



JORNADAS



XXVIII JORNADAS DE EXTRANJERÍA Y PROTECCIÓN INTERNACIONAL

La defensa de los DDHH de las personas migrantes

70 ANIVERSARIO DE LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS

#JornadasExtranjería

ASISTENCIA LETRADA ANTE LLEGADAS COLECTIVAS

Autor: José Luis Rodríguez Candela

Abogado. Doctor en derecho. Licenciado en Ciencias Políticas, profesor de derecho penal de la Universidad de Málaga y Coordinador del equipo jurídico de Andalucía Acoge

Asistencia letrada

- La llegada podrá ser colectiva, la asistencia letrada deberá ser individualizada.
 - Para ello imprescindible no más de 12 asistencias por letrado. La asistencia letrada la organiza el colegio no la policía
 - Lectura derechos art. 520 LECrim. y 22 Ley extranjería.
- Asistencia intérprete.
- Entrevista personal y reservada con cada una de las personas atendidas y con el intérprete.
 - Identificación letrado, facilitando datos del abogado al extranjero, mediante una tarjeta con sus datos, o bien su nombre y teléfono.
 - Garantía imparcialidad
 - No usar mascarilla ni guantes, por innecesaria. Crea una frontera entre letrado y defendido difícil de superar. Y ello a pesar del protocolo del CGAE

Valoración circunstancias personales

Protección internacional

Menores no acompañados

Víctimas de trata

Protección internacional

- Información derecho asilo
- El asilo es un derecho, no una estrategia procesal
- El principio de no devolución
 - Prohibición de entrega a un Estado en que se corra un grave riesgo de ser sometido a pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes o donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas.
- Hacer constar la manifestación de la voluntad de pedir asilo. Se puede formalizar en 3 días
Directiva procedimiento 2013/32, art. 6.

Asilo en frontera

- 96 horas silencio positivo para la admisión a trámite.

Cómputo de hora a hora

En frontera SAN sección 2ª 21/1/2017

En Cíes auto 29/12/2017 sección 2ª AN.
Opinión contraria auto 2 enero de 2018 AN
sección 8ª. Dice ya están en territorio pero se
tramita como asilo en frontera excepto en los
plazos

- Asistencia letrada preceptiva. SAN 24/1/2017

- No internamiento solicitante asilo

Art. 22 Ley asilo. Lugares habilitados al efecto

EL PROCEDIMIENTO PARA LA DETERMINACIÓN DE LA EDAD



RESULTA IMPOSIBLE DETERMINAR LA EDAD DE UNA PERSONA CON UN 100% DE EXACTITUD MEDIANTE PRUEBAS MÉDICAS.

¿Cuándo se procede a realizar las pruebas de determinación de la edad? (Art. 35. 3 LOEX, art. 189 y 190 RLOEX, Protocolo MENA, capítulo V, apartado primero, BOE 16 de Octubre de 2014).

- Localización por Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de *un extranjero indocumentado* **cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad**. DEBEMOS ATENDER A TODOS LOS INDICIOS QUE NOS HAGAN DUDAR SOBRE SU EDAD (apariencia física, manifestaciones del mismo o de otros integrantes del grupo, cualquier tipo de documento que porte)
- Puesta en **conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal**, que dispondrá la realización de las pruebas necesarias para la determinación de su edad. Apartado tercero.

- Cuando la persona aporte documentación como pasaporte o documento equivalente de identidad será suficiente para tener por su acreditada su minoría de edad (**Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 23 septiembre 2014 y 24 de septiembre de 2014.**)

Ante la **duda sobre la legalidad de estos documentos** procede realizar un juicio de proporcionalidad y ponderar adecuadamente las razones por las que se considera que el documento no es fiable y que por ello se debe acudir a las pruebas de determinación de la edad. Competencia que recae nuevamente en el Ministerio Fiscal (Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, art. 12)

- Solo en el caso de no poder acreditar documentalmente la edad, se iniciará el proceso de determinación médica de la edad, que es **COMPETENCIA EXCLUSIVA DEL MINISTERIO FISCAL**, el cual incoará expediente que finalizará con Decreto de determinación de edad (Apartado quinto.1).

- **La Policía Nacional no está facultada para ordenar la práctica de estas pruebas**, quedando viciados de nulidad los resultados obtenidos, y prevaleciendo la presunción de minoría de edad.

¿Quién realiza estas pruebas médicas?

- El Protocolo señala que la realizará personal médico especializado (también **podrán ser realizadas por los Médicos Forenses** que, además podrán ser llamados en cualquier momento por el Fiscal para completar, precisar o ampliar los dictámenes recibidos).
- El protocolo es de obligado cumplimiento y vinculante.

“ACUERDAN

La aprobación del Protocolo marco sobre determinadas actuaciones en relación con los menores extranjeros no acompañados, anexo al presente Acuerdo, al que se atenderán todas las instituciones firmantes en el ejercicio de sus funciones en relación con dichos Menores”

También el carácter vinculante para quienes lo suscriben en el apartado primero.1 .3.

Requisitos para la realización de las pruebas:

Debe constar en consentimiento expreso del presunto menor.

Apartado quinto.2.

Autorización del Fiscal

¿Cuáles son las pruebas que deben practicarse? Apartado quinto.5

- Examen físico y entrevista personal.**
- Estudio radiográfico del carpio de la **mano izquierda**. Insuficiente por si. SAN 9/10/2017 referida solicitante asilo.
- Estudio radiográfico de la **edad dental**.
- Estudio radiográfico de la extremidad proximal de la **clavícula**.

Las pruebas a realizar devienen de las “**Conclusiones de la Jornada de Trabajo sobre Determinación Forense de la Edad de los MENA. Documento de Consenso de Buenas Prácticas entre los Institutos de Medicina Legal de España. En: Revista Española de Medicina Legal. 2011, Vol. 37, número 1, enero-marzo**”, a las cuales hace referencia el Protocolo MENA.

El Protocolo MENA también recoge la **posibilidad de traslado del menor a presencia del/de la Fiscal**.

En la práctica **únicamente se procede a realizar la radiografía de la muñeca**, lo cual constituye una ilegalidad en el procedimiento. No es válida por si sola STS 17/6/13 “...no da lugar a resultados que puedan considerarse absolutos y exactos sino que se trata de un método predictivo que necesariamente presenta desviaciones...”

La Audiencia Nacional, sala de lo contencioso, sección 2ª, insiste en la inexactitud de dicha prueba en su sentencia de 9 de octubre de 2017.

“el método consiste en comparar los resultados con los estándares (en imágenes) del Atlas de Greulich y Pyle, con referencia a la maduración ósea que presenta la media de la población a una determinada edad cronológica y que está basada en mediciones realizadas en niños de raza blanca en Estados Unidos y Europa, sin tomar en consideración las características étnicas, sociales, culturales, nutricionales y medioambientales, que pueden tener una importante influencia en el desarrollo y madurez física y psíquica de la persona. Se menciona, incluso, la conveniencia de expresar que las determinaciones de edad basadas en el examen de los huesos de la muñeca deberían incluir un margen de error de, al menos, veinte meses.”

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

¿Cómo se establece el resultado de las pruebas?

- No puede establecerse la edad de manera exacta, ni con alusiones como “es mayor de 18 años”, sino que debe establecerse una **horquilla de edad**.
- El porcentaje de incertidumbre o de desviación estándar de la horquilla es de **18 meses** (Conclusiones del Encuentro de Fiscales Especialistas en Menores y Extranjería realizadas en Madrid a 20 de abril de 2010). STS 10/12/2014
- Se acordará la edad según el **valor menor** de la horquilla. Por ejemplo, si señala que la horquilla de edad es de entre 17 y 18 años y medio, se establece la edad en 17 años.
- La resolución del Ministerio Fiscal acordando la edad adoptará la forma de **Decreto**.

¿Es recurrible el Decreto del Ministerio Fiscal?

- Es recurrible directamente en revisión ante el propio Ministerio Fiscal.
- En un procedimiento ordinario TC Sala Primera. Auto 172/2013, de 9 de septiembre de 2013. BOE 9 de octubre de 2013. y Sala Segunda. Auto 151/2013, de 8 de julio de 2013.

- Encontramos formas indirectas de atacar el procedimiento de determinación de la edad ante las deficiencias del mismo o la aparición de nueva documentación:
 - a) Trámite de audiencia previa al internamiento (art. 62 LOEX).
 - b) Recurso de reforma y/o apelación ante auto internamiento (art. 766 LECr).
 - c) Escrito/queja al Juzgado de Control, Juzgado de Instrucción que acordó el internamiento o Ministerio Fiscal (Dictamen 2/2014 de la Unidad de Extranjería de la Fiscalía General del Estado).
 - d) En recurso de Alzada contra devolución y posterior contencioso administrativo.

Comité derechos del Niño

- Convención Derechos del Niño 20 noviembre 1989
 - Art.3 interés superior del niño
 - Art. 11 lucha contra traslados ilícitos de niños al extranjero.
 - Art. 20 Niños separados de su entorno familiar tiene derecho a protección especial por el Estado.
 - Art. 37 Prohibición de privación de libertad arbitraria y siempre separado adultos.

- Protocolo facultativo relativo a un proceso de comunicaciones (BOE 31/1/14)
 - Art. 5 Comunicaciones individuales
 - Art. 6 medidas provisionales
 - Art. 7 admisibilidad. Inadmisibles:
 - Anónimas
 - No presentadas por escrito
 - Abuso derecho
 - Cuestión que ya este siendo examinada
 - No agotamiento vía interna, salvo demora injustificada o que **no suponga reparación efectiva**
 - Manifiestamente infundada
 - Hechos antes entrada en vigor del protocolo
 - Fuera plazo. 1 año tras agotamiento vía interna
- Reglamento comité Derechos humanos
 - Art. 97 El estado puede pedir decisión previa sobre inadmisibilidad

Observación General 6 Trato niños, niñas y adolescentes no acompañados fuera de su país de origen

CRC/GC/2005/6 Septiembre 2005

- Han de adoptarse todas las disposiciones necesarias para la identificación de estos menores
- Interés superior del niño
- Determinación de la edad nada mas llegar y no solo sobre el aspecto físico, sino también su madurez psicológica. La evaluación deberá realizarse con aspecto científicos. En caso de incertidumbre beneficio de la duda
- Por regla general no se le privará de libertad. Y además prohibido por su condición de inmigrante.
- Retorno al país de origen no se efectuará sin tomar previamente disposiciones concretas y seguras de atención y custodia a su regreso.

Víctimas de trata

Detección art. 59 bis.1 *Las autoridades competentes adoptarán las medidas necesarias para la identificación de las víctimas de la trata*

Contacto con Ongs especializadas women link, adoratrices

Pedir periodo restablecimiento y reflexión por 90 días. No es necesario acepte su situación, basta con que se sospeche su situación, aún cuando ella misma no acepte. Art. 59 bis.2 *“cuando estimen que existen motivos razonables para creer que una persona extranjera en situación irregular ha sido víctima de trata de seres humanos informarán a la persona interesada sobre las previsiones del presente artículo y elevarán a la autoridad competente para su resolución la oportuna propuesta “ Suspende el expte de expulsión*

Art. 140 y ss RD 557/2011

Asistencia letrada en el internamiento

STC 115/87 hace aplicable al caso de los extranjeros la doctrina de la privación de libertad

- Principio de excepcionalidad: Imprescindible para el expediente
- Favor libertatis
- Tiempo mínimo imprescindible
- Garantías equiparables a la de las detenciones penales.

Celebración vistilla, art. 505 Lecrim.

- *”3. podrán quienes concurrieren realizar alegaciones y proponer los medios de prueba que puedan practicarse en el acto o dentro de las 72 horas antes indicadas en el apartado anterior.”*

Recurrible en apelación, art. 507 Lecrim. por analogía AP Granada Secc.1ª Auto 246 31 de Marzo de 2009.

Apud acta para poder ostentar la representación en el contencioso-administrativo, art. 24.1 LEC. ”...ante el Secretario judicial de cualquier Oficina judicial.”

Internamiento

art. 62.1 LOEx (...): El Juez, previa audiencia del interesado y del Ministerio Fiscal, resolverá mediante auto motivado, en el que, de acuerdo con el principio de Proporcionalidad, tomará en consideración las circunstancias concurrentes y, en especial, el riesgo de incomparecencia por carecer de domicilio o de documentación identificativa, las actuaciones del extranjero tendentes a dificultar o evitar la expulsión, así como la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes.

Asimismo, en caso de enfermedad grave del extranjero, el juez valorará el riesgo del internamiento para la salud pública o la salud del propio extranjero.

Incompatible con internamientos colectivos

Recurso apelación directo, sin reforma. No perdida objeto Sala Primera TC. Sentencia 169/2008, de 15 de diciembre de 2008 (BOE núm. 8, de 9 de enero de 2009).

Aspectos relevantes a valorar sobre la procedencia del internamiento

- A) Circunstancias personales vinculadas al riesgo de ejecución, art. 8.1 CEDH
- B) Circunstancias personales vinculadas a la concurrencia de excepciones a la ejecución. Mujeres embarazadas
- C) Circunstancias objetivas vinculadas a la posibilidad material de inejecución artículo 15, apartado 4, de la Directiva 2008/115. *STJUE 30/09/2009 (C-357/09), caso Shamilovich (desaparezca perspectiva razonable de expulsión)*
- E) La acreditación documental de los extremos alegados.
- F) Existencia de medidas menos limitativas de derecho, art. 61.1. proponerla al juez, apdo f.
- D) Circunstancias relativas al lugar y condiciones de internamiento. CIE Algeciras. ¿Anexo? Tarifa

Ilegalidad cie Tarifa

La figura de “anexo” del CIE de Algeciras carece de cobertura jurídica, aspectos que respaldan tanto el Defensor del Pueblo como la Fiscalía General del Estado.

Informe del Defensor del Pueblo del año 2009: “la figura de un «anexo» no tiene encaje en la legislación reguladora de los centros de internamiento”.

Memoria Fiscalía General del Estado del año 2010: “El centro carece de normativa reguladora, no existe orden ministerial por la que se haya procedido a la creación del mismo conforme a lo dispuesto en artículo 155.1.2 del Real Decreto 2393/2004, de 30 diciembre, actuando como un apéndice o anexo al CIE de Algeciras”

Según el Reglamento que regula los centros de internamiento, en su artículo 5, la creación de los centros de internamiento ha de hacerse por Orden Ministerial. Y no existe orden ministerial alguna que acuerde la creación del centro de tarifa. Tan sólo permite el párrafo 2º del art. 5 del reglamento de Cies la privación de libertad en otros lugares distintos, en situaciones de emergencia que desborden la capacidad de los centros. Esto ha sido interpretado por el Tribunal Supremo en pleno, en sentencia de 10 de Febrero de 2015 (BOE de 19/05/2015), en el fundamento 2º en el sentido de que ha de ser temporal.

Circular 6/2014, 11-07-2014, DGP, sobre los “Criterios para solicitar el ingreso de ciudadanos extranjeros en los centros de internamiento”

Circunstancias sobre la posibilidad real de ejecutarse la repatriación.

■ Se realizará una valoración sobre la viabilidad real de la materialización de la expulsión teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias:

- Si el expediente está provisto de documento de viaje o pasaporte.
- Si se trata de un nacional de un país que tiene o no representación diplomática o consular en España.
- Si se trata de un nacional que no será documentado por las autoridades consulares de su país.
- Si es nacional de un país que, aunque lo documente, es factible que transcurra el plazo de 60 días máximo del internamiento.

En aquellos casos de especial complejidad se podrá recabar información de la Unidad Central de Expulsiones y Repatriaciones de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras,

Porcentaje de expulsiones desde el CIE

Año	CIE	Nº de internamientos	Nº de ejecuciones	Porcentaje
2011	Algeciras/Tarifa	3.076	1.533	49,84%
2012	Algeciras/Tarifa	3.262	1.197	36,69%
2013	Algeciras/Tarifa	2.484	983	39,57%
2014	Algeciras/Tarifa	2.001	644	32,18%
2015	Algeciras/Tarifa	2.303	472	20,50%
2016	Algeciras/Tarifa	3101	465	14,99%
2016	Tarifa		80	

Fuente: elaboración Jesús Mancilla (Algeciras Acoge) a partir de información facilitada por la DGP. Datos obtenidos de la página web del Ministerio del Interior. Publicado en los Informes del Defensor del Pueblo como MNP.

Recursos administrativos y judiciales frente a una llegada marítima

Recursos administrativos

Alzada ante Delegado Gobierno en plazo de un mes. No agota la vía administrativa DF 14 RD 557/2011. Art. 121 Ley 39/2015.

Debe interponerse a través registro electrónico si actuamos en representación.

Petición suspensión administrativa, art. 117 Ley 39/2015. Silencio positivo, art. 117.3 si transcurre un mes sin responder sobre la suspensión.

No puede ejecutarse sin que se haya resuelto sobre la suspensión administrativa. STS 28/2/2006 Sala tercera sección 5ª recurso casación 6845/2002.

plazo para resolver tres meses, silencio desestimatorio del recurso, art. 122.2

Recursos jurisdiccionales

Contencioso administrativo. Juzgado contencioso administrativo de la sede del órgano que dictó la resolución en primera instancia .

Procedimiento abreviado, art. 78 LRJCA

Suspensión “...la parte actora formula solicitud de asilo por razones humanitarias el día 28 de junio de 2017, a lo que ya se alude en la propia Acta de Asistencia Jurídica de 11 de junio de 2017, estableciendo el art. 19.1 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del Derecho de Asilo y de la Protección Subsidiaria, que “no podrá la persona extranjera, ser objeto de expulsión, retorno o devolución hasta que se resuelva sobre su solicitud o ésta sea inadmitida”, por lo que en consecuencia procede conceder la medida cautelar instada consistente en suspensión de la ejecutividad de la resolución impugnada...” JCA 4 Málaga y JCA 5 Málaga autos 322 y 323/17 de 27 de octubre.

Suspensión cautelarísima, art. 135 LRJCA

Protección jurisdiccional derechos fundamentales

Recurso de protección jurisdiccional de derechos fundamentales, art. 114 y ss. La interposición del recurso especial de protección de los derechos fundamentales no exige el agotamiento de la vía administrativa [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 19 de diciembre de 2011 (RC 6780/2009); y 13 de octubre de 2009 (RC 5774/2006)].

Problema: Alegar vulneración derecho fundamental:

- Derecho asilo, art. 13 CE. Art. 18 Carta derechos fundamentales UE. Sentencia TC 26/2014, de 13 de febrero de 2014, BOE 11 de marzo 2014. Incorporar el Derecho de la Unión a través del art. 10.2 CE o, en su caso, de la doctrina de las vulneraciones indirectas si ésta resulta aplicable por razón de la materia. No sufrir tratos inhumanos o degradantes, derecho libertad, vida, etc...

-Menores edad, protección infancia, art. 39.4 CE reconducir derecho intimidad personal.

Recurso contencioso acto de trámite

¿Podría considerarse la resolución de devolución pendiente de alzada definitiva pero no firme, acto de trámite impugnabile?

Art. 25 LRJCA contra los actos de trámite si afectan a la situación personal del interesado, si son susceptibles de incidir negativamente en un derecho fundamental, si deciden directa o indirectamente sobre el fondo del asunto, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos.

SSTS 28 de octubre de 2005, 28 de octubre de 2005, y 12 de mayo de 2006.

SENTENCIAS

Falta de motivación, ausencia informes policiales sobre la situación del rescate. Resolución estereotipada. No recoge ni el nombre de los rescatados, ni la posición donde fueron localizados. Sent. 309/17 de 30 de octubre ,JCA 4 Málaga

De lo hasta ahora expuesto creo que no habrá inconveniente en estar conformes en que pese a que una decisión de devolución no requiera expediente administrativo, sí requiere que, en todo caso, esté motivada, esto es, que se sustente en un expediente, entendida esta palabra como documento/s que sugiera estar en presencia del presupuesto de hecho previsto en la norma que se pretende aplicar -. Si no es así, si se decide en base a hechos cuyo rastro no aparece en el expediente, se estará faltando al deber de motivar pues, en tal caso, la decisión no podrá decirse que estaba basada en informe previo de constancia de la concurrencia del hecho, si no en un **mero iluminismo sobre lo fáctico**. Sent. 409/2017 de 10 de octubre JCA 3 Málaga

Debería haberse incorporado informe detallado de la guardia civil donde se hubiese identificado a los presuntos integrantes de la patera que llegó a la costa y no por el mero hecho de estar junto a la carretera. Sent. 344/17 de 20 de julio JCA 3

Málaga

Solicitud asilo en lectura derechos, antes devolución. Estimación parcial suspensión expulsión hasta tanto se resuelva asilo Sent. 328/17 de 20 octubre JCA 5

Málaga

No se identifica posición de salvamento. La pretensión de entrada según art.157 RD 557/2011 exige que sea interceptado en sus fronteras o inmediaciones. No basta alusión a alta mar . Sent. 243/17 de 27 julio JCA 4 Málaga.