centro o se pongan en contacto telefónico con ellos, una vez que este procedimiento haya tenido lugar, a fin de conocer sus resultados. En el caso de que el letrado aprecie que se producen demoras en la puesta en conocimiento del juzgado que autorizó el internamiento de las circunstancias sobrevenidas que han hecho perder al internamiento su objeto, debe efectuar la oportuna comunicación al juzgado correspondiente para que éste reclame la información oportuna y alce la medida que acordó.

6. BUENAS PRÁCTICAS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE ASILO

6.1. El letrado, con carácter previo a la entrevista del solicitante de asilo con la Administración, deberá explicar de manera asequible para el nivel cultural de esa persona, el carácter del procedimiento y el desarrollo del mismo, el papel de cada una de las personas que intervienen en el procedimiento, su independencia y, en su caso, la gratuidad de su actuación como asesor jurídico.

6.2. El letrado deberá procurar, en la medida de lo posible, informarse con carácter previo a la realización de la asistencia sobre la necesidad de tener que utilizar intérprete. Asimismo velará para que en las labores de interpretación no participen personas que por su origen nacional, étnico u otras circunstancias personales puedan inducir a desconfianza al solicitante de asilo.

6.3. En atención a la brevedad de los plazos, particularmente en el procedimiento en frontera, el letrado considerará la asistencia a estas entrevistas como una obligación prioritaria y, en el supuesto de que sea imposible asistir, mantendrá una actitud de máxima colaboración para facilitar la concertación de una nueva cita con la mayor urgencia posible.

6.4. El letrado, respecto de la entrevista que se realiza por parte del instructor del expediente al solicitante de asilo, deberá atender a las siguientes cuestiones:

— Que el estado anímico de su asistido permite la realización de la entrevista, solicitando en caso de que aprecie lo contrario la puesta en prácti-

ca de medidas de atención y asistencia. Cuidará de que este hecho tenga fiel reflejo en el expediente.

— Que la formulación de las preguntas resulte comprensible para el nivel cultural del interesado, solicitando que se aclaren por el instructor aquellas cuestiones sobre las que advierta extrañeza o dudas en su asistido.
— Realizará preguntas adicionales que puedan completar o aclarar puntos oscuros.
— Que lo consignado en el formulario se corresponde fielmente con lo indicado por su asistido, leyéndolo antes de su firma.
— Requerirá que a la finalización del acto se le facilite copia íntegra del formulario cumplimentado por su asistido, debidamente sellado y foliado, así como copia de los restantes documentos aportados en ese acto por el asistido.

6.5. El letrado, cuando con ocasión de realizar su labor profesional, tenga noticia de que un ciudadano extranjero privado de libertad pretende solicitar asilo, deberá preocuparse de salvaguardar los intereses de su cliente respecto a:

— Que la solicitud se presenta, siempre que ello resulte posible, en el plazo máximo de un mes desde la entrada del extranjero a territorio nacional.
— Que la dirección del centro o lugar de detención tiene conocimiento de la intención de solicitar asilo de su asistido y que está adoptando las medidas oportunas para dar cumplimiento a los trámites preceptivos con diligencia.
— En caso de que se aprecien deficiencias o retrasos en la presentación de la solicitud, el letrado deberá solicitar de su cliente que le autorice por escrito a presentar su solicitud y recabará certificación de la dirección del centro indicativa de la situación del solicitante, a los efectos de dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 8.1 del Reglamento de la Ley de asilo. Corresponde en este último caso al letrado informar a su cliente de la obligación que tiene de ratificar su solicitud si en el momento de su puesta en libertad no ha efectuado aún la comparecencia en la que debe cumplimentarse y firmarse el correspondiente formulario de asilo.
— Que se adopten medidas para evitar la comunicación de la identidad de una persona que pretenda solicitar asilo a las autoridades consulares de su país de origen, así como que se evite la posibilidad de que éstas puedan mantener contacto con el interesado.

6.6. En los casos en que procede el reexamen de la resolución de la inadmisión a trámite, sería conveniente que el letrado, atendidas las circunstancias del caso, entrase en contacto con la Delegación en España del ACNUR para conocer su criterio sobre la solicitud de asilo e identificar los elementos fácticos o de cualquier otro tipo que podrían motivar un cambio de criterio por parte de la mencionada Delegación cuando su informe inicial hubiera sido negativo. Ha de tenerse especialmente en cuenta que un informe positivo de la representación del ACNUR en España abriría la vía del artículo 39.2 del Reglamento de la

Ley de asilo y permitiría fundar sólidamente una petición de suspensión judicial del acto administrativo denegatorio.

6.7. Cuando una solicitud de asilo sea admitida a trámite, el letrado deberá instruir al solicitante sobre las posibilidades que tiene para continuar disponiendo de asistencia jurídica. Esta labor de información, para la que se ha recomendado al Consejo General de la Abogacía que promueva la creación de un dossier único que facilite la labor, deberá comprender los siguientes aspectos:

— Fases que va a seguir el procedimiento, con indicación ilustrativa de los tiempos medios de tramitación que se están produciendo.
— Explicación sobre la obligación de colaboración que tiene el solicitante para la buena marcha del expediente (notificación de cambios de domicilio, paralización del procedimiento, etc.) y de las consecuencias que puede tener la falta de atención a este deber.
— En función del modelo de asistencia jurídica que se esté proporcionando, deberá explicársele si la actuación del letrado concluye con esta fase, indicándole en tal caso la forma en que el asistido puede continuar disponiendo de asistencia letrada, señalando las alternativas existentes y facilitando datos y direcciones específicas. Para el supuesto de que en el momento de la entrevista el solicitante no conozca el lugar en el que va a residir, el letrado deberá ofrecerle información general de cómo entrar en contacto con las organizaciones no gubernamentales con implantación en todo el territorio nacional, así como con los colegios de abogados.
— Indicación clara de que corresponderá al solicitante la decisión de optar por la asistencia jurídica que desea. Para el caso de que la misma se preste por un letrado distinto del que facilita la información, debería proporcionársele un informe técnico de lo actuado por este primer letrado, que contenga sus impresiones preliminares, las fuentes de información que ha manejado, los contactos con el ACNUR o con entidades sociales que ha realizado para la preparación y defensa del caso, así como cualquier otra información que considere relevante para el seguimiento del procedimiento. En el informe deben constar, asimismo, los medios de localización del letrado que realizó la primera asistencia a fin de permitir un posterior contacto entre los letrados, caso de ser necesario.

6.8. Resulta recomendable que el letrado que actúe en materia de asilo tenga conocimiento de las fuentes de información disponibles, especialmente sobre las zonas de origen. Habida cuenta de la definición uniforme que hace la Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados, puede resultar de interés el manejo y la cita de jurisprudencia extranjera.

6.9. Cuando se soliciten informes de apoyo por parte del ACNUR o de las asociaciones legalmente reconocidas que tengan entre sus objetivos el asesoramiento y la ayuda a los refugiados, el letrado deberá acompañar a su solicitud sus impresiones sobre la situación del solicitante, el grado de verosimilitud que atribuye a su relato y cuáles son, en su opinión, las cuestiones más necesitadas

de explicación suplementaria. Se trata de obtener informes de apoyo con el mayor grado de individualización posible.

6.10. En los casos en los que la instrucción mantenga que las alegaciones realizadas por el solicitante son vagas, genéricas o imprecisas, el letrado, con carácter previo a que se eleve el expediente a la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, procurará en lo posible, ampliar las alegaciones y facilitar las explicaciones y aclaraciones necesarias para evitar que el expediente sea considerado falto de credibilidad.

6.11. El letrado acudirá a todas las entrevistas que su asistido deba realizar ante la Oficina de Asilo y Refugio, a fin de adquirir de esa forma un conocimiento completo de todas las manifestaciones efectuadas por su defendido.

7. BUENAS PRÁCTICAS EN LAS ACTUACIONES ANTE LA JURISDICCIÓN

7.1. En aquellos colegios de abogados en los que se designan abogados diferentes para asistir en el procedimiento administrativo relativo a la Ley de extranjería y en el procedimiento penal, los dos letrados estarán obligados a coordinar su actuación y velarán para que cada uno intervenga dentro de la parcela que le corresponde, procurando dar coherencia y unidad de actuación a la estrategia defensiva del ciudadano al que asisten.

7.2. El letrado que asista a un ciudadano extranjero que pueda verse afectado por lo previsto en los artículos 89 y 108 del Código Penal, le informará de manera concreta acerca de las consecuencias jurídicas que produce la denominada «conformidad penal», al tiempo que le advertirá de la previsión contenida en esos artículos respecto a la sustitución de la pena o medida de seguridad por la expulsión. Una vez instruidos de manera suficiente los interesados, el letrado diseñará su estrategia defensiva en función de los intereses de la persona a la que defiende.

7.3. El letrado que tenga encomendada la defensa de un menor extranjero sometido a la Ley Orgánica 5/2000, cuando el mismo se encuentre cautelarmente internado en un centro de reforma, procurará visitarlo y preparar la defensa del mismo con anterioridad al día señalado para la vista oral. Igualmente velará para que en el supuesto de recaer una sentencia en la que se imponga una medida de internamiento en un centro de reforma, el menor cuente a lo largo de la duración de esa medida con el debido asesoramiento y asistencia jurídica que le permitan sustituir, modificar o reducir la duración de dicha medida.

7.4. En los casos de menores extranjeros no documentados que se encuentren internados en centros de reforma, el letrado encargado de su defensa, sin perjuicio de las obligaciones que afectan a las administraciones en orden a documentar a esa persona, promoverá cuantas acciones sean necesarias para

documentar al menor, de conformidad con lo previsto en la normativa de protección de menores.

7.5. El letrado que intervenga ante la jurisdicción ejercitando alguna acción derivada de la Ley de asilo, en el caso de que no haya intervenido en la vía administrativa previa, deberá mantener contacto con el letrado que asumió esa función, con objeto de velar por la coherencia global de la actuación letrada.

8. BUENAS PRÁCTICAS EN LA ASISTENCIA JURÍDICA A MENORES EXTRANJEROS

8.1. El letrado que defienda los intereses de un adulto que esté acompañado de menores que dependan de él velará para que se respeten también los derechos de los menores, teniendo siempre presente que la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 proclama expresamente que el menor no habrá de ser separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando tal separación sea necesaria para el superior interés del menor.

8.2. El letrado que defienda los intereses del adulto y de un menor o menores acompañados por aquél deberá procurar que la obligación de la Administración de facilitar medidas de protección del menor sea compatible con el derecho del progenitor a conocer la situación de su hijo y el lugar en que se encuentra. Si apreciara la existencia de intereses contrapuestos, deberá ponerlo en conocimiento del colegio de abogados correspondiente para que se designe un nuevo letrado al menor.

8.3. El letrado deberá instar, en los supuestos en los que existan dudas razonables sobre la edad del menor, que el Fiscal se pronuncie expresamente sobre dicha edad, una vez practicadas las pruebas necesarias. Asimismo promoverá las acciones oportunas en defensa del menor, cuando no comparta la decisión adoptada.

8.4. El letrado utilizará en las entrevistas y demás encuentros con el menor asistido un lenguaje claro y adecuado a las condiciones del menor, procurando generar un clima de confianza que le permita conocer las auténticas circunstancias del mismo.

8.5. El letrado tendrá conocimiento en todo momento del lugar en que se encuentra el menor al que asiste, a fin de comunicarse con él y evaluar los deseos de su asistido, tomando en consideración sus condiciones de madurez y la necesidad de atender al interés superior del mismo.

8.6. El letrado promoverá la adopción de la medida cautelar de suspensión por la jurisdicción contencioso-administrativa en caso de que se acuerde la repatriación del menor y no considere ésta conforme al superior interés del mismo.

8.7. El letrado, en el expediente de desamparo del menor ante la Administración autonómica competente realizará las siguientes actuaciones:

— Promoverá medidas urgentes de protección, si resulta necesario.
— Velará para que al menor al que se le hubiera incoado un expediente de repatriación se le inicie, en el caso de que no se hubiera producido ya, un expediente de desamparo.
— Comprobará que los informes emitidos sobre la situación personal, familiar y social del menor sean multidisciplinares, como exige la ley.
— Cuidará de que se respete el derecho del menor a ser oído de manera adecuada para su edad y madurez.

8.8. El letrado velará para que la Administración encargada de dictar las medidas de protección, acuerde la más adecuada cuando exista una situación de desamparo y se opondrá a que la Administración General del Estado acuerde la repatriación cuando aprecie riesgo o peligro para la integridad del menor.

8.9. El letrado, en su intervención ante la Administración General del Estado, deberá velar para que la repatriación sólo se acuerde si se dieran las condiciones para la efectiva reagrupación familiar del menor o para la adecuada tutela por parte de los servicios de protección de menores del país de origen. A tal efecto, requerirá a la Administración que instruya el expediente que en el mismo consten informes fundados sobre la familia y, en su defecto, sobre los servicios de protección del país al que podría repatriarse al menor. Si hubo anteriormente una repatriación fallida, el letrado se opondrá a que se lleve a efecto la nueva repatriación, dada su previsible ineficacia, si no han variado las circunstancias.

8.10. El letrado procurará mantenerse informado de todas las circunstancias que concurran en la ejecución de la repatriación, en orden a promover lo que más convenga al derecho del menor, en el supuesto de que aparezcan circunstancias nuevas que aconsejen la suspensión o, incluso, la revocación de la repatriación acordada.

8.11. El letrado, en orden a facilitar la integración del menor que va a permanecer en España, promoverá el ejercicio de los derechos en materia de residencia y nacionalidad que al mismo otorga la legislación vigente.

8.12. El letrado que intervenga asistiendo a un menor extranjero detenido al amparo de la Ley Orgánica 5/2000, velará para que esa detención se comunique a las correspondientes autoridades consulares. Igualmente cuidará de que al ingresar en el centro de reforma se informe al menor, en su idioma y por escrito, sobre sus derechos y obligaciones, régimen de internamiento, cuestiones organizativas generales, normas disciplinarias y los medios que existen para formular peticiones, quejas o recursos.