

DERECHOS HUMANOS EN LA FRONTERA

Guía práctica de
asesoramiento
en llegadas



Andalucía **Acoge**

Proyecto Themis

Financiado por la Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación de la Junta de Andalucía. La entidad financiadora no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores/as.

AUTORES/AS (POR ORDEN ALFABÉTICO):

Alarcón Velasco, Noemí - Málaga Acoge
Borrego Fuentes, Antonio - Melilla Acoge
Carbonell Sendra, Marina - Granada Acoge
Carrillo Hoces, Nieves - Federación Andalucía Acoge
García López, Patricia - Huelva Acoge
Portilla Seiquer, Isabel - Jaén Acoge
Robles Lozano, Sara - Huelva Acoge
De Rossi, Liliana - Málaga Acoge
Villahoz Rodríguez, José - Algeciras Acoge

Mónica García Domínguez (Coordinadora)
Elvira Pérez de Madrid - Federación Andalucía Acoge (Coordinadora)
Ángela Méndez Izquierdo - Federación Andalucía Acoge (Colaboración)

EDITA:

Federación Andalucía Acoge - www.acoge.org - acoge@acoge.org

DISEÑO Y MAQUETACIÓN:

LA HUERTA Agencia - lahuertaagencia.com



Derechos Humanos en la Frontera by Varias personas autoras (edita Andalucía Acoge) is licensed under a [Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/).

ISBN – 13 – 978-84-09-18092-9



Índice

CAPÍTULO 0. INTRODUCCIÓN

pág. 6

CAPÍTULO 1. ENTRADA EN ESPAÑA.

Requisitos de entrada en España, puestos habilitados, tipos de visados.

pág. 10

CAPÍTULO 2. DENEGACIÓN DE ENTRADA EN ESPAÑA. Rechazo en frontera, devoluciones en caliente.

pág. 20

CAPÍTULO 3. INFRACCIONES EN MATERIA DE EXTRANJERÍA.

Procedimiento sancionador de expulsión, procedimiento ordinario y preferente. Abuso del procedimiento preferente.

pág. 26

CAPÍTULO 4. ASISTENCIA LETRADA EN FRONTERA.

Llegadas por vía marítima, asistencia, vías de recurso.

pág. 36

CAPÍTULO 5. CONVENIO DE MARRUECOS.

Definición, contextualización, consecuencias prácticas.

pág. 42

CAPÍTULO 6. SITUACIONES DE VULNERABILIDAD I.

Acceso al Procedimiento de Asilo en Frontera vs asilo en territorio.

pág. 52

CAPÍTULO 7. SITUACIONES DE VULNERABILIDAD II.

Posibles víctimas de trata de seres humanos. Identificación, detección en frontera, procedimiento, análisis práctico.

pág. 62

CAPÍTULO 8. CONCLUSIONES

pág. 72

"Los náufragos de la globalización peregrinan inventando caminos, queriendo casa, golpeando puertas: las puertas que se abren, mágicamente, al paso del dinero, se cierran en sus narices".

Eduardo Galeano

"Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país".

Así lo recoge el artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

En el contexto social en el que nos encontramos deberíamos plantearnos por qué toleramos constantemente esta falta de respeto a las leyes y a la propia dignidad humana. Como sociedad del llamado primer mundo, donde en teoría priman los valores de la solidaridad, debemos hacer un ejercicio de conciencia y preguntarnos cómo es posible que nuestras instituciones no estén a la altura de este gran reto que nos ha deparado la llegada de miles de personas a nuestras fronteras. Desde la caída del muro de Berlín, hace 30 años, vivimos en una sociedad en la que el mismo sistema occidental está blindando fronteras y prohibiendo la entrada de personas que están ejerciendo el derecho a moverse libremente.

La gran mayoría de las personas que han salido de su país lo han hecho en contra de su voluntad, y al llegar a Europa se encuentran con unas leyes que nos les ampara. Tanto Europa como España siguen manteniendo unas políticas migratorias basada en la seguridad de las fronteras. Es necesaria y prioritaria una gestión humanitaria basada en el respeto a los Derechos Humanos y con una visión global e inclusiva de las migraciones. El mundo necesita un nuevo marco integral de gestión migratoria para hacer frente a todo lo relacionado con la movilidad humana.

Andalucía Acoge, en el marco del proyecto THEMIS, financiado por la Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación de la Junta de Andalucía, publica esta guía práctica dirigida a profesionales del ámbito jurídico y a cualquier persona interesada en la materia, la cual recoge las diferentes situaciones a las que se enfrentan las personas migrantes que llegan a frontera, y cómo se gestiona jurídicamente su entrada; con especial atención a situaciones de vulnerabilidad tales como víctimas de trata de seres humanos y solicitantes de Protección Internacional.

Nuestra Federación siguiendo la línea de incidencia y de denuncia de vulneración de Derechos de las personas migrantes, da continuidad con este trabajo a la guía "Derechos y libertades de las personas extranjeras en España", publicada el pasado año en el marco del proyecto Themis.

En Andalucía Acoge trabajaremos siempre para alcanzar un modelo de ciudadanía plural e inclusiva y seguiremos luchando para garantizar la vida y la dignidad de todas las personas que llegan a la frontera.

Elena Tajuelo

Presidenta de Andalucía Acoge

La elaboración de la publicación “Derechos Humanos en la Frontera” forma parte de la labor desarrollada a lo largo de todos estos años por el equipo jurídico de Andalucía Acoge en la lucha por la igualdad, la promoción y defensa de los derechos de las personas inmigrantes que residen en España desde el año 1992. Desde sus inicios, el equipo jurídico se ha caracterizado por un marcado carácter reivindicativo que se ha concretado en diversas actuaciones, unas de carácter impugnatorio como la interposición de recursos y quejas, y otras de “reivindicación positiva” como los informes de inconstitucionalidad, aportaciones a Proyectos y anteproyectos de Leyes de ámbito autonómico y estatal y las propuestas de elaboración / modificación de normativas tanto específicas de extranjería como de carácter general que afectan también a la población inmigrante. Todas estas actuaciones se han realizado en consonancia con las reivindicaciones que Andalucía Acoge ha articulado en torno a ejes temáticos tales como: el derecho a vivir en familia, el derecho a la educación, a justicia gratuita, regulación de los Cies, acceso a becas y ayudas en igualdad de condiciones que la población autóctona así como la defensa de los derechos de las personas inmigrantes que intentan llegar a España.

El objeto de este estudio profundiza en el análisis de los derechos de los extranjeros en lo que denominamos “frontera Sur” desde la perspectiva de los derechos humanos, y se torna en una de las realidades que centran en gran medida la actualidad la cuestión migratoria: el control de fronteras y la gestión de los flujos migratorios, donde se evidencia una realidad material cada vez más alejada de la político-jurídica y donde la Frontera sur española en particular y la europea en general son un ejemplo clarividente al respecto.

El análisis jurídico de las entradas pone de manifiesto por un lado, la necesidad de reformas legales que garanticen con más rotundidad los derechos contemplados en la normativa actual, y por otro, en la observancia de las garantías que contempla la misma a fin de evitar incumplimientos de los derechos de estas personas, y en especial, de los más vulnerables como los menores de edad, solicitantes de asilo y refugio o las víctimas de trata entre otros. Para ello, una asistencia jurídica en Frontera de calidad es esencial y en muchos casos determinante para poder alcanzar la protección de estas situaciones. Es en este contexto donde se ponen de manifiesto, por una parte, las deficiencias en el sistema de garantías en la asistencia en general a las personas que intentan llegar a nuestro territorio y, por otra, es esencial en la detección de prácticas de dudosa legalidad como las denominadas “devoluciones en caliente” sobre las que el Tribunal Europeo de Derechos humanos ha sido contundente en la Sentencia 03 de Octubre de 2017:

<<Las expulsiones sin garantías violan el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en concreto, el Artículo 4 del Protocolo 4 que prohíbe expresamente esta práctica, es decir, las expulsiones colectivas sin identificación y garantías, y el art 13 que establece el derecho a un recurso efectivo a toda persona “cuyos derechos y libertades hayan sido violados.”>> ECHR 291 (2017).

Se reconoce así, que existe un vínculo claro entre la expulsión colectiva y el hecho de que se impida acceder a un recurso que les hubiera permitido presentar una queja ante autoridad competente, y obtener una minuciosa revisión de sus solicitudes antes de su devolución.

Finalmente con este trabajo el equipo jurídico de Andalucía Acoge, siguiendo la senda de su anterior publicación “Derechos y libertades de las personas extranjeras en España”, desde nuestra experiencia y con el acervo que nos caracteriza, aporta una herramienta de trabajo útil a todos a los y las profesionales que trabajan con personas extranjeras, y sobre todo a los del ámbito jurídico, contribuyendo así a la mejora de la defensa de los derechos de las personas extranjeras que tratan de llegar a nuestro territorio.

Pilar Rondón García
Coordinadora del Equipo Jurídico de la Federación Andalucía Acoge



INTRODUCCIÓN



CAPÍTULO 0: INTRODUCCIÓN.

La Federación Andalucía Acoge cuenta con una trayectoria de 28 años, trabajando por la inclusión y la participación de las personas migrantes en España como un elemento impulsor para una sociedad inclusiva, plural e intercultural. Durante estos años gracias a nuestro contacto diario con la situación de las personas migrantes, hemos adquirido un conocimiento que nos permite detectar problemas y sistematizarlos para actuar estratégicamente y, de esta forma, transformar la realidad. Nuestro lema **“Protesta, propuesta, apuesta”** refleja una firme determinación a la hora de denunciar situaciones de injusticia, así como una clara voluntad de presentar alternativas a las actuales políticas migratorias.

En el contexto actual la política migratoria se basa, especialmente en la Frontera Sur, en los siguientes aspectos: endurecimiento de los requisitos de entrada, recorte de derechos sociales y económicos, cierre de fronteras, ausencia de rutas seguras, externalización de la gestión migratoria a países limítrofes, etc.; que consigue que miles de personas arriesguen y pierdan su vida en las fronteras o en el mar. Andalucía Acoge a través de la labor de sus profesionales, es conocedora de primera mano de las constantes vulneraciones de derechos que sufren las personas que llegan al territorio. Gracias a ese conocimiento, y al esfuerzo de los abogados y abogadas del equipo jurídico de la Federación, se ha realizado el presente manual que nace con la intención, no sólo de la denuncia sino de transformación de la realidad.

En ese sentido, cabe recordar que, según el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos:

“si bien, la migración puede ser una experiencia positiva, que potencie las capacidades de las personas y las comunidades y puede beneficiar a los países de origen, tránsito y destino. Es evidente que los desplazamientos que conducen a las personas a situaciones de precariedad constituyen un grave problema de derechos humanos.

*No hay que olvidar que **los derechos humanos son universales, inalienables, indivisibles e interdependientes**. El marco internacional de derechos humanos establece claramente que, para hacer efectivos esos derechos y defender el principio fundamental de no discriminación, los garantes de derechos, es decir los Estados, deben tener en cuenta las circunstancias singulares y particulares de cada persona. Al pasar a ser partes en tratados internacionales de derechos humanos, los Estados asumen obligaciones en virtud del derecho internacional y se comprometen a establecer medidas y leyes nacionales que reflejen esas obligaciones”.*¹

A parte de la normativa nacional e internacional que se analizará en los siguientes capítulos, existen otros instrumentos bajo el paraguas de Naciones Unidas conocidos como derecho blando (soft law) que contienen pautas inspiradoras de lo que pueden ser futuros marcos normativos de los Estados. En la esfera de Naciones Unidas, a finales del 2018, los Estados Miembros de la ONU acordaron adoptar un **Pacto Mundial para**

1] [Principios y orientaciones prácticas sobre la protección de los derechos humanos de los migrantes en situación de vulnerabilidad](#). Informe del Alto Comisionado de las NNUU para los DDHH. A/HR/37/34

una Migración Segura, Ordenada y Regular, este es el primer acuerdo global de la ONU con un enfoque común sobre la migración internacional en todas sus dimensiones. El pacto firmado por más de 150 países de los 193 de los que componen la ONU, España entre ellos, está enfocado a mejorar la cooperación internacional en materia de migración y para fortalecer las contribuciones de los migrantes y la migración, al desarrollo sostenible.

Como se recoge en el propio documento:

"La migración presenta enormes oportunidades y beneficios para los migrantes, las comunidades de acogida y las comunidades de origen. Sin embargo, cuando está mal regulada puede crear desafíos significativos. Estos desafíos incluyen, abrumadoras infraestructuras sociales ante la llegada inesperada de un gran número de personas y la muerte de migrantes que realizan viajes peligrosos".²

El pacto recoge 23 grandes objetivos, que incluye aspectos globales como la cooperación para abordar las causas que motivan la migración o mejorar las vías de migración legal. Pero también incluye compromisos concretos. Resulta interesante que, a partir de este pacto, lleve implícito la obligación por parte de los Estados firmantes de dar a conocer sus avances en materia del pacto. Del documento se desprende la necesidad de la existencia de un foro mundial donde los Estados miembros de Naciones Unidas puedan examinar los progresos de aplicación de este pacto. Este foro que se denominará **Foro de Examen de la Migración Internacional** será la principal plataforma mundial intergubernamental donde los Estados miembros discutirán y expondrán los progresos conseguidos en la aplicación de todos los aspectos del pacto mundial, incluidos los relacionados con la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. El foro se celebrará cada cuatro años a partir del 2022.

Por otra parte, El Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes expone que todos los migrantes deben ser reconocidos y tratados con respeto y dignidad como titulares de derechos en condiciones de igualdad, independientemente de su estatus migratorio en relación con el territorio soberano en que se encuentren. De conformidad con el derecho internacional, **los Estados tienen el deber de proteger a los migrantes en todas las etapas del proceso migratorio, y de proporcionarles acceso a la justicia para obtener reparación por cualquier trato discriminatorio o violación de los derechos humanos de que sean objeto.**

El Relator considera que en lugar de restringir los movimientos de la migración mediante el recurso a la "devolución en caliente", la intercepción y la detención, lo que se necesita de manera acuciante es regular la movilidad, lo que facilitaría la migración y su control. En definitiva, que, para conseguir esa gobernanza, propone una agenda en el marco de Naciones Unidas, en paralelo a la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible que ha denominado la **Agenda 2035 para facilitar la movilidad humana**³. Dicha agenda que se podrá en marcha en 2020 se centra sobre las metas 10.7 y 8.8 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible.

La **Agenda 2035** desarrolla a través de cada objetivo los fundamentos que dan

2] [Documento final de la Conferencia del Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular.](#)

3] [Informe del Relator especial sobre los derechos humanos de los migrantes sobre una agenda 2035 para facilitar la movilidad humana.](#)

apoyo a metas tangibles y a una serie de indicadores que permiten medir el grado de cumplimiento de dichos objetivos. La finalidad es proporcionar a los Estados, objetivos y metas alcanzables a corto, mediano y largo plazo para facilitar la migración y la movilidad y proteger los derechos humanos y laborales de los migrantes, como se pide en la Agenda 2030.

Los progresos en la aplicación de la agenda serían objeto de vigilancia e informes periódicos por los Estados en los planos nacional, regional y mundial. Esto implica a su vez, una oportunidad para que la sociedad civil y organizaciones como Andalucía Acoge, pueda poner de manifiesto todas aquellas vulneraciones de derechos a través de informes paralelos o informes sombra sobre lo que tendrá que rendir cuentas el gobierno español ante la comunidad internacional.

Durante el desarrollo de los siguientes capítulos, se lleva a cabo un análisis de cómo las diferentes barreras con las que se encuentran las personas migrantes impactan en la salvaguarda de sus derechos fundamentales a través del proceso de recepción, rechazo, llegada, estancia o integración en el territorio español y especialmente en la Frontera Sur. Este análisis se lleva a cabo sobre lo recogido por los instrumentos internacionales, la normativa española, especialmente por la legislación de extranjería, la doctrina jurisprudencial, la normativa específica que resulte de aplicación a colectivos específicos analizados por su especial vulnerabilidad, como son los solicitantes de protección internacional, los niños y niñas no acompañados y las víctimas de trata de seres humanos. Asimismo, se analizarán los acuerdos de control de flujos migratorios, especialmente con Marruecos, objeto de vulneraciones de derechos humanos.

Este manual persigue desde **la sensibilización y la formación de agentes clave**, ofrecer pautas a los letrados y letradas, asesores jurídicos, trabajadores sociales y todas aquellas personas que trabajan con personas migrantes para que, en la interacción de su trabajo puedan ofrecer las mayores garantías.

Y finalmente, desde la **incidencia social y política**, ofreciendo un marco de posicionamientos para conseguir las herramientas necesarias de lo que debería ser y la transformación de leyes y políticas públicas en favor de la cohesión social e interculturalidad.

1

ENTRADA EN ESPAÑA

Requisitos de entrada,
puestos habilitados,
tipos de visados.



1.1. NORMATIVA NACIONAL

La regulación nacional sobre el procedimiento para la entrada a España viene establecida principalmente en la **LO 4/2000 de 11 enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España**, concretamente en el Título II capítulo 1º (art. 25 y ss.), y en su reglamento de desarrollo, el **RD 557/2011 de 20 de abril**.

En el art. 25 LO 4/2000 se marcan los requisitos exigidos para efectuar una entrada en territorio español:

1. Realizar la entrada por los puestos habilitados.
2. Estar provisto de pasaporte o documento de viaje que acredite la identidad, que sea válido en virtud de los convenios internacionales suscritos por España.
3. No estar sujeto a prohibiciones expresas.
4. Presentar documentos que justifiquen el objeto y condiciones de la estancia, así como los medios de subsistencia, haciendo una derivación reglamentaria para el desarrollo de este apartado.
5. Será necesario la expedición de visado, salvo convenio internacional suscrito por España o normativa europea que establezca lo contrario. Tampoco se exigirá visado cuando la persona tenga una tarjeta de identidad de extranjero, o excepcionalmente, una autorización de regreso. Se establecen dos excepciones en las que no será necesario cumplir los anteriores requisitos:
 - a. Cuando la persona solicite acogerse al derecho de asilo en el momento de su entrada a España, rigiéndose en este caso por la normativa específica.
 - b. Cuando existan razones excepcionales de índole humanitario, interés público o cumplimiento de compromisos adquiridos por España.

En el art. 25 bis LO 4/2000 se regulan los diferentes tipos de visado y es que salvo que exista convenio internacional que establezca lo contrario, aquellos extranjeros que pretendan entrar en España deberán estar provistos de un visado, expedido bien en su pasaporte o en un documento aparte. Los diferentes tipos de visado son:

1. Visado de tránsito: es aquel que permite transitar por la zona de tránsito internacional de un aeropuerto español o atravesar el territorio español. No será necesario dicho visado en casos de repatriación o cuando así lo determine un convenio suscrito por España.
2. Visado de estancia: permite la estancia ininterrumpida o estancias sucesivas por un periodo no superior a tres meses por semestre a partir de la primera entrada.
3. Visado de residencia: permite residir sin ejercer actividad laboral o profesional.
4. Visado de residencia y trabajo: permite la entrada y estancia por un periodo máximo de 3 meses y en dicho plazo se debe comenzar la actividad laboral para la que ha sido autorizada. Se debe producir el alta en la Seguridad Social, dando eficacia a la autorización de residencia y trabajo, ya sea por cuenta propia o ajena.
5. Visado de residencia y trabajo de temporada: permite trabajar por cuenta ajena hasta nueve meses en un periodo de 12 meses consecutivos.
6. Visado de estudios: permite la estancia en España para realizar estudios, cursos, formaciones, prácticas no laborales o voluntariado, no remunerados.

7. Visado de investigación: permite la estancia en España para proyectos de investigación en el marco de un convenio firmado con un organismo de investigación.

En el art. 26 LO 4/2000 se determina que no podrán entrar a España ni obtener un visado los extranjeros que hayan sido expulsados, mientras dure su prohibición de entrada, y aquellos extranjeros que tengan prohibida la entrada a España por otra causa establecida legalmente o en virtud de convenios suscritos por España. Por tanto, aquellos extranjeros que no cumplan los requisitos de entrada, se les denegará la misma, mediante resolución motivada y con indicación de los recursos que procedan y el órgano ante el que debe incoarse, teniendo derecho a asistencia letrada y a intérprete.

En el art. 27 LO 4/2000 se establece el procedimiento para la expedición del visado, el cual deberá solicitarse en las Misiones diplomáticas y oficinas consulares de España, salvo supuestos excepcionales establecidos vía reglamento. El visado habilitará al extranjero para presentarse en un puesto fronterizo español y solicitar su entrada, y una vez realice ésta, a permanecer en España en la situación para la que hubiese sido expedido.

En el mismo artículo se establece que la potestad para otorgar o denegar los visados estará sujeta a compromisos internacionales suscritos en la materia y se orientará a los fines de política exterior española. Igualmente se dictamina que deberá ser motivada la denegación de visados por reagrupación familiar o para el trabajo por cuenta ajena, o para visados de estancia o de tránsito. Si la denegación se debe a que la persona está en la lista de personas no admisibles según el Acuerdo Schengen de 1990, se le comunicará en virtud de las normas de dicho Convenio.

Por su parte, el **RD 557/2011 de 20 abril** desarrolla aún más la normativa en materia de entrada a España y tramitación de visados. En su art. 1 marca la obligación que tiene cualquier extranjero que pretenda entrar en España de hacerlo por los puestos habilitados al efecto, aunque excepcionalmente se podrá autorizar el cruce de fronteras fuera de los puestos habilitados o de los días y horas señalados, en los casos de:

- a. Personas a las que les haya sido expedida una autorización extraordinaria para cruzar la frontera ante una necesidad concreta;
- b. Beneficiarios de acuerdos internacionales en tal sentido con países limítrofes.

El art. 2 RD 557/2011 hace referencia a la competencia para la habilitación de puestos, distinguiendo los puestos en frontera terrestre, que se adoptará, previo acuerdo con las autoridades del país limítrofe correspondiente, mediante Orden del titular del Ministerio de la Presidencia, a propuesta conjunta de los titulares de los Ministerios de Asuntos Exteriores y de Cooperación, de Economía y Hacienda y del Interior; y los puestos en puertos y aeropuertos, que se adoptará mediante Orden del titular del Ministerio de la Presidencia, a propuesta conjunta de los titulares de los Ministerios de Asuntos Exteriores y de Cooperación, de Economía y Hacienda y del Interior, previo informe favorable del departamento ministerial u órgano autonómico del que dependan el puerto o el aeropuerto.

Al igual que se habla de habilitación de puestos para realizar la entrada y salida de España, también es posible el cierre, ya sea temporal o indefinido de los mismos, art. 3, pudiendo acordarse por Orden del titular del Ministerio de la Presidencia, a propuesta de los titulares de los Ministerios competentes, cuando así resulte bien de las disposiciones que deban regir a consecuencia de los estados de alarma, excepción o sitio, bien en aplicación de

leyes especiales, en supuestos en que lo requieran los intereses de la defensa nacional, la seguridad del Estado y la protección de la salud y seguridad de los ciudadanos, así como en supuestos de elevada presión migratoria irregular. Obviamente el cierre de los puestos habilitados deberá comunicarse a aquellos países con los que España tenga obligación de hacerlo como consecuencia de los compromisos internacionales suscritos con ellos.

Al igual que en la LO 4/2000 de 11 de enero, el RD 557/2011 en su art. 4 y ss. hace referencia a los requisitos para la entrada a España de un extranjero, donde el primero de ellos hace referencia a la exigencia de ser titular de un pasaporte o documento de viaje como documentos acreditativos de la identidad. Otro de los requisitos es la exigencia de visado, sin embargo, para estancias de hasta tres meses en un periodo de seis no se necesitará visado en los siguientes casos:

- a. Los nacionales de países exentos de dicho requisito en virtud de lo establecido en la normativa de la Unión Europea.
- b. Los titulares de pasaportes diplomáticos, de servicio u otros pasaportes oficiales expedidos por países con los que se haya acordado su supresión, en la forma y condiciones establecidas en el acuerdo correspondiente.
- c. Los titulares de salvoconductos expedidos por determinadas organizaciones internacionales intergubernamentales a sus funcionarios, cuando España haya acordado la supresión de dicho requisito.
- d. Los extranjeros que tengan la condición de refugiados y estén documentados como tales por un país signatario del Acuerdo Europeo número 31, de 20 de abril de 1959, relativo a la exención de los visados para refugiados.
- e. Los miembros de las tripulaciones de barcos de pasaje y comerciales extranjeros, cuando se hallen documentados con un documento de identidad de la gente del mar en vigor y sólo durante la escala del barco o cuando se encuentren en tránsito para embarcar hacia otro país.
- f. Los miembros de las tripulaciones de aviones comerciales extranjeros que estén documentados como tales mediante la tarjeta de miembro de la tripulación durante la escala de su aeronave o entre dos escalas de vuelos regulares consecutivos de la misma compañía aérea a que pertenezca la aeronave.
- g. Los extranjeros titulares de una autorización de residencia, una autorización provisional de residencia, un visado de larga duración o una tarjeta de acreditación diplomática, expedidos por las autoridades de otro Estado con el que España haya suscrito un acuerdo internacional que contemple esta posibilidad. Estas autorizaciones habrán de tener una vigencia mínima igual al plazo de estancia, o de la duración del tránsito, previsto en el momento de solicitar la entrada.

Otro de los requisitos que han de cumplir los extranjeros para efectuar su entrada a España es justificar el motivo y condiciones de la entrada y estancia en España, lo cual viene regulado en el art. 8 RD 557/2011, estableciendo que "los funcionarios responsables del control de entrada en función, entre otras circunstancias, del motivo y duración del viaje podrán exigirles la presentación de documentos que justifiquen o establezcan la verosimilitud de la razón de entrada invocada. Los extranjeros que soliciten la entrada, para justificar la verosimilitud del motivo invocado, podrán presentar cualquier documento o medio de prueba que, a su juicio, justifique los motivos de entrada manifestados. A estos efectos, podrá exigirse la presentación, entre otros, de los siguientes documentos:

En relación con cualquiera de los motivos de solicitud de entrada y estancia previstos en

este apartado, billete de vuelta o de circuito turístico.

- a. Además, para los viajes de carácter profesional, alternativamente:
 1. La invitación de una empresa o de una autoridad expedida, en los términos fijados mediante Orden del titular del Ministerio de la Presidencia, a propuesta conjunta de los titulares de los Ministerios de Asuntos Exteriores y de Cooperación, del Interior y de Trabajo e Inmigración, para participar en reuniones de carácter comercial, industrial o vinculadas a la actividad.
 2. Documentos de los que se desprenda que existen relaciones comerciales o vinculadas a la actividad.
 3. Tarjetas de acceso a ferias y congresos.
- b. Además, para los viajes de carácter turístico o privado, alternativamente:
 1. Documento justificativo de la existencia de lugar de hospedaje a disposición del extranjero: bien emitido por el establecimiento de hospedaje o bien consistente en carta de invitación de un particular, expedida en los términos fijados mediante Orden del titular del Ministerio de la Presidencia, a propuesta conjunta de los titulares de los Ministerios de Asuntos Exteriores y de Cooperación, del Interior y de Trabajo e Inmigración, cuyo contenido habrá de responder exclusivamente a que quede constancia de la existencia de hospedaje cierto a disposición del extranjero. En ningún caso, la carta de invitación suplirá la acreditación por el extranjero de los demás requisitos exigidos para la entrada. Sin perjuicio de lo establecido en el párrafo anterior, el documento justificativo de la existencia de lugar de hospedaje a disposición del extranjero contendrá la información relativa a si el alojamiento supone o no la cobertura de toda o parte de su manutención.
 2. Confirmación de la reserva de un viaje organizado.
- c. Además, para los viajes por motivos de estudios o formación: matrícula o la documentación acreditativa de la admisión en un centro de enseñanza.
- d. Además, para los viajes por otros motivos, alternativamente:
 1. Invitaciones, reservas o programas.
 2. Certificados de participación en eventos relacionados con el viaje, tarjetas de entrada o recibos

Otro de los requisitos para realizar la entrada y estancia en España es la acreditación de medios de subsistencia durante la misma, para lo cual se admitirá cualquier documento o medio de prueba, siendo necesario en todo caso el billete de ida y vuelta para garantizar el regreso. Respecto a estos medios económicos necesarios para la subsistencia durante la estancia, será mediante Orden del titular del Ministerio de la Presidencia, a propuesta de los titulares de los Ministerios de Asuntos Exteriores y de Cooperación, del Interior y de Trabajo e Inmigración quien determinará la cuantía de dichos medios económicos, así como el modo de acreditar su posesión⁴.

4] [ORDEN PRE/1282/2007, de 10 de mayo, sobre medios económicos cuya disposición habrán de acreditar los extranjeros para poder efectuar su entrada en España](#) (BOE 11/05/2007) y [Actualización de los importes de referencia para el cruce de las fronteras exteriores, de conformidad con lo establecido en el artículo 6, apartado 4, del Reglamento \(UE\) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un Código común](#).

Para efectuar la entrada habrá que acreditar económicamente:

Igualmente, en el art. 10 RD 557/2011 se establece que cuando así lo determine el Ministerio del Interior, de acuerdo con los Ministerios de Sanidad, Política Social e Igualdad y de Trabajo e Inmigración, las personas que pretendan entrar en territorio español deberán presentar en los puestos fronterizos un certificado sanitario expedido en el país de procedencia por los servicios médicos que designe la misión diplomática u oficina consular española, o someterse a su llegada, en la frontera, a un reconocimiento médico por parte de los servicios sanitarios españoles competentes, para acreditar que no padecen ninguna de las enfermedades que pueden tener repercusiones de salud pública graves de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento Sanitario Internacional de 2005⁵.

Hasta este momento se ha analizado el proceso previo para poder realizar la entrada a España, sin embargo, en el art. 12 RD 557/2011 se establece la forma de cómo efectuar la entrada una vez cumplidos los requisitos exigibles. En este caso, los extranjeros se presentarán ante los funcionarios responsables del control, de manera que si la documentación presentada fuera conforme y no existe ninguna prohibición o impedimento para la entrada del titular, se estampará en el pasaporte o título de viaje el sello, signo o marca de control establecido, salvo que las leyes internas o los tratados internacionales en que España sea parte prevean la no estampación, con lo que, previa devolución de la documentación, quedará franco el paso al interior del país. Si el acceso se efectúa con documento de identidad o de otra clase en los que no se pueda estampar el sello de entrada, el interesado deberá cumplimentar el impreso previsto para dejar constancia de la entrada, que deberá conservar en su poder y presentar junto a la documentación identificativa, si le fuese requerida. Ahora bien, según el art. 13, tendrán la obligación de declarar la entrada personalmente ante las autoridades policiales españolas los extranjeros que accedan a territorio español procedentes de un Estado con el que España haya firmado un acuerdo de supresión de controles fronterizos, y si no se hubiese efectuado en el momento de la entrada, dicha declaración deberá efectuarse en el plazo de tres días hábiles a partir de aquélla, en cualquier comisaría del Cuerpo Nacional de Policía u Oficina de Extranjería.

1.2. NORMATIVA COMUNITARIA

Dentro de la normativa de ámbito comunitario, donde se regula la entrada a territorio de la Unión Europea se encuentra principalmente el **Acuerdo de Schengen**, en el cual varios países de Europa suprimieron los controles en las fronteras interiores para trasladarlos a las fronteras exteriores. El acuerdo, firmado en Schengen en 1985, aunque con entrada en vigor en 1995, establece un espacio común, en el que los países participantes aplican normas comunes para controlar las fronteras exteriores y también en materia de visados y de cooperación entre los servicios policiales y judiciales en el ámbito penal. España firmó el convenio de adhesión al mismo el 25 de junio de 1991.

En la actualidad forman parte del **espacio Schengen** los siguientes países: Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia,

-
- El 10% del SMI bruto o su equivalente legal en moneda extranjera multiplicada por el número de días que pretendan permanecer en España y por el número de personas que viajen a su cargo.
 - La cantidad será un mínimo que represente el 90% del SMI bruto o su equivalente legal en moneda extranjera por persona, con independencia del tiempo de estancia previsto.

5] [Reglamento Sanitario Internacional 2005](#)

Grecia, Hungría, Islandia, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, República Checa, República Eslovaca, Suecia y Suiza.

La gran mayoría de los países de la UE forman parte del espacio Schenguen, sin embargo, hay excepciones, ya sea porque no deseaban suprimir los controles en sus fronteras con los otros países de dicho espacio (Reino Unido e Irlanda), o bien porque no reunían todavía las condiciones requeridas para ello (Bulgaria, Chipre, Croacia y Rumania) Por otra parte también hay terceros países que decidieron formar parte de este espacio (Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza).

Por tanto, los extranjeros que pretendan realizar su entrada en algunos de los Estados que pertenecen al Espacio Schenguen deben saber que no sólo genera efectos para dicho Estado, sino que la frontera que van a cruzar es una frontera común compartida por el resto de Estados pertenecientes al Espacio. El **Reglamento UE 2018/1806** determina aquellos países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de solicitar el visado para cruzar las fronteras exteriores, los cuales son: AFGANISTÁN, ANGOLA, ARABIA SAUDÍ, ARGELIA, ARMENIA, AUTORIDAD PALESTINA, AZERBAIYÁN, BAH REIN, BANGLADESH, BIELORRUSIA, BOLIVIA, BOTSUANA, BURKINA FASO, BURUNDI, CABO VERDE, CAMBOYA, CAMERÚN, CHAD, CHINA, OMORAS, CONGO, COREA NORTE, COSTA DE MARFIL, CUBA, ECUADOR, EGIPTO, ERITREA, ETIOPIA, FILIPINAS, FIJI, GABÓN, GAMBIA, GEORGIA, GHANA, GUINEA, GUINEA BISSAU, GUINEA ECUATORIAL, GUYANA, HAITÍ, INDIA, INDONESIA, IRÁN, IRAQ, JAMAICA, JORDANIA, KAZAJISTÁN, KENIA, KIRGUIZISTÁN, KOSOVO, KUWAIT, LAOS, LESOTHO, LÍBANO, LIBERIA, LIBIA, MADAGASCAR, MALAWI, MALDIVAS, MALI, MARRUECOS, MAURITANIA, MONGOLIA, MOZAMBIQUE, NAMIBIA, NEPAL, NÍGER, NIGERIA, OMÁN, PAKISTÁN, PAPÚA, NUEVA GUINEA, QATAR, REPÚBLICA CENTROAFRICANA, REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DEL CONGO, REPÚBLICA DOMINICANA, RUSIA, RUANDA, SANTO TOMÉ PRÍNCIPE, SENEGAL, SIERRA LEONA, SIRIA, SOMALIA, SRI LANKA, SUDÁFRICA, SUDÁN, SUDÁN DEL SUR, SURINAME, SWAZILANDIA, TAILANDIA, TANZANIA, TAYIKISTÁN, TOGO, TÚNEZ, TURKMENISTÁN, TURQUÍA, UCRANIA, UGANDA, UZBEKISTÁN, VIETNAM, YEMEN, YIBUTI, ZAMBIA, ZIMBABWE.

Otro de los instrumentos legales de ámbito comunitario es el **Reglamento UE 2016/399 de 9 de marzo del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras**⁶, citando alguno de los aspectos más relevantes:

- No cuestiona ni afecta a los derechos de libre circulación de que gozan los ciudadanos de la Unión y los miembros de su familia.
- El control fronterizo no se efectúa únicamente en interés de los Estados miembros en cuyas fronteras exteriores se realiza, sino en interés del conjunto de los Estados miembros que han suprimido los controles en sus fronteras interiores.
- Los controles fronterizos deben realizarse de forma que se respete plenamente la dignidad humana.
- El control fronterizo incluye no solo el control de personas en los pasos fronterizos y la vigilancia entre esos pasos, sino también el análisis de los riesgos para la seguridad

6] [REGLAMENTO \(UE\) 2016/399 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 9 de marzo de 2016 por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras \(Código de fronteras Schengen\)](#)

- interior y de las amenazas que pueden afectar la seguridad de las fronteras exteriores.
- Es necesario establecer las normas relativas al cálculo de la duración autorizada de las estancias de corta duración en la Unión.
- Dado que solo una comprobación de las impresiones dactilares puede confirmar con certeza que una persona que desee entrar en el espacio de Schengen es la misma para la que se ha expedido un visado, procede prever el uso del Sistema de Información de Visados (VIS) en las fronteras exteriores.
- La migración y el cruce de las fronteras exteriores por un gran número de nacionales de terceros países no deben considerarse por sí mismos una amenaza para el orden público o la seguridad interior.

Otra normativa de ámbito comunitario a resaltar es el **Reglamento CE 810/2009 del Parlamento y del Consejo del 13 de julio de 2009 por el que se establece el Código comunitario de visados**, donde se regula los procedimientos y condiciones para la expedición de visados de tránsito o estancias en los Estados miembros no superiores a tres meses, citando como aspectos más relevantes:

- Las Autoridades competentes para intervenir en los procedimientos relativos a las solicitudes de visado:
 - » Consulados.
 - » Autoridades responsables de controles respecto a las fronteras exteriores.
 - » En territorios de ultramar no europeos, quienes designen los Estados miembros.
 - » Prima la colaboración de los Estados miembros cuando el Estado miembro competente no tenga presencia en el tercer país en el que el solicitante presente la solicitud.
- Normas generales de presentación de la solicitud:
 - » La solicitud habrá de presentarse personalmente, salvo excepciones.
 - » En la solicitud, el solicitante deberá presentar:
 - a. Impreso de solicitud
 - b. Documento de viaje (mínimo con tres meses de vigencia)
 - c. Fotografía
 - d. Permitir la toma de impresiones dactilares
 - e. Tasas de tramitación
 - f. Documentos justificativos: motivo del viaje; condiciones de alojamiento; medios de sostenimiento y condiciones del regreso.
 - g. Seguro médico de viaje (con cobertura mínima de 30.000 euros).
- Procedimiento:
 - a. Verificación de la competencia del consulado.
 - b. Admisibilidad: una vez que el consulado verifica que es competente para conocer de la solicitud de visado, procederá a admitir la solicitud y darle curso.
 - c. Sello que identifique la admisibilidad, el cual se estampará en el documento de viaje.
 - d. Verificación de las condiciones de entrada y evaluación del riesgo: se analiza las condiciones de alojamiento y recursos económicos durante la estancia, así como el riesgo de que la persona pueda permanecer una vez terminado el visado o pueda ser una amenaza para la seguridad de los Estados.
 - e. Consulta previa a autoridades de otros Estados miembros, teniendo 7 días naturales para contestar a la consulta.
 - f. Decisión sobre la solicitud: plazo general de 15 días naturales desde la

presentación; 30 días para casos que precisan un examen más detallado; 60 días para casos excepcionales cuando sea necesaria información adicional.

- g. Concesión de visado: se reflejará la validez territorial limitada o ilimitada y duración de la estancia. Denegación de visado: reflejará los motivos de la denegación y los plazos para recurrir.

1.3. JURISPRUDENCIA

En este apartado se hará referencia a la jurisprudencia para casos de denegación de diferentes tipos de visados, así como a la denegación de entrada por vía aeroportuaria cuando no es exigible visado, ya que la jurisprudencia para casos de devolución y entrada por puestos no habilitados tendrá un apartado específico en otra parte de esta guía.

En lo que es la denegación de los diferentes tipos de visados que se solicitan vía consular, nos podemos encontrar los siguientes casos:

- Denegaciones de visados de estancia de corta duración: normalmente el motivo de la denegación es igual a los casos de denegación de entrada por vía aeroportuaria, por no acreditar la verosimilitud del motivo del viaje, las condiciones en las que se va a desarrollar la estancia o la suficiencia de medios económicos. Se pueden citar a modo de ejemplo la STS (Sala Contencioso- Administrativa) de 28 de abril de 2011 y la STS (Sala Contencioso- Administrativa) de 25 de noviembre de 2011.
- Denegaciones de visado de residencia: la motivación de la denegación suele versar sobre la no acreditación de medios económicos periódicos y suficientes para el periodo de residencia, ya que supone que la persona va a residir sin ejercer actividad laboral o profesional. Como ejemplo la STSJ Madrid nº 270/2018 de 10 abril.
- Denegaciones de visado de residencia y trabajo: los motivos de denegación principalmente son sobre la falta de veracidad de la relación laboral que se pretende comenzar. Como ejemplo la STSJ Madrid nº 406/2018 de 21 de mayo; STS (Sala Contencioso- Administrativa) de 14 abril de 2011.
- Denegaciones de visado por reagrupación familiar: en este caso al ser un visado que se otorga tras una resolución favorable de la propia administración española, la denegación se da en un número más reducido de casos, ya que se supone que la Administración ha analizado previamente los requisitos para la obtención de la autorización. En este sentido, la STS nº 1893/2016 de 20 julio recoge que no cabe denegar el visado de reagrupación familiar en base a una diferente valoración de la documentación que previamente se consideró adecuada para la obtención de la autorización de residencia por reagrupación. Los motivos de denegación de este tipo de visados suelen versar sobre la falta de empleo estable y medios económicos del reagrupante, o por no acreditar que el reagrupado/a se encuentra a cargo del reagrupante, en los casos en los que así se exija.
- Denegación de visado de estudios: en estos casos la denegación suele darse por el no cumplimiento del requisito de tener garantizados los medios económicos necesarios para sufragar el coste de los estudios, así como los gastos de estancia y regreso a su país. Como ejemplo se cita la STS (Sala Contencioso- Administrativa) 10 de mayo 2012.

La denegación de la entrada por vía aeroportuaria (para los casos en los que no es exigible el visado) supone un rechazo en el control fronterizo del aeropuerto, permaneciendo la persona retenida hasta practicar su retorno. La gran mayoría de las denegaciones de

entrada de este tipo se debe a no acreditar el objeto y condiciones de la estancia en España o por no disponer de los recursos económicos suficientes durante la misma.



DENEGACIÓN DE ENTRADA EN ESPAÑA

Rechazo en frontera,
devoluciones en caliente.

NO PASAR · NO PASAR · NO PASAR · NO PASAR · NO P

2.1. PROBLEMÁTICAS Y OBSTÁCULOS PARA LA ENTRADA A ESPAÑA

Para analizar las problemáticas y obstáculos que encuentran las personas extranjeras que pretenden realizar su entrada a España hay que distinguir dos situaciones, por un lado, los que pretenden entrar por puestos no habilitados sin ningún título que les autorice la entrada y estancia, y por otro, los que pretenden su entrada por puestos sí habilitados y que bien son titulares de un visado o pertenecen a países que están exentos de la tramitación del mismo.

La realidad de personas que pretenden realizar su entrada por los puestos habilitados, ya sea con visado o sin él, (cuando no sea exigible por razón de la nacionalidad), es de señalar que también pueden encontrarse con obstáculos a la hora de pretender realizar la entrada, ya sea en las sedes de los consulados españoles (cuando sea necesario visado), que, en muchos casos, realizan un análisis arbitrario y poco objetivo de la solicitud de visado, o bien cuando pretenden realizar la entrada por los controles aeroportuarios, al ser rechazados por las fuerzas y cuerpos de seguridad competentes, aduciendo razones de inverosimilitud del motivo del viaje o la carencia de recursos económicos suficientes para la estancia prevista.

Por supuesto el caso de las personas que intentan entrar por puestos no habilitados, es mucho más problemático, ya que al no aportar un título que les habilite para la entrada, en la mayoría de los casos, se ven en la necesidad de acudir a vías poco seguras que ponen en riesgo sus vidas.

El principal problema es que aunque existen los procedimientos para solicitar los correspondientes visados, hay países y fundamentalmente en todo el continente africano, en el que es materialmente imposible solicitar un visado de entrada a España y por ende, al territorio de la UE, de manera que se les obliga a utilizar vías de acceso a Europa no reglamentadas, como el cruce mediante embarcaciones poco seguras, realizando saltos en los perímetros fronterizos terrestres, en los bajos de camiones o como polizones. Estas personas, al margen de la imposibilidad para la obtención de un visado que les permita la entrada a España y de la peligrosidad de los medios utilizados para la misma, también se encuentran con procedimientos administrativos que les impiden realizar su entrada, como es el caso del expediente de devolución, que en muchos casos ni siquiera es un procedimiento administrativo, pues no se lleva a cabo con las garantías jurídicas debidas, como es el caso de las devoluciones sumarias o “en caliente”, que suponen la devolución de facto al mismo país desde el que pretenden realizar la entrada.

Efectivamente, en España nos encontramos varias figuras legales con las que hacer que una personas que está de forma irregular en el país vuelva, bien a su país de origen, bien al país por el que ha intentado entrar. Hablamos de las expulsiones, las denegaciones de entrada y las devoluciones. Con esto, el estado español garantiza, mediante un procedimiento legal, que la persona que va a ser expulsada o devuelta pueda alegar cuanto convenga a sus intereses para defenderse y anular la medida propuesta (expulsión, denegación o devolución), siempre mediante representación letrada y asistencia de intérprete. Hay que señalar que dichos supuestos pueden extenderse a las personas que ya han entrado en territorio español o que están intentando entrar por

cualquier límite fronterizo (puesto habilitado o no) del país.

La creación de un nuevo supuesto de “rechazo en frontera”, introducido por la Ley de Seguridad Ciudadana como una disposición adicional en la Ley de extranjería, vino a quitarle las competencias naturales de las devoluciones y denegaciones de entrada, cuya función es hacer efectivo mediante resolución administrativa el rechazo de las personas que están intentando entrar al país sin contar con la autorización pertinente para ello. Con esta nueva figura legal las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado pueden poner a disposición de las Autoridades Marroquíes a cualquier persona que estén accediendo a las ciudades de Ceuta y Melilla intentando superar los elementos de contención fronterizos que se encuentran en su línea divisoria, de forma sumaria y sin ofrecer defensa a la persona perjudicada. El ámbito de aplicación, así, se acorta a las personas que sean interceptadas en las vallas fronterizas que separan ambas ciudades del territorio marroquí, ya que no existen estos “elementos de contención fronteriza” en la vía marítima.

La realidad en cuanto a la aplicación de esta figura presenta serias dudas acerca de su legalidad. El primer factor a tener en cuenta es la soberanía del suelo sobre el que se construye el vallado fronterizo, puesto que atendiendo al tratado internacional firmado entre España y Marruecos, la valla se realiza sobre suelo español. Dicha afirmación desmontaría la tesis de la “operatividad” de la frontera sobre la que se sustentan los rechazos, ya que sostiene que la jurisdicción española no comienza a tener efectos sobre una persona hasta que haya cruzado todos los elementos dispuestos en los límites fronterizos para su contención (incluyendo valla y dispositivos policiales). Es imposible de sostener, en un plano legal, que un estado pueda mover la línea de su jurisdicción según qué ley y sobre qué persona la estemos aplicando. Es decir, no podemos aceptar la no aplicación de la ley de extranjería sobre una persona que está en suelo español porque ésta no ha cruzado aún un elemento de contención fijo (vallado) y otro móvil (los dispositivos policiales), máxime cuando esta caprichosa determinación de sus fronteras no está contemplada en precepto legal alguno.

Es importante recordar, así mismo, que como ya recordaba el Defensor del Pueblo en 2005 y defiende el Tribunal Constitucional (STC 21/1997, de 10 de febrero) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH de 27 de febrero de 2012), toda actuación de los poderes públicos del estado ha de estar sometida a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, sea esta efectuada dentro o fuera del territorio español, ya que estamos hablando de una actividad desarrollada por empleados públicos en el desempeño de sus funciones.

2.2. DEVOLUCIONES EN CALIENTE

La reforma de la Ley de Extranjería del año 2015, que introdujo los llamados “**rechazos en frontera**”, estableció que:

“Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España”.

Esto supone, en definitiva, facultar a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para ejecutar

expulsiones administrativas sin haber seguido ningún procedimiento individualizado y, por tanto, sin ofrecer a la persona expulsada la posibilidad de alegar cuanto convenga en su defensa ante una autoridad gubernativa o un juez, a la vez que priva a los posibles solicitantes de asilo de mostrar siquiera su intención de solicitarlo ante la autoridad competente.

La modificación de la ley de extranjería a través de la **Ley 4/2015, Ley de Seguridad Ciudadana**, también conocida como “ley mordaza”, supuso el blanqueamiento legal de esta práctica, recurrido ante el Tribunal Constitucional por los partidos de la oposición y tachada de ilegal por organizaciones defensoras de los derechos humanos, organizaciones internacionales, juristas, e incluso el Consejo General de la Abogacía española. Efectivamente, la introducción de los llamados “rechazos en frontera” no ha hecho más que dar cobertura a una práctica administrativa que vulnera preceptos básicos constitucionales, y es contraria a la misma ley de extranjería y a la ley de asilo, así como a tratados internacionales a los que España se ha comprometido dar cumplimiento.

Así, se visibilizaba una práctica que desde el mismo momento de la existencia de la valla perimetral de los enclaves españoles en África (Ceuta y Melilla), el Reino de España lleva ejecutando sobre personas migrantes que intentan entrar al país por algún punto fuera de sus puestos fronterizos: las devoluciones sumarias a Marruecos sin la existencia de ningún procedimiento legal que lo sustente.

La práctica de poner a una persona extranjera en disposición de las autoridades marroquíes, tras haber sido interceptada por haber entrado en territorio español de forma ilegal, sin haber abierto previamente ningún trámite legal que brinde a la persona expulsada la garantía de tener un procedimiento ajustado a derecho, con la posibilidad de acceder a su derecho de defensa o de solicitar protección internacional, es lo que se conoce como devoluciones en caliente.

Dichas devoluciones han sido práctica habitual en las vallas de Ceuta y Melilla, así como en intentos de entrada por vía marítima de ambas ciudades, y ha sido constatado en multitud de ocasiones por diferentes pruebas gráficas.

La frontera tiene como finalidad definir el espacio físico sobre el que el Estado ejerce sus competencias territoriales y personales y sobre el que aplica con plenitud de derechos su legislación interna de cualquier tipo y su jurisdicción sobre las personas que se encuentran dentro del citado territorio, incluidos los extranjeros que han traspasado dicha frontera, tanto si lo han hecho de forma legal como ilegal. El Gobierno español comenzó a fraguar el concepto de “frontera operativa” en el año 2005 para aplicar de forma distinta la Ley de Extranjería según el lugar donde un extranjero se encuentre. Así, y aunque la valla perimetral está construida en suelo español, tal y como se desprende del Tratado de Delimitación de las ciudades de Ceuta y Melilla entre España y Marruecos de 24 de agosto de 1859, con esta interpretación la jurisdicción de España y la aplicación de la ley española no comenzaría a tener efecto sobre una persona hasta que la misma haya superado el triple vallado y sus elementos de contención (los propios agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado). De esta manera conseguía el estado español argumentar y dar soporte a la práctica de las devoluciones en caliente a pie de valla.

A diferencia de los procedimientos de expulsión y devolución contemplados en la legislación de extranjería, esta práctica no contaba antes de 2015 con ningún soporte

legal y contravenía el derecho constitucional de defensa, seguridad jurídica y recurso efectivo ante una instancia nacional, así como diversos preceptos internacionales ya mencionados.

La técnica utilizada era la vía de hecho, una práctica prohibida por el derecho español e internacional al no ofrecer garantías legales de defensa al estar realizada al margen del procedimiento legal establecido.

Contiene además un agravante al observar que casi la totalidad de personas que intentan superar la valla de ambas ciudades son provenientes de países subsaharianos, potenciales solicitantes de asilo y que además no tienen acceso a los puestos fronterizos habilitados por la legislación para solicitarlo, hecho constatado por el Comisario Europeo de derechos humanos en el informe emitido por ocasión del juicio de N.D.-N.T. contra España en el TEDH.

2.3. LA CONDENA A LAS DEVOLUCIONES SUMARIAS

En septiembre de 2017 España era condenada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) por la devolución en caliente de dos personas migrantes que entraron al país saltando la valla de Melilla en 2014, por la violación de dos artículos del Convenio Europeo de Derechos Humanos:

- Artículo 4 del Protocolo 4: prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros.
- Artículo 13 CEDH: derecho al recurso efectivo.

Este caso ha supuesto la constatación internacional de una práctica ilegal repetida durante años en España y que no había tenido ninguna respuesta anterior por ningún tribunal español.

El TEDH condenó a España por incumplimiento, fundamentalmente, de dos preceptos del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁷, ratificado por España, y que afectaba a la población migrante tanto a nivel colectivo como a nivel individual.

El primer precepto violado era el establecido en el artículo 4 del Protocolo 4º: la prohibición de las expulsiones colectivas. El Tribunal en pleno sentenció que el no contar con un procedimiento individualizado que permitiera observar las particularidades de cada persona que estaba siendo expulsada contravenía la prohibición expresa de expulsar de forma colectiva y sumaria a las personas extranjeras que se encuentran en un país firmante. Así, el procedimiento a seguir es el establecido por cualquiera de las vías que ofrece la Ley de Extranjería en cuanto a expulsiones y devoluciones de extranjeros, con las garantías legales que los envuelven de reconocimiento, asistencia letrada, asistencia de un intérprete o derecho de recurso efectivo.

También unánime fue la decisión de señalar que el artículo 13 del propio Convenio había sido violado en relación con el anterior precepto. Así, se establece en el mismo el derecho a recurrir ante instancias nacionales cualquier actuación que vulnere los derechos reconocidos en él, posibilidad que fue anulada por no haber contado con ningún procedimiento individualizado de expulsión o devolución.

7] [Convenio Europeo de Derechos Humanos](#)

El Estado mostró su oposición defendiendo la inexistencia de la expulsión colectiva y de la no aplicación de la Ley de Extranjería al no haber traspasado las personas migrantes la línea fronteriza que les haría entrar en suelo nacional y, por tanto, bajo jurisdicción de las leyes españolas.

La realidad es que ambas vallas fronterizas no fueron construidas sobre la llamada "tierra de nadie", terreno neutral entre dos países en el que ninguno de los dos ostenta jurisdicción alguna, sino sobre suelo español y en consecuencia, sujeto a las leyes españolas.

En cuanto a la existencia de posibles solicitantes de protección internacional, se alegó que estos podrían haber realizado su demanda en los puestos fronterizos habilitados para ello. La realidad es que la Oficina de Asilo y Refugio del puesto fronterizo de Beni Enzar, en Melilla, fue creada en 2015, y hasta ese momento las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que trabajan en el puesto fronterizo no habían sido formados debidamente para tratar con posibles solicitantes de asilo ni se contaba con los medios y herramientas para trabajar con estas personas (traductores, ACNUR, organizaciones sociales, etc.). Además, las dificultades que presentaba el lado marroquí de la frontera dificultaban para unos, e impedían para otros el acceso siquiera al puesto fronterizo español: las autoridades marroquíes, conocedores de la situación de desesperación de estas personas, ponen precio al paso de extranjeros no marroquíes (sirios, yemeníes, tunecinos, etc.) e impide de forma sistemática el acceso a personas de origen subsahariano. Estos hechos siguen sucediéndose en la actualidad y han sido denunciados por el Comisario Europeo de Derechos Humanos en sus alegaciones ante la Gran Sala del TEDH por el caso N.D. y N.T. contra España.

En la actualidad las devoluciones sumarias de personas migrantes a Marruecos a través del vallado de las Ciudades de Ceuta y Melilla siguen acometiéndose bajo el paraguas ofrecido por los "rechazos en frontera", y defendidos por el Gobierno español (que ya recurrió ante el Tribunal Constitucional la inconstitucionalidad de esta norma).

España, mediante el continuo uso de esta práctica, contraviene el principio de no devolución (básico para personas solicitantes de asilo), así como las normas internacionales sobre el uso de la fuerza letal, el derecho a la vida y a la integridad corporal en la aplicación de sus políticas de frontera. Además de contravenir las numerosas recomendaciones de los diferentes organismos de Naciones Unidas relativos esta materia.

Marruecos, bajo cuya jurisdicción pone a disposición a las personas que son devueltas sin acceso a un procedimiento legal, es un régimen autoritario que no ofrece ninguna garantía legal a personas solicitantes de asilo, y ha sido denunciado repetidamente por prácticas atroces contra las personas migrantes como traslados ilegales, torturas e incluso ejecuciones sumarias.



INFRACCIONES EN MATERIA DE EXTRANJERÍA

Procedimiento sancionador de expulsión,
procedimiento ordinario y preferente.
Abuso del procedimiento preferente.



CAPÍTULO 3: INFRACCIONES EN MATERIA DE EXTRANJERÍA.

*Procedimiento sancionador de expulsión, procedimiento ordinario y preferente.
Abuso del procedimiento preferente.*

Las infracciones en materia de extranjería se regulan dentro de la **Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social** (en adelante **LOEX**), Título III, **artículos 50 a 66**, donde se determina la potestad sancionadora, la tipología de infracciones y las posibles sanciones aplicables en cada caso particular. Así mismo, remite al **Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social**, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (en adelante **Reglamento**), Título XIV, **artículos 216 a 258** para completar su desarrollo, y a la **Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común y de las Administraciones Públicas**.

Estas infracciones administrativas están clasificadas en leves, graves y muy graves, y a cada categoría quedan reservadas diferentes sanciones que deberán graduarse según "criterios de proporcionalidad, valorando el grado de culpabilidad y, en su caso, el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su trascendencia"⁸. Además, tendrá en cuenta la capacidad económica del infractor cuando se trate de sanciones económicas.

Se considerará infracciones leves los siguientes supuestos (art. 52):

- a. No comunicar los cambios que se produzcan respecto a su nacionalidad, estado civil, domicilio o cualquier otra que le exija la normativa.
- b. El retraso de hasta tres meses en la renovación de las autorizaciones una vez hayan caducado.
- c. Trabajar sin solicitar autorización de trabajo por cuenta propia, teniendo permiso de residencia temporal.
- d. Utilizar la autorización de residencia y trabajo para cualquier otro sector, ocupación o ámbito geográfico diferente por el cual se otorgó.
- e. Emplear a trabajadores en sectores o ámbitos cuya autorización no autorice.

Para estas infracciones la sanción prevista es una multa de hasta 500 euros.

Por otra parte, el artículo 53 establece qué circunstancias tendrán la consideración de graves:

- a. Encontrarse en España de manera irregular sin la correspondiente autorización.
- b. Trabajar sin haber obtenido autorización de residencia.
- c. Ocultación dolosa o falsedad en la comunicación de los cambios en la nacionalidad, estado civil o domicilio, así como en las declaraciones prestadas en el padrón municipal cuando los hechos no constituyan delito.
- d. Incumplir las medidas impuestas por seguridad pública (presentación periódica, alejamiento de fronteras o de núcleos concretos)
- e. Tercera sanción leve que se impongan por infracciones de la misma naturaleza dentro del plazo de un año
- f. Participar en actividades previstas como graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de

⁸] Art. 55. Sanciones. LO 4/2000, de 11 de enero.

- febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.
- g. Salidas por puestos no habilitados, sin documentación o incumpliendo una prohibición legalmente impuesta.
 - h. No solicitar expedición de Tarjeta de Identificación de Extranjeros (TIE).

Además, serán consideradas como infracciones graves las perpetradas por terceros respecto a personas migrantes (art.53):

- a. El empresario que no dé de alta en la Seguridad Social a un trabajador para el que se hubiese solicitado autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena, o que no registre el contrato en las condiciones en las que se solicitó, salvo causas sobrevenidas.
- b. Constituir matrimonio, pareja de hecho o tutela, con ánimo de lucro o con el fin de conseguir indebidamente una autorización de residencia.
- c. Trascurrido el tiempo permitido, continuar a cargo de un extranjero cuya entrada en territorio dependiese de una invitación expresa del infractor.
- d. Realizar la inscripción de un extranjero en el padrón municipal cuando no constituya el domicilio real del mismo.

La sanción para las mencionadas infracciones podrá consistir en una multa de 501 euros hasta 10.000. En los casos previstos en los apartados a), b), c), d), f) podrá además incoarse expediente administrativo, aplicándose la expulsión del territorio español en lugar de la multa, según el artículo 57 de la misma.

La decisión entre la multa y la expulsión deberá establecerse mediante resolución motivada, atendiendo al principio de proporcionalidad y con carácter secundario. Serán incompatibles entre sí, pudiendo aplicarse solamente una de ellas, y teniendo en cuenta la situación personal y familiar del infractor⁹.

Por último, el artículo 54 califica de infracciones muy graves las siguientes:

- a. Estar implicados en actividades contrarias a la seguridad nacional, al orden público o gravemente perjudicial para las relaciones internacionales de España con otros países.
- b. Lucrarse a través de la inmigración clandestina en tránsito o con destino en el territorio español.
- c. La realización de conductas discriminatorias por motivos raciales, étnicos, nacionales o religiosos.
- d. Contratar como trabajadores a extranjeros sin el pertinente permiso de residencia y trabajo.
- e. Lucrarse realizando empadronamientos a extranjeros.
- f. Simular una relación de trabajo con un extranjero.
- g. Tercera sanción grave que se impongan por infracciones de la misma naturaleza dentro del plazo de un año.

También, serán consideradas infracciones muy graves las cometidas por los transportistas

9] Art. 222 del RD 557/2011. 3. Para la determinación de la sanción que se imponga, además de los criterios de graduación a que se refieren los apartados 3 y 4 del artículo 55 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, se valorarán también, a tenor de su artículo 57, las circunstancias de la situación personal y familiar del infractor.

respecto de sus obligaciones de control de documentación o traslado.

La sanción prevista para estas últimas será de 10.001 hasta 100.000 euros o la expulsión del territorio nacional.

Respecto a las sanciones, contengan impuesta la medida de alejamiento del territorio nacional o no, siempre han de actuar en estos procedimientos sancionadores los principios de legalidad, irretroactividad, tipicidad, responsabilidad, proporcionalidad, prescripción y non bis in ídem.

3.1. EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

En lo que respecta al procedimiento sancionador, la competencia se establece en el Reglamento de la LOEX, artículos 219 al 222. Se iniciará de oficio por el órgano competente y podrá ser, bien por iniciativa propia, respondiendo a una orden superior, a petición de otros órganos siempre que se produzca de manera razonable, o, por último, a través de una denuncia. Finalmente, los Delegados de Gobierno de las Comunidades Autónomas y los Subdelegados del Gobierno dictarán resolución motivada en la que se esclarezcan todas las cuestiones relacionadas con el procedimiento y la sanción. Recordemos que estas infracciones no tienen carácter penal, el incumplimiento de la norma no constituye delito, son sanciones administrativas.

Existen diferentes modalidades para el procedimiento sancionador según la infracción:

- Procedimiento ordinario¹⁰: está pensado para todas las infracciones en las que la norma no especifique otro procedimiento diferente.
- Procedimiento preferente¹¹: se aplicarán en los casos previstos en las letras a) y b) del art. 54, las letras d) y f) del 53.1, y en determinadas circunstancias del apartado a), y por último en el artículo 57.2 de la LOEX.
- Procedimiento simplificado¹²: para todas las infracciones calificadas como leves.
- Procedimiento para la imposición de multas¹³.
- Procedimiento de sanciones en el orden social y vigilancia laboral¹⁴.

De estos, sólo dos de los procedimientos sanciones explicados anteriormente pueden culminar en una resolución que conlleve la expulsión del extranjero del territorio español, y la consecuente prohibición de entrada¹⁵, existiendo importantes diferencias entre uno y otro. Como más relevantes podríamos destacar las siguientes:

El procedimiento ordinario permite un plazo de hasta 15 días para aportar alegaciones y proponer las pruebas que entienda oportunas cuando se incoe un expediente de

10] Art. 226 al 233 del RD 557/2011.

11] Art.234 al 237 del RD 557/2011.

12] Art 238 al 240 del RD 557/2011.

13] Art. 249 del RD 557/2011.

14] Art. 253 del RD 557/2011.

15] Art. 58.1 LOEX. "La expulsión llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español. La duración de la prohibición se determinará en consideración a las circunstancias que concurran en cada caso y su vigencia no excederá de cinco años."

expulsión, siendo el plazo del preferente de un máximo de 48 horas. O en la práctica de la prueba, donde la celebración de esta vacila de 30 días en el ordinario a 3 en el preferente.

Mientras que en el procedimiento ordinario nunca es posible la medida de internamiento, en el procedimiento preferente el ingreso en un Centro de Internamiento de Extranjeros está prevista como medida cautelar.

Como una de las diferencias más perjudiciales cuando se usa sin justificación la aplicación del procedimiento preferente, una vez existe resolución de expulsión, será la ejecución inmediata, forzosa. El artículo 63 bis de la LOEX, establece para el procedimiento ordinario un plazo de entre 7 y 30 días para la salida voluntaria desde la notificación, con posibilidad de prórroga según las circunstancias personales del infractor. Cuestión que también responde a normativa comunitaria, estableciendo la Directiva 2008/2015/CE¹⁶, artículo 7, que incluye la posibilidad de ampliar dicho plazo teniendo en cuenta circunstancias personal del extranjero como el hecho de tener a cargo de niños escolarizados o la existencia de vínculos familiares y sociales.

Esta inmediatez encuentra justificación en el artículo 21.2 de LOEX, que permite una excepción al régimen general de ejecutividad de los actos administrativos dictados en materia de extranjería. Si bien no excluye la posibilidad de recurso (de lo contrario estaría vulnerando de forma flagrante el derecho a la tutela judicial efectiva), en la práctica dificulta en gran medida la misma al encontrarse, en la mayoría de los casos, el extranjero ya fuera de España.

La cuestión sigue siendo la falta de justificación para la incoación del procedimiento preferente por la infracción del art. 53.1.a)¹⁷, sin que se den las circunstancias legalmente establecidas, que recordemos solamente pueden ser tres los supuestos legales que lo permiten: riesgo de incomparecencia, que el extranjero evite o dificulte la expulsión o que el extranjero represente un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional¹⁸.

El artículo 47.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, establece que serán nulos de pleno derecho los actos administrativos que "dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados".

Sin embargo, parece ampliamente reiterado por la jurisprudencia que la "simple" insuficiencia de motivación para acordar el procedimiento preferente no tiene trascendencia invalidante, sino que será necesario además acreditar indefensión. Para comprender esta argumentación resulta interesante revisar la Sentencia del Tribunal

16] [Directiva 2008/2015 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.](#)

17] 1. Son infracciones graves a) 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 hubiere solicitado la renovación de esta en el plazo previsto reglamentariamente.

18] Art. 63.1 LOEX y art. 7.4 de la Directiva 2008/2015/CE

Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), nº120/2019. En ella es objeto de impugnación un recuso de casación contra la sentencia que impone una sanción de expulsión del territorio nacional, con prohibición de entrada en España durante 5 años, por una infracción del artículo 53.1. a) y que se aplica a través del procedimiento preferente. La defensa en este caso alega la falta de motivación por la que se impone dicho procedimiento, puesto que la persona en cuestión no se encontraba de manera irregular (su solicitud de residencia había sido recurrida) y que además se estaba vulnerando el principio de proporcionalidad al contar con arraigo en España. Así, entiende que, al no usarse el procedimiento legalmente establecido, pues no se imputa ninguna de infracciones que permitían la tramitación de procedimiento diferente al ordinario, se estaba produciendo una situación de indefensión.

A juicio de la Sala, el hecho de ser discutible la aplicación del procedimiento preferente en lugar del ordinario, no tiene trascendencia para dictar la nulidad del acto administrativo, ya que el preferente otorga posibilidades suficientes de alegación y de defensa como para no causar indefensión, lo cual se considera requisito exigible.

En este sentido, cita, entre otras, a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sala Contencioso, Sección 2ª), en el recurso de apelación 6379/2017 de 8 de septiembre, donde dice:

"la anulación de la resolución por dicha causa no sólo exige argumentar que no concurren los supuestos excepcionales que justifican legalmente la tramitación del procedimiento preferente, sino además argumentar que su tramitación ha causado indefensión privando al interesado de posibilidades concreta de defensa, o bien le ha perjudicado concretamente por haberse adoptado contra él una medida cautelar de internamiento o bien por haberse ejecutado inmediatamente la resolución impidiéndole abandonar voluntariamente el territorio español privándoles de la posibilidad de interesar la revocación de la prohibición de entrada..."¹⁹

Cabe concluir que, de no cumplirse los requisitos para tramitar procedimiento preferente, entendemos que respondiendo a una correcta interpretación de la legislación vigente como generalidad debe imperar el ordinario para extranjeros con estancia irregular, permitiendo un plazo de salida voluntaria, que una vez fuese incumplido, podría ejecutarse frente a él entonces sí, un procedimiento preferente.

En lo que respecta a la expulsión como medida sanción administrativa, ya en la primera ley orgánica que se centraba en regular la situación de los extranjeros en España²⁰, establecía en su artículo 26.1 a) la posibilidad de expulsión por estancia irregular y el modo de proceder en que deberá llevarse a cabo.

Así mismo, su artículo 27, donde también se establecían sanciones pecuniarias para infracciones en materia de extranjería, expone en su apartado tercero la incompatibilidad entre la misma y la expulsión, que deberá deducirse de la "oportunidad" y debidamente

19] A este respecto podemos acudir a la siguiente jurisprudencia: Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en la sentencia 754/2011, de 26 de septiembre, o la STSJ PV 683/2013, de 12 de diciembre, o la más reciente STSJ PV (Sala de lo Contencioso- Administrativo, Sección 5ª) 120/2019.

20] [Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España.](#)

motivada²¹.

En las distintas leyes que le han sucedido se ha ido cambiando de criterio, así, por ejemplo, la Ley Orgánica 4/2000²² sólo preveía una sanción económica para la estancia irregular²³, la Ley Orgánica 8/2000²⁴ vuelve a introducir la posibilidad de expulsión por estancia irregular, hasta llegar a la actual, la LO 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, que a través de su artículo 57 establece la misma como secundaria primando el principio de proporcionalidad y la imposición de la sanción económica frente a la expulsión.

A través de esta última Ley Orgánica se lleva a cabo la modificación a través del artículo 63 y del artículo 234 del Reglamento, por la que se limita a tan sólo tres circunstancias concretas, de las que antes hablábamos, para tramitar procedimientos de expulsión vía procedimiento preferente. Estas modificaciones responden a las consecuencias irreparables en la vida de un extranjero que conlleva esta medida.

Pero esta imprecisión ha sido objeto de mucha controversia y ha concluido en sentencias de múltiples y heterogéneas posturas, encontrando amplia jurisprudencia que comparten similares criterios a la hora de priorizar la sanción económica a la expulsión. Estas parecen entender que:

"...exclusivamente por la mera situación de permanencia irregular en España sin concurrencia de otros datos negativos que resulte inapreciables y le sean predicables al infractor; la Administración no puede optar discrecionalmente entre la imposición de la multa o la expulsión sin que esté debidamente justificado y motivado, por lo que la expulsión del territorio español, como sanción más grave y secundaria, precisa de la concurrencia de datos negativos y de una motivación específica, distinta o complementaria de la multa que, en el sistema de la citada Ley Orgánica constituye la sanción principal que corresponde a la pura permanencia ilegal".²⁵

Cabe destacar aquí de nuevo la Directiva 2008/115/CE relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular y como han afectado las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia Europeo a la a distintas cuestiones prejudiciales que se le han planteado a este respecto. Podemos citar la Sentencia de Tribunal de Justicia Europeo (Sala Cuarta) de 23 de abril de 2015, asunto C-38/14, en el que se plantea que la normativa española vulnera la legislación de la Unión Europea al sustituir la expulsión por una multa. En base al art. 267 del TFUE²⁶, se plantea la siguiente cuestión prejudicial:

21] Art. 27.3. Las infracciones que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26 de la presente Ley, den lugar a la expulsión de los extranjeros no podrán ser objeto de sanción pecuniaria.

22] 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social.

23] Art. 55. 1, b) LO 4/2000.

24] 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000.

25] Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo contencioso- Administrativo, Sección 10o) Sentencia 646/2014 de 24 de septiembre.

26] Tratado de Funcionamiento e Unión Europea (TFUE), art. 267: "El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:

a. sobre la interpretación de los Tratados;
b. sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de

"A la luz de los principios de cooperación leal y de efecto útil de las Directivas, ¿los artículos 4.2, 4.3 y 6.1 de la Directiva 2008/115 deben ser interpretados en el sentido de que se oponen a una normativa, como la nacional controvertida en el litigio principal y la jurisprudencia que la interpreta, que permite sancionar la situación irregular de un extranjero exclusivamente con una sanción económica que, además, resulta incompatible con la sanción de expulsión?"

Los arts. 6.1 y 8.1, de la Directiva 2008/115, "impone a los Estados miembros, con objeto de garantizar la eficacia de los procedimientos de retorno, la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para proceder a la expulsión del interesado". Concluyendo las sentencias que:

"La Directiva 2008/115/CE (...) debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el procedimiento principal, que, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de dicho Estado, impone, dependiendo de las circunstancias, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, siendo ambas medidas excluyentes entre sí".

Más recientemente, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha (Sala Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) en su auto de 11 de enero de 2019, Albacete, plantea una nueva cuestión basándose en los siguientes cuestionamientos:

<<La Directiva 2008/115, en sus artículos 6, 7 y 8, y según su recta interpretación ¿se opone a una normativa que permite sancionar la situación irregular de un nacional de tercer país -que no se encuentra en los casos del art. 7.4²⁷- con una multa que, aunque en principio es incompatible con la sanción de expulsión, se impone en todo caso acompañada de una "advertencia de la obligatoriedad de salida", estampada en los documentos de identidad del interesado, advertencia que debe ser cumplida voluntariamente en un plazo máximo de 15 días (prorrogable bajo ciertas circunstancias hasta 90) y teniéndose en cuenta que el incumplimiento de dicha obligación de salida da lugar a la expulsión en el sentido del artículo 8 de la Directiva?

¿Se opone a que se aplique directamente a un nacional de tercer país que se encuentre en situación irregular, pero respecto del que no concurra ninguna de las circunstancias del art. 7.4 de dicha norma, una resolución de expulsión de ejecución inmediata y forzosa, sin posibilidad de cumplimiento voluntario, y que implica necesariamente prohibición de retorno por un plazo determinado, en lugar dictarse respecto del mismo una decisión de retorno, con plazo de cumplimiento voluntario y sin prohibición de retorno necesariamente?>>

Si tenemos en cuenta los requisitos que exige la Directiva 2008/115 en su artículo 7.4 para la imposición de lo que en nuestra legislación de extranjería conocemos como procedimiento preferente, vemos que tan solo en casos debidamente justificados se podrá prescindir del periodo de salida voluntaria y, por tanto, la aplicación del

la Unión; Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo."

27] Si existiera riesgo de fuga, o si se desestimara una solicitud de permanencia legal por ser manifiestamente infundada o fraudulenta o si la persona de que se trate representara un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional, los Estados miembros podrán abstenerse de conceder un plazo para la salida voluntaria, o podrán conceder un periodo inferior a siete días.

procedimiento preferente. Así lo concluye la sentencia de 23 de abril de 2015 del TJUE que comentábamos anteriormente:

"1) El artículo 7, apartado 4, de la Directiva 2008/115/CE [...], debe interpretarse en el sentido de que se opone a una práctica nacional según la cual se considera que un nacional de un tercer país que se halla en situación irregular en el territorio de un Estado miembro representa un riesgo para el orden público en el sentido de esa disposición, simplemente porque dicho nacional es sospechoso de haber cometido un acto tipificado como delito conforme al Derecho nacional o porque ha sido condenado penalmente por tal acto".

La decisión del Estado de abstenerse de manera automática, bien por vía normativa (caso español) bien por la práctica (caso de Países Bajos, Apto. 40 de la sentencia), de conceder un plazo de salida voluntaria infringe la obligación de los Estados de respetar el derecho a ser oído que tiene la persona extranjera.

Por tanto, la incoación sistemática de procedimiento preferente en estos casos sin individualización alguna, con fundamento en este artículo de la LOEX, vulneraría la Directiva de Retorno.

En definitiva, mantener la posibilidad de disfrutar de un periodo de salida voluntaria es un derecho que se ve vulnerado por el uso del procedimiento preferente sin fundamentación, además del derecho a ser oído. Tan solo caso por caso, con la debida motivación, se podrá prescindir de conceder a esa persona extranjera condenada penalmente un plazo de salida voluntaria.

4

ASISTENCIA LETRADA EN FRONTERA

Llegadas por vía marítima,
asistencia, vías de recurso.



La asistencia letrada en frontera conlleva una serie de actuaciones por parte de la abogacía que asiste a las personas migrantes que llegan por vía terrestre o marítima y que trata de garantizar el acceso a los procedimientos administrativos o judiciales a los que tiene derecho cualquier persona al entrar en territorio español.

La abogacía tiene que actuar en procedimientos variados que abarcan distintas áreas del derecho de extranjería y protección internacional, desde el procedimiento de devolución, protección internacional, víctimas de trata, determinación de la edad en el caso de que sean menores, etc.

En este apartado se tratará la asistencia letrada en llegadas colectivas marítimas fundamentalmente, abordando la situación jurídica de las personas migrantes. La asistencia jurídica debe reunir una serie de estándares para que sea adecuada y efectiva, para no dejar vacía de contenido la misma ni los derechos fundamentales de estas personas recién arribadas al territorio.

En **las llegadas por vía marítima**, la asistencia letrada tiene lugar una vez la persona extranjera ha sido desembarcada por Salvamento Marítimo y puesta a disposición de Policía Nacional o Guardia Civil, en función de la demarcación territorial, en calidad de detenidas. Tras recibir asistencia sanitaria y humanitaria por parte de Cruz Roja Español (CRE) y tras su identificación, efectuándose esta última por los funcionarios de policía que deben proceder a la inmediata identificación, filiación y reseña de los inmigrantes previo a las actuaciones relacionadas con la propia entrada irregular. El plazo de 72 horas, a efectos de la detención o retención de inmigrantes, se empieza a contar desde el momento en que se produce la llegada del migrante al puerto (aunque no existe normativa que ampare esta práctica).

Por regla general, los extranjeros que han accedido al territorio por vía marítima son objeto de un **procedimiento de devolución** que viene regulado en el Artículo 58.3. b) de la LOEX²⁸ y en el Artículo 23 del RELOEX²⁹ por haber intentado acceder a nuestro territorio de forma irregular. Esto es de manera habitual, sin embargo en los últimos meses en las llegadas marítimas a costas andaluzas, no se procede a instar ningún procedimiento de devolución a aquellas personas que hayan manifestado querer solicitar protección internacional en esta primera entrevista, procediendo a dejarlos en libertad y entregarles un documento de manifestación de querer solicitar protección internacional que suspende la devolución, en tanto en cuanto, tienen un mes para poder formalizar su solicitud en el lugar establecido por ley. Por ello, se ha corregido la práctica de dejarlos en libertad sin haber obtenido asistencia letrada, que si bien desde el punto de vista del propio procedimiento administrativo, la decisión de no iniciar un expediente administrativo de devolución, no produce ninguna objeción jurídica, puesto que en sí la propia manifestación de voluntad de querer solicitar protección internacional debe

28] LOEX: Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

29] RELOEX: Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

accionar el Principio de no devolución (Principio de non-refoulement), y por lo tanto suspende per se el procedimiento administrativo de devolución que se vaya a incoar o que se haya incoado, así se desprenden de la siguiente normativa: Artículo 19 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del Derecho de Asilo y de la Protección subsidiaria y del Artículo 6 de la Directiva 2013/32/UE sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional. Sin embargo, sí que produciría una cierta indefensión, desde el punto de vista del asesoramiento jurídico integral u holístico que debiera recibir cualquier persona migrante recién llegada, en el caso en que se eliminara el acceso a la asistencia letrada y se procediera a dejar sin más en libertad, pues el extranjero no tendría oportunidad de conocer cuáles son sus derechos, procedimientos administrativos y posibles soluciones jurídicas a determinadas situaciones.

Además, esa praxis no permitiría detectar posibles vulnerabilidades, como las mujeres en situación de riesgo, los niños, especialmente los niños no acompañados o separados de sus familias, las víctimas de la violencia, las personas de edad, las personas con discapacidad, las personas que son objeto de discriminación por cualquier motivo, las víctimas de la trata de personas, y las víctimas de la explotación y los abusos cometidos en el contexto del tráfico ilícito de migrantes, que requieren de un asesoramiento jurídico que ya pudiera darse en esa primera asistencia letrada.

La asistencia letrada se inicia con la llamada del letrado/a a las dependencias policiales o al CATE (Centro de atención temporal de extranjeros), dependiendo la existencia de dicho centro en la demarcación territorial de que se trate. Aquí se ha de resaltar también la reciente praxis que se da en la provincia de Cádiz y también en algunos casos en Málaga, donde existe una segregación por nacionalidad, siendo desplazados a la comisaría de policía, y no al CATE, para recibir la asistencia letrada, las personas de nacionalidad marroquí, a los efectos de proceder a realizar la devolución de forma exprés. En estos casos **esa diferenciación debe ser puesta de manifiesto en el recurso que presente el/la letrado/a frente a la Orden de Devolución.**

Una vez iniciada la asistencia letrada el/la abogado/a ha de tener una **entrevista reservada e individual con la persona migrante.** El lugar donde se preste dicha asistencia debe cumplir con las debidas garantías. No es deleznable subrayar la necesidad de que esa asistencia se haga de forma individual, debe rechazarse de plano que se haga de modo colectiva, pues en este caso no se estaría prestando una asistencia letrada de calidad. Recordemos que estas personas están detenidas cautelarmente por un plazo de 72 horas, en virtud de lo dispuesto en el Artículo 61.1.d) de la LOEX, y por ello en su condición de **detenido tienen reconocidos los derechos previstos en el Artículo 17.3 de la Constitución española, en la legislación de extranjería y en el Artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en la medida en que estos sean más favorables.**

En el caso de que no se pudiera prestar una asistencia individual (y fueran colectivas), el/la letrado/a debería considerar la posibilidad de negarse a firmar la orden de devolución y en todo caso dejando constancia en la misma estas circunstancias. De igual modo se recomienda poner una **queja ante el Defensor del Pueblo** y como cuestión previa dirigir la **queja al Colegio de Abogados** correspondiente para que efectúe la misma a través de un cauce de quejas puesto en funcionamiento por el Consejo General de la Abogacía Española. Es muy importante poner en conocimiento y obtener el respaldo del Colegio de Abogados sobre cualquier incidencia que se produzca a lo largo de esta

asistencia. En cualquier caso, la negativa por parte de las autoridades a la realización de entrevistas individuales abre el cauce para plantear un **recurso contencioso-administrativo para la protección de los derechos fundamentales** previsto en el Artículo 114 y s.s. de la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, todo ello por vulneración a la asistencia letrada y a la defensa.

En la entrevista en sí se debe realizar una serie de preguntas y comprobaciones, en orden a comprobar posibles errores que consten en el expediente administrativo y así mismo prestar especial atención a aspectos que puedan llevar a la detección de determinados perfiles. Se recomienda en cualquier caso que, en la medida de lo posible, las entrevistas a mujeres las hagan letradas, de este modo se propiciará que exista un mayor clima de confianza. De igual modo en entrevistas a posibles niños/as se debe intentar realizar la entrevista en un lenguaje que sea adaptado a su edad y madurez, respetuoso con el género y cultura.

En el caso de detectar solicitantes de protección internacional, se debe poner de inmediato en conocimiento de la policía actuante para que de este modo la persona pueda prestar en ese mismo momento la manifestación de solicitar protección internacional, en cuyo caso se suspendería la devolución según lo explicado ut supra.

Así mismo, debe comprobarse que la persona extranjera no es menor de edad, para el caso de que se tratara de un/a posible niño/a no acompañado/a (MENA), el o la letrada deberá dejar constancia en su asistencia de tal circunstancia y deberá alegarlo en la vista para el internamiento si se diera el caso, además de pedir una revisión del decreto de minoría de edad y solicitar pruebas complementarias, recordemos que el ese decreto no es recurrible de ahí que se deba solicitar la revisión. En este caso, también se recomienda de entre las actuaciones del letrado, el poner una queja ante el Defensor del Pueblo. Además, en el recurso de alzada que se interponga frente a la Orden de devolución se debe solicitar la nulidad del procedimiento por no estar motivada y no haberse ajustado a derecho. Si vemos que la vulneración de derechos del niño no puede ser reparada o parada mediante la interposición de los recursos nacionales pertinentes, y dadas las circunstancias de urgencia y necesidad que pueda revestir cada caso, en este momento deba plantearse, ante una inminente devolución o detención ilegal de un/a niño/a, la solicitud de medidas provisionales ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) o ante el Comité del Derecho del Niño de Naciones Unidas.

Otro punto para tener en cuenta en estas entrevistas es la posibilidad de detección de víctimas de trata de seres humanos con fines de explotación sexual, en este caso deberá inmediatamente poner esta circunstancia en conocimiento de la policía actuante para que se active el protocolo correspondiente. También se debe comprobar que no se trate de mujeres embarazadas, ni de personas enfermas cuya devolución podría suponer un riesgo para su salud.

Es de suma importancia que se compruebe así mismo en caso de asistencia a madres o padres que han viajado con sus hijos/as que se mantenga la unidad familiar. En el caso de que produjera una separación para comprobar la filiación (pruebas de ADN) se recomienda, siempre ponderando los intereses en juego, interponer una demanda por la vía del Artículo 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (o las medidas urgentes previstas en el Artículo 158 del Código Civil), pidiendo como medida cautelar la restitución del menor o en su caso de forma subsidiaria que se restituya al menor comprometiéndose la madre o padre a permanecer en el centro de acogida o domicilio fijo y conocido

mientras se obtienen los resultados de esas pruebas de ADN. De este modo se trata de no criminalizar a las personas recién llegadas y de no vulnerar el principio de veracidad de las relaciones familiares y que prime el interés superior del niño. Igualmente es importante que en caso de que no se tratara de madre o padre, pero sí de otro familiar, no se produzca tal separación si no redunda en el interés superior del menor, en este caso también es importante indagar sobre el tipo de relación familiar por parte del letrado y de hacerlo constar.

En cualquier caso, **si la detención durara más de 72 horas, se debe plantear un procedimiento de "habeas corpus"**.

Frente a los **acuerdos de devolución cabe interponer Recurso de Alzada** ante el Delegado del Gobierno de la Comunidad Autónoma en el plazo de un mes desde la notificación del acuerdo (Artículo 121 y s.s. de la Ley de Procedimiento Administrativo Común - LPAC)³⁰, en ese recurso deberá expresarse todas las circunstancias mencionadas anteriormente y debe solicitarse la suspensión de la resolución recurrida a los efectos de evitar una expulsión de la persona mientras se sustancia el recurso (se aplica el silencio positivo vía Artículo 117.3 de la LPAC para el caso de que el recurso tarde más de un mes en resolverse). Frente a la denegación del recurso de alzada, se debe interponer un recurso contencioso-administrativo.

Es posible que se solicite una medida de internamiento, ya que el Artículo 58.6 de la LOEX así lo permite cuando la devolución no se pudiera ejecutar en el plazo de 72 horas, en este caso la actuación letrada consistirá en entrevistarse con el/la extranjero/a para recabar más datos su situación: situación familiar, posible minoría de edad, posible solicitante de protección internacional, etc. Así mismo es recomendable que se obtenga información sobre la situación en el país de origen. En caso de que se solicite el mismo, se deberá celebrar una audiencia previa en los mismos términos que la prevista en el Artículo 505 de la LECrim y es el momento oportuno para hacer valer todas las pruebas pertinentes. También se debe subrayar en esta vista, la posibilidad de que se adopten medidas alternativas a la detención o internamiento de migrantes, ya que así lo contempla el Artículo 61 de la LOEX. Debe tenerse en cuenta dos tipos de situaciones que se pueden dar en caso de llegadas por vía marítima: el que se trate de extranjeros/as cuya devolución se prevé como poco probable de ejecutarse, esto debe ser tenido en cuenta por el Juez pues la finalidad de un internamiento siempre queda supeditada al objetivo de que se pueda materializar el retorno concreto y no ficticio, en este caso se debe hacer valer lo dispuesto en la Circular de la Dirección General de la Policía 6/2014³¹. Se prevé en dicha Circular que se realice una consulta a ACNUR sobre la situación en el país de origen, esto es importante a los efectos de acreditar (incluso cuando una persona no ha solicitado asilo) que la persona no puede ser devuelta por existir graves riesgos para su vida y por lo tanto una devolución supondría una vulneración del Artículo 33 de la Convención de Ginebra (o de otros tratados internacionales que recogen el Principio de non-refoulement o del Artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos), véase por ejemplo el reciente llamamiento de no devolución a Malí efectuado por ACNUR en agosto 2019.

La segunda situación por valorar de forma minuciosa sería la de los posibles menores de edad. En este caso habría que volver a alegar la minoría de edad, ya que queda prohibido

30] Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

31] http://www.migrarconderechos.es/legislationMastertable/legislacion/Circular_DGP_CGEF_06_2014

el internamiento de niños, y haciendo valer que los procedimientos de determinación de la edad erran en la mayoría de los casos por no ser concluyentes ni fidedignos los métodos empleados para determinar la edad, tales como son las pruebas oseométricas. Se debe solicitar en todo caso que se amplíen las pruebas para determinar la edad del niño/a y dando una horquilla de edad usando el límite inferior (en caso de duda debe aplicarse el "favor minoris").

Contra el auto de internamiento que dicte el Juez caben los recursos de reforma y de apelación.

Finalmente, mención debe hacerse a la posibilidad de solicitar unas medidas cautelarísimas reguladas en el Artículo 135 y s.s. de la LJCA para aquellos casos en los que se vaya a proceder a una inminente devolución. Se deberá hacer valer las circunstancias especiales que ya hemos mencionado anteriormente, tales como posible minoría, imposibilidad de devolución por las circunstancias imperantes en el país, indicios de trata, etc.



CONVENIO DE MARRUECOS

Definición, contextualización,
consecuencias prácticas.



5.1. INTRODUCCIÓN

Desde hace algunas décadas los desplazamientos de población procedentes del continente africano hacia Europa han sido una constante y, en buena parte, la reacción de los países europeos ante los movimientos migratorios ha sido la lucha contra la inmigración, la estancia y el trabajo irregulares que ha estado presente en las políticas exteriores de los países de la Unión Europea, principalmente del ámbito mediterráneo.

Hasta el 1 de mayo de 1999, fecha de entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, las decisiones sobre todo lo concerniente a esos flujos migratorios se tomaban desde cada uno de los Estados de la Unión Europea; en consecuencia, eran éstos los únicos que podían negociar y concluir los tratados internacionales.

Desde la vigencia del Tratado, la Unión Europea empezó a asumir competencias en materia de inmigración³² y uno de los aspectos que la incluye, sobre repatriación de extranjeros.

Con posterioridad, el Tratado de Lisboa, en vigor desde el 1 de diciembre de 2009, volvía a incidir sobre la competencia de la Unión Europea en las cuestiones sobre migración y sobre la estancia irregular de personas en Estados de la Unión³³.

La cuestión que plantear en estos momentos sería: ¿Quién tiene la competencia en materia de inmigración: ¿La Unión Europea o cada uno de los Estados de la UE? Mostramos nuestra conformidad con la opinión formulada por Nuria Arenas en el sentido de que

"Al ser una competencia concurrente, los Estados miembros podrán continuar con sus políticas nacionales de readmisión y, por tanto, adoptando estos acuerdos siempre y cuando la Unión no haya concluido un acuerdo con ese país tercero, pues en ese caso éstos dispondrían de prioridad, o bien en los casos en los cuales los acuerdos concluidos por la Unión contengan sólo vagas referencias a la readmisión"³⁴.

Es decir, que podrían suscribirse acuerdos internacionales en esa materia, tanto de tipo bilateral, entre Estados de la Unión y otros Estados, y también entre la Comunidad Europea y terceros Estados, siempre con la prevalencia de éstos sobre aquellos, salvo en el caso que contengan cláusulas imprecisas o demasiado generales sobre la readmisión.

En definitiva, en Tampere se inició el camino que habría de adoptar la Comunidad Europea

32] Artículo 63.3.b) TCE que «El Consejo (...) adoptará (...) medidas sobre política de inmigración en los siguientes ámbitos: (...) la inmigración y residencia ilegales, incluida la repatriación de residentes ilegales».

33] Artículo 79.3 TFUE que "La Unión podrá celebrar con terceros países acuerdos para la readmisión, en sus países de origen o de procedencia, de nacionales de terceros países que no cumplan o que hayan dejado de cumplir las condiciones de entrada, presencia o residencia en el territorio de uno de los Estados miembros"

34] Nuria Arenas Hidalgo. Los acuerdos europeos de readmisión de inmigrantes en situación irregular. Diez años de política europea de readmisión a debate. Doctora en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de la Universidad de Huelva (Cuadernos Europeos de Deusto Núm. 43/2010).

en relación con los retornos y readmisiones de nacionales extracomunitarios. También se decidía la forma en que debía regularse esa readmisión que tendría el carácter de obligatoria³⁵: se invitaba a la celebración de acuerdos de readmisión o a la inserción de cláusulas de readmisión en los Acuerdos que celebre la CE con terceros países.

Se pueden definir los acuerdos sobre "readmisión" como los celebrados entre dos Estados o entre una pluralidad de Estados (por ejemplo, la CE) y otro u otros Estados, en los que se solicita y se requiere la admisión de sus nacionales y/o la admisión de nacionales de terceros países que han llegado desde el país de una de las partes contratantes o han transitado por el mismo.

Estos acuerdos, bajo el marco de la "lucha contra la inmigración irregular", se han venido configurando, en un primer momento como "acuerdos de readmisión" en sentido estricto, en los que solo se regulaba la forma en la que aquella debía llevarse a cabo; sin embargo, posteriormente se han venido vinculando las "readmisiones" con cuestiones tales como la cooperación al desarrollo o la regulación de los flujos laborales, por ejemplo.

En la actualidad, existe un número importante de acuerdos celebrados entre la Comunidad Europea y terceros Estados que contemplan alguna cláusula relativa a la obligación recíproca de readmitir a los nacionales de ambas partes que se encuentren ilegalmente en el territorio de la otra parte contratante. Sirvan de ejemplo los acuerdos suscritos con Hong Kong (2004), Macao (2004), Sri Lanka (2005), Albania (2006), Rusia (2007), Bosnia y Herzegovina, la antigua República Yugoslava de Macedonia, Montenegro, Serbia y Moldavia (2008), Pakistán (2008) y Georgia (2010). Además, en junio de 2000, el Acuerdo entre los Estados de África, del Caribe y del Pacífico, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra, firmado en Cotonou (Benín), conocido como 'Acuerdo de Cotonou', estableció, como contrapartida de la ayuda al desarrollo, el principio de una cláusula de readmisión.

A partir de 2015, la entrada de personas migrantes a la Unión Europea a través de la vía oriental, por Grecia, aumentó de una forma alarmante como consecuencia del cierre de la ruta de los Balcanes. Grecia que hasta entonces era país de paso, se convierte en destino final, con la llegada de casi 1800 personas por día. Con cierta urgencia, la UE utiliza como una forma de externalización de las fronteras europeas, la firma de este tratado. Se menciona de forma especial por su repercusión y por las razonables críticas que ha recibido el Acuerdo Unión Europea-Turquía sobre readmisión de residentes ilegales que se aplica desde el 18 de marzo de 2016³⁶. La condición de "país seguro" de Turquía fue puesta en entredicho por organizaciones independientes, tribunales y el propio ACNUR que han declarado que existen dudas razonables para creer que los migrantes y solicitantes de asilo puedan estar seguros en un país como Turquía, condenado en 2.812

35] Las Conclusiones 26 y 27 del Consejo Europeo de Tampere: 26. El Consejo Europeo hace un llamamiento para que se desarrolle la asistencia a los países de origen y tránsito con objeto de promover el retorno voluntario y ayudar a las autoridades de esos países a mejorar su capacidad para combatir eficazmente la trata de seres humanos y para cumplir las obligaciones de readmisión que les incumben respecto de la Unión y los Estados miembros. 27. El Tratado de Ámsterdam otorgó a la Comunidad competencias en materia de readmisión. El Consejo Europeo invita al Consejo a que celebre acuerdos de readmisión o inserte cláusulas modelo en otros acuerdos entre la Comunidad Europea y los terceros países o grupos de países pertinentes. También deberán tomarse en consideración normas sobre readmisión interna.

36] El Apartado 1º del Acuerdo dice: " Todos los nuevos migrantes irregulares que pasen de Turquía a las islas griegas a partir del 20 de marzo de 2016 serán retornados a Turquía. Esto se aplicará en plena conformidad con el Derecho internacional y de la UE, descartándose así todo tipo de expulsión colectiva..."

ocasiones por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Igualmente, los Estados miembros de la Unión han celebrado también acuerdos bilaterales de readmisión con terceros países. La presión migratoria hacia la Unión Europea va a continuar. Actualmente las migraciones y el derecho de asilo se encuentran más que nunca en las agendas políticas de los países europeos, constituyendo uno de los grandes desafíos de la Unión Europea; por ello se hace necesario el establecimiento de acuerdos con los países de origen y de tránsito, sin que se limiten los derechos de las personas.

Por lo que se refiere a España, también se han firmado convenios bilaterales con diversos países. Por una parte, acuerdos de readmisión en sentido estricto y por otra parte acuerdos en materia migratoria o laboral en la que se incluyen cláusulas de readmisión.

Se han firmado acuerdos de readmisión de nacionales propios de cada Estado contratante con países europeos como Polonia, Bulgaria, Eslovaquia, Estonia, Francia, Italia, Portugal o Rumanía. Sirvan de ejemplo los de Polonia, Francia e Italia³⁷.

De igual forma, España ha suscrito convenios sobre regulación y ordenación de flujos migratorios y laborales con países de Europa y Sudamérica principalmente³⁸, en los que, en algunos de ellos se incluyen cláusulas de readmisión, como por ejemplo en el de Colombia³⁹.

España por su posición de frontera Sur, se ha convertido no sólo en un país de destino de importantes flujos migratorios extracomunitarios sino también, en un país de tránsito de migrantes a otros Estados europeos comunitarios. En los últimos años se ha constatado un avance y liderazgo por parte de España dentro de la UE en las cuestiones relativas a migraciones y desarrollo, notándose que el Gobierno español ha incorporado al continente africano y en particular a los Estados del África Subsahariana en sus prioridades de política exterior. Son razones de índole económico, político, de cooperación al desarrollo y migratorias las que inspiran los tratados que desde hace años lleva firmando España con esos países.

En el momento actual, dada la situación geográfica de España de cercanía a África y los

37] Acuerdo entre el Reino de España y la República de Polonia relativo a la readmisión de personas en situación irregular, hecho en Varsovia el 21 de mayo de 2002. (BOE 22 julio 2004). Acuerdo entre el Reino de España y la República Italiana relativo a la readmisión de personas en situación irregular, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1999 (BOE 7 febrero 2001). Acuerdo entre la República Francesa y el Reino de España sobre la readmisión de personas en situación irregular, hecho «ad-referéndum» en Málaga el 26 de noviembre de 2002. (BOE 26 diciembre 2003).

38] Bulgaria: Sobre regulación de flujos migratorios 28-10-2003; Colombia: De regulación y ordenación de flujos migratorios laborales 21-05-2001; Ecuador: De regulación y ordenación de flujos migratorios 29-05-2001; Marruecos: Sobre mano de obra 25-07-2001; Polonia Sobre regulación y ordenación de flujos migratorios 21-05-2002; República Dominicana Sobre regulación y ordenación de flujos migratorios laborales 17-12-2001; Rumania Sobre regulación y ordenación de flujos migratorios 23-01-2002.

39] APLICACIÓN provisional del Acuerdo entre España y Colombia relativo a la regulación y ordenación de los flujos migratorios laborales, hecho en Madrid el 21 de mayo de 2001. (BOE 4 julio 2001) Artículo 13. 1. Cada Parte Contratante readmitirá en su territorio, a petición de la otra Parte Contratante, sin perjuicio de los derechos y garantías que otorgan las legislaciones de ambos países, a la persona que en el territorio de la Parte Contratante requirente no cumpla los requisitos vigentes de entrada, estancia o residencia si la persona en cuestión posee la nacionalidad del Estado de la Parte Contratante requerida.

movimientos migratorios del último año⁴⁰ según la OIM, interesa conocer los acuerdos de readmisión firmados con los países del continente africano⁴¹. Entre ellos, a modo de ejemplo, en el Acuerdo de Cooperación en materia de inmigración con Guinea-Bissau de 2008 encontramos de nuevo una cláusula de readmisión:

“Art.9. 1. Cada Parte contratante admitirá en su propio territorio, a solicitud de la otra, a cualquier persona que no tenga o haya dejado de tener derecho a entrar, permanecer o residir en el territorio de la Parte contratante requirente...”

De especial interés, es el acuerdo con el país vecino tanto por las relaciones históricas, como por el papel que juega a nivel de frontera nacional y de la Unión Europea.

5.2. EL ACUERDO ESPAÑA-MARRUECOS DE 1992

En el BOE de 25 de abril de 1992⁴² aparecía publicado el Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente que había sido firmado en Madrid el 13 de febrero del mismo año.

Especialmente reducida era la argumentación de dicho Acuerdo:

“En el marco de la cooperación instaurada entre el Reino de España y el Reino de Marruecos y de los lazos históricos que unen a los dos pueblos y para responder a la preocupación común de coordinar los esfuerzos destinados a poner fin al flujo migratorio clandestino de extranjeros entre España y Marruecos”⁴³.

¿Se trata de un tratado internacional, aunque la fórmula que se ha optado es la de la denominación de “Acuerdo”? La pregunta ha de contestarse con una afirmación rotunda. Los tratados internacionales adoptan en la práctica variadas formulaciones: convenios, tratados, protocolos, acuerdos etc. En este caso, cumple todos los requisitos para ser considerado un tratado internacional que genera a las partes firmantes una serie de derechos y de obligaciones, conforme al derecho internacional.

Otra cuestión previa es la referente a la vigencia del Acuerdo. Se establece como fecha

40] OIM (Oficina Internacional para las Migraciones): Llegadas por mar en embarcaciones por el Mediterráneo a Europa desde África 114.941 personas. De ellas, 32.947 llegaron a Grecia, 23.371 llegaron a Italia y 55.756 llegaron a España.

41] Acuerdo de 13 de febrero de 1992 entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente (BOE núm. 100, de 25 de abril de 1992 y Corrección de erratas, BOE núm. 130, de 30 de mayo de 1992); el Protocolo entre el Gobierno de España y el Gobierno de la República Argelina Democrática y Popular sobre libre circulación de personas, hecho en Argel el 31 de julio de 2002 (BOE núm. 37, de 12 de febrero de 2004); el Acuerdo entre el Reino de España y la República de Guinea-Bissau en materia de inmigración, hecho en Madrid el 7 de febrero de 2003 (BOE núm. 74, de 27 de marzo de 2003); y el Acuerdo entre el Reino de España y la República islámica de Mauritania en materia de inmigración, hecho en Madrid el 1 de julio de 2003 (BOE núm. 185, de 4 de agosto de 2003). Aplicación provisional del Acuerdo de Cooperación en materia de inmigración entre el Reino de España y la República de Guinea Bissau, hecho «ad-referéndum» en Bissau el 27 de enero de 2008.

42] Corrección de erratas, BOE. nº 130, de 30/5/1992.

43] BOE 25 abril 1992.

de entrada en vigor la de 21 de octubre de 2012⁴⁴, cuando en realidad ha sido aplicado en ocasiones anteriores a dicha fecha. ¿Quiere decir que ha sido aplicado el Acuerdo indebidamente? En el Acuerdo que se analiza, consta en el artículo 16 que “El Acuerdo se aplicará provisionalmente a partir de la fecha de su firma. El presente Acuerdo se aplica provisionalmente desde el 13 de febrero de 1992, fecha de su firma, según se establece en su artículo 16”, por lo que ha de concluirse que su aplicación con anterioridad al año 2012 se encuentra ajustada a la legalidad.

Además, ha de tenerse en cuenta que el Acuerdo se firmó algunos años antes de que entrara en vigor el Tratado de Ámsterdam. Es decir, en una época en la que este tipo de tratados eran de la exclusiva competencia de los Estados.

5.3. CARACTERÍSTICAS DEL ACUERDO HISPANO-MARROQUÍ

¿Quiénes son los destinatarios de este Acuerdo de readmisión? A pesar de lo que se viene publicando en algunos medios de comunicación, se trata de la readmisión de “nacionales de terceros países” exclusivamente. Así se contempla en el artículo 1:

“Las autoridades fronterizas del Estado requerido readmitirán en su territorio, a petición formal de las autoridades fronterizas del Estado requirente, a los nacionales de países terceros que hubieren entrado ilegalmente en el territorio de este último procedente del de Estado requerido (...)”

Es decir, que en base a este Acuerdo no es posible la readmisión de españoles por España ni de marroquíes por Marruecos. En este aspecto, se aparta de los criterios generales de los Acuerdos de readmisión, ya que lo normal es que se apliquen para la readmisión de los nacionales de las partes contratantes, caso del Acuerdo con Francia⁴⁵, o para la readmisión de los nacionales de las partes contratantes y de terceros Estados, caso, por ejemplo, del Acuerdo con Mauritania⁴⁶.

¿Qué condiciones tienen que reunir el extranjero para poder ser “readmitido”? Que se produzca la entrada ilegal del mismo en el territorio del Estado requirente y que proceda del territorio del Estado requerido. Y, en consecuencia, el Estado requirente deberá probar: a) la identidad y nacionalidad del extranjero (ni marroquí ni española); b) la entrada ilegal en el Estado requirente; c) la procedencia del Estado requerido⁴⁷. Además,

44] BOE 13 diciembre 2012. Entrada en vigor del Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente, hecho en Madrid el 13 de febrero de 1992.

45] “Cada Parte Contratante readmitirá en su territorio... a toda persona que no cumpla o haya dejado de cumplir las condiciones de entrada o de estancia aplicables en el territorio de la Parte Contratante requirente” (Art. 1 Acuerdo entre la República Francesa y el Reino de España sobre la readmisión de personas en situación irregular, ya citado).

46] Acuerdo España-Mauritania, ya citado. En la Exposición de Motivos: “Deseando facilitar la repatriación de los nacionales de una Parte Contratante que se encuentren de manera irregular en el territorio de la otra Parte Contratante...y Deseando, asimismo, facilitar la repatriación de los nacionales de terceros países que se encuentren de manera irregular en el territorio de una Parte Contratante...”

47] Art. 2 del Convenio: “La readmisión se efectuará si se aprueba, por cualquier medio, que el extranjero cuya readmisión se solicita proviene efectivamente del territorio del Estado requerido. La solicitud de readmisión deberá ser presentada en los diez días posteriores a la entrada ilegal en el territorio del Estado requerido. En ella se harán constar todos los datos disponibles relativos a la identidad, a la documentación

se contempla el plazo de diez días desde la entrada para solicitar la readmisión. Solo en este Acuerdo y en el de Mauritania se establece plazo para solicitar la readmisión.

Se establecen una serie de supuestos en los que no hay obligación de readmitir: a) a los nacionales de Estados fronterizos con el Estado requirente; b) a los que se autorice a permanecer en el Estado requirente, después de la entrada ilegal; c) a los que entraran legalmente; y d) a los que se reconozca la condición de refugiado⁴⁸.

De vital importancia resulta la obligación que contrae el Estado requerido, una vez aceptada la readmisión, de asegurar que "los extranjeros readmitidos son enviados lo antes posible a su Estado de origen o al Estado donde comenzaran su viaje". (Art. 5)

Además, en los artículos 6 y siguientes se regula el tránsito por el territorio de cada una de las partes contratantes para la "expulsión de los nacionales de países terceros, cuando la continuación del viaje y su admisión en el Estado de destino estén plenamente aseguradas".

5.4. APLICACIÓN DEL CONVENIO

Se ha aplicado el Convenio en cinco ocasiones hasta el año 2003, devolviéndose a un total de 114 personas; y el 6 de octubre de 2005 se devolvió a 73 personas desde Melilla fueron trasladados por vía aérea desde Melilla a Málaga y posteriormente a Algeciras, desde donde fueron enviados en barco a Tánger, según consta en la demanda contra el Gobierno español, de 21 de octubre de 2005, presentada por la Comisión Española de Ayuda al Refugiado y el Comité René Cassin ante el TEDH⁴⁹.

Recientemente, en el año 2018 se ha aplicado en dos ocasiones. En primer lugar, el 23 de agosto se aplicó el Acuerdo, después de producirse un "salto" de la valla de Ceuta; veinticuatro horas después se encontraban en Marruecos 116 personas de origen subsahariano⁵⁰. La celeridad del procedimiento hace poner en duda el cumplimiento de las obligaciones legales del Estado como se puso de manifiesto por parte de la sociedad civil⁵¹.

En segundo lugar, en el mes de octubre, un total de 79 personas eran devueltas a Marruecos, en apenas 72 horas, de las que 24 habían sido interceptadas en Chafarinas y 55 habían entrado saltando la "valla" de Melilla⁵². Una vez más, ya no sólo provocó la alarma de las organizaciones de la sociedad civil, sino la queja presentada por el Ilustre Colegio de abogados de Melilla, ante las posibles vulneraciones del derecho nacional e internacional⁵³.

personal eventualmente poseída por el extranjero y a las condiciones de su entrada ilegal en el territorio del Estado requirente, así como cualquier otra información de que se disponga sobre el mismo".

48] Artículo 3 del Convenio.

49] Texto de la demanda disponible en: <http://www.fride.org/File/ViewFile.aspx?FileId=816>

50] <https://www.hoy.es/nacional/inmigrantes-vuelta-marruecos-20180824221206-nt.html>

51] <https://elfarodeceuta.es/devoluciones-expres-2018-marruecos-tsja/>

52] <https://www.cear.es/cear-condena-las-devoluciones-expres-de-55-personas-desde-melilla-a-marruecos/>

53] <https://www.abogacia.es/2018/10/23/el-colegio-de-abogados-de-melilla-denuncia-vulneracion-de->

5.5. EL ACUERDO Y LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS

Cuando en los meses de agosto y octubre de 2018 se llevaron a cabo las devoluciones a Marruecos desde Ceuta y Melilla, de nuevo se cuestionó la legalidad del Acuerdo y la forma en la que se habían llevado a cabo.

Sobre la posible ilegalidad, se ha pronunciado el Comisario de Migración, Asuntos de Interior y Ciudadanía de la UE Dimitris Avramopoulos quien dijo en enero de 2019 que “con arreglo a la Directiva relativa al retorno”, los migrantes irregulares sí “pueden ser devueltos a un país de tránsito en consonancia con un acuerdo o convenio de readmisión de la UE o bilateral”, como el suscrito por España y Marruecos en 1992.

No obstante, se está cuestionando esa pretendida “legalidad” declarada desde la Unión Europea desde diferentes aspectos:

En primer lugar, en el Acuerdo no se contempla referencia alguna sobre el respeto a los derechos humanos, es decir no consta compromiso formal por parte de Marruecos de respetar los derechos de las personas readmitidas. Por el contrario, en otros convenios de España si se establece algún tipo de reconocimiento de derechos. Así, por ejemplo, el Convenio con Argelia⁵⁴ o el Convenio con Mauritania⁵⁵ en los que en ambos se reconocen el respeto a los derechos humanos en caso de readmisión, lo que no sucede con el tratado hispano-marroquí.

En segundo lugar, la consideración como “país seguro” a Marruecos. País que carece de legislación sobre el asilo internacional y que a pesar de contar con procesos de regularización de personas extranjeras, son numerosas las denuncias de personas solicitantes de regularización que han sido encarceladas por estancia irregular y sin contar con asistencia letrada⁵⁶. No solo entidades internacionales como Amnistía Internacional o nacionales, como la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR), siguen considerando a Marruecos como país que no protege suficientemente los derechos de los extranjeros.

También instituciones de la Unión Europea como el Comité Europeo para la prevención de la tortura, se ha pronunciado diciendo en su Informe de 2015:

“que teniendo en cuenta el riesgo de malos tratos infligidos por los miembros de las fuerzas auxiliares marroquíes a los migrantes irregulares, devueltos a Marruecos, la CPT recomienda que las autoridades españolas aseguren que ninguna persona es entregada a ellos”.

Un estudio reciente del Centro Superior de Investigaciones Científicas (CSIC)⁵⁷ y ACNUR,

[derechos-en-la-devolucion-de-inmigrantes/](#)

54] Art. 8 del Convenio: “El presente Protocolo se celebra en el estricto respeto de los compromisos suscritos en materia de protección de los derechos humanos y no afectará a las obligaciones derivadas de los Acuerdos y Convenciones Internacionales concluidos por las Partes.”

55] Art. 23 del Convenio: “. Las Partes Contratantes no recurrirán a la fuerza indebida, tortura ni tratos crueles, inhumanos o degradantes en la aplicación del presente Acuerdo.

56] <https://crm.es.amnesty.org/sites/default/files/civicrm/persist/contribute/files/Informeannual2018air201718-spanish%20web.pdf>

57] “Refugiado e inmigrantes llegados a España”. Enero 2019

ha revelado que “un 52% de los inmigrantes que denuncian abusos tras llegar a España señala a la policía o a otras fuerzas del orden marroquíes”, lo que cuestiona de nuevo la condición de país “seguro” de Marruecos. Y como dice el catedrático Javier de Lucas “el régimen marroquí no puede ser considerado bajo ningún estándar comparado de reconocimiento y garantía de los derechos humanos un país seguro”.

En tercer lugar, sobre la toma de decisión por España de solicitar la readmisión y su forma de proceder, en relación con el párrafo anterior, hemos de decir que nadie debe ser devuelto en virtud de un acuerdo de readmisión si ello implica el riesgo de que la persona afectada sea objeto de persecución, tortura o castigos inhumanos o degradantes, como proscribió el artículo 19 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El TEDH⁵⁸ señaló que “siempre que se demuestre la existencia de motivos sustantivos para creer que el individuo en cuestión, si fuera expulsado, estaría expuesto a un riesgo real de ser sometido a tratos contrarios al artículo 3 en el país receptor”, existe “la obligación de no expulsar al individuo a ese país”. De igual forma la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa volvía a recordar a sus Estados miembros el cumplimiento de sus obligaciones al amparo del mencionado artículo 3 del CEDH, esto es, abstenerse de enviar migrantes a países donde estén expuestos al riesgo de sufrir torturas o tratos inhumanos o castigos degradantes (Resolución 2215/2018).

Las devoluciones practicadas en el año 2018 se realizaron de forma tan extremadamente rápida- 24 horas en Ceuta y 48 horas en Melilla- que necesariamente tuvo que provocar un procedimiento falto de garantías legales. Por ejemplo, en el caso de Ceuta una media de 10 personas era atendidas por cada abogado que además no sabían que se procedería a su devolución inmediata. La premura del procedimiento impide mantener entrevistas individualizadas con el tiempo necesario, impide detectar la presencia de menores, de posibles víctimas de trata o de posibles solicitantes de asilo o de personas con necesidades especiales; con lo cual la garantía de sus derechos a la que España está obligada queda seriamente en entredicho⁵⁹.

En cuarto lugar, ni desde España ni desde Marruecos se puede asegurar que “los extranjeros readmitidos son enviados lo antes posible a su Estado de origen o al Estado donde comenzaran su viaje” (art. 5). La propia Comisión Europea en su hasta ahora primer y único informe sobre la evaluación de los acuerdos de readmisión, de 2011, reconocía que estos carecen de medios que permitan comprobar el respeto de los derechos humanos de las personas que son devueltas⁶⁰.

En consecuencia, es urgente y necesario establecer “mecanismos correctivos que aseguren primero, que la repatriación se hace con todas las garantías legales y segundo, que el Estado requerido cumple con las garantías a las que se ha comprometido” según Barrera López⁶¹.

58] Sentencia de 23 de febrero de 2012, en el asunto Hirsi Jamaa e.a.c. Italia

59] Art. 6 Convenio Europeo Derechos Humanos, art. 47 Carta Derechos Fundamentales Unión Europea y al propia Constitución Española (art. 24).

60] Recomendación 14 de la Evaluación de los acuerdos de readmisión de la UE. Bruselas, 23.2.2011: “No existe actualmente ningún mecanismo para controlar lo que les sucede a las personas (sobre todo a los NTP, nacionales de terceros países) después de su readmisión. Es importante saber si el tercer país ha respetado los derechos humanos de las personas después de su readmisión”. (Comisión Europea).

61] F.M. Barrera López. La readmisión en origen. La postrera expresión de la política comunitaria de alejamiento de los extranjeros inmigrantes en situación irregular.

5.6. CONCLUSIONES

Desde el punto de vista español y comunitario actual, la necesidad de impulsar la cooperación internacional con el fin de facilitar la readmisión de nacionales extracomunitarios que se encuentran en situación irregular en el territorio de un Estado Miembro de la Unión Europea por los países de origen o de tránsito continúa siendo un elemento clave de las políticas de inmigración.

Pero la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa nos recordaba...

"que el cambio de responsabilidades a través del reclutamiento de terceros países para reforzar los controles fronterizos de la Unión Europea conlleva graves peligros para los derechos humanos, dado que aumenta el riesgo de que los migrantes queden «varados» en los países de tránsito a través de la readmisión, así como el incremento de medidas punitivas y restrictivas, como la devolución, la detención arbitraria y los malos tratos"⁶².

En este contexto el Acuerdo hispano-marroquí, tanto por su contenido formal como por su aplicación "exprés" que ha tenido lugar en el pasado año 2018, ha de ser totalmente cuestionado, por los motivos expresados: hacemos nuestra la reflexión contenida en una parte del "Manifiesto"⁶³ elaborado con tal motivo, en el que se dice que se deben denunciar estas devoluciones...

"no sólo por no respetar las garantías legales exigibles, sino también por suponer un paso más en la política de externalización de controles que tantos costos tiene en términos de derechos humanos –amén de las contraprestaciones económicas y políticas a Marruecos que el Gobierno debería desvelar-. Una política migratoria, en definitiva, que compromete la dignidad moral de nuestra sociedad y los principios humanistas en que debería asentarse, empujándonos por la pendiente de la barbarie"

De acuerdo con la profesora Arenas Hidalgo⁶⁴, solo podemos admitir una política de readmisión si se encuentra totalmente conectada con las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.

62] Resolución 2228 (2018), Consecuencias para los derechos humanos de la "dimensión exterior" de la política de asilo y migración de la UE: ¿lejos de los ojos, lejos de los derechos?

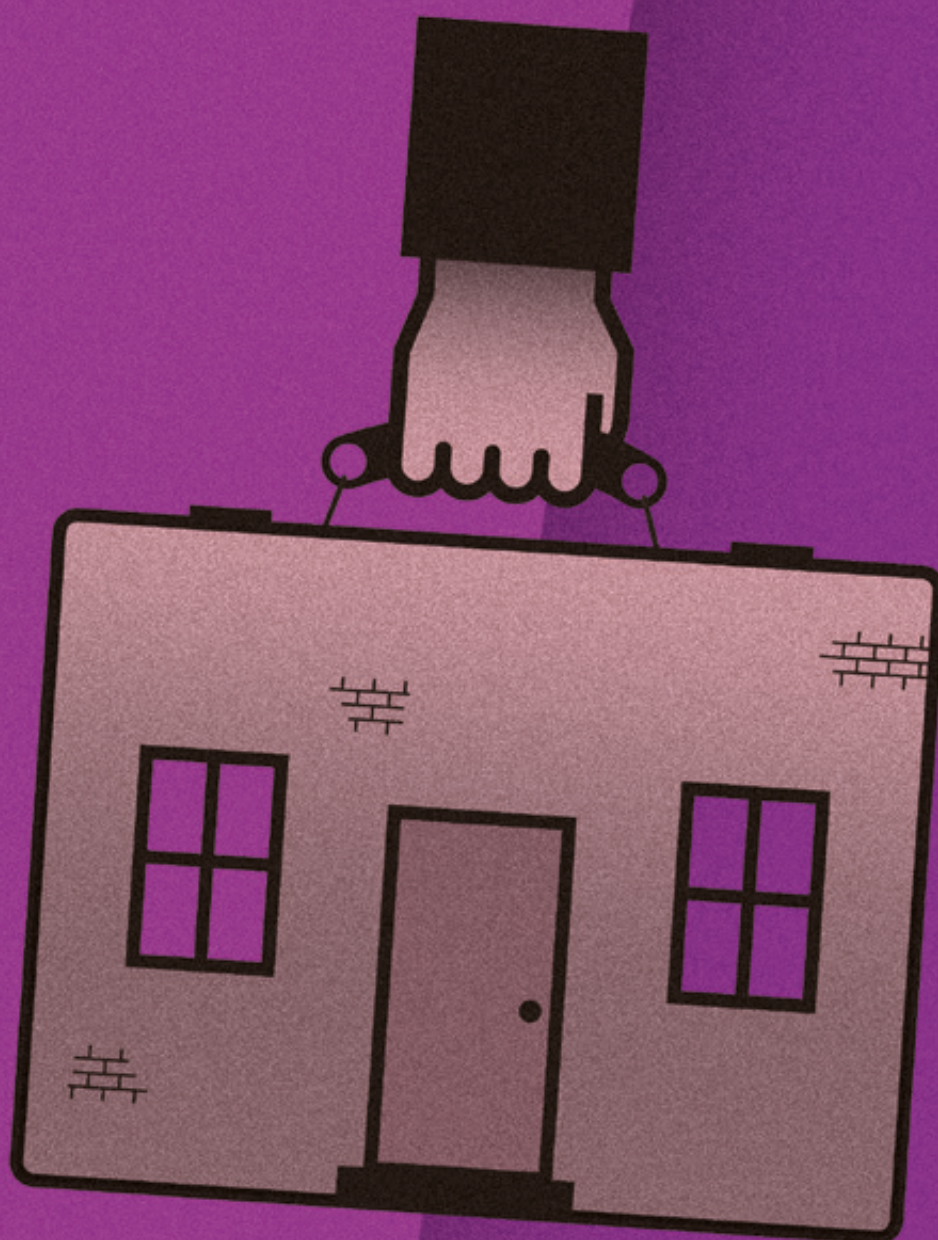
63] Manifiesto "Ante las devoluciones de migrantes y refugiados a Marruecos", Madrid 24 de agosto 2018. Firmado por varias organizaciones como Federación Andalucía Acoge, Red Acoge, Servicio Jesuita a Migrantes, Federación SOS Racismo o APDHA, entre otras.

64] N. Arenas Hidalgo. Los acuerdos europeos de readmisión de inmigrantes en situación irregular. Diez años de política europea de readmisión a debate.

6

SITUACIONES DE ESPECIAL VULNERABILIDAD I

Acceso al procedimiento de
asilo en frontera vs asilo en territorio.



La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951 define el concepto de persona refugiada, determinando las circunstancias que permiten acceder a este estatuto y las que obligan a excluir o cesar del mismo; dejando libertad a los Estados para que establezcan los procedimientos por los que se llegaría al reconocimiento o a la denegación del estatuto de refugiado.

En España la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de Asilo y de la Protección Subsidiaria, configura el asilo, reconocido en el artículo 13.4 de la Constitución Española⁶⁵, como la protección dispensada por España a los nacionales no comunitarios o a los apátridas a quienes se reconozca la condición de Refugiado de acuerdo con esta Ley, con la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de Nueva York de 1967⁶⁶.

Se concede el derecho de asilo a los que ostentan la condición de refugiados, es decir, a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país, o al apátrida que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, por los mismos motivos no puede o, a causa de dichos temores, no quiere regresar a él⁶⁷.

La protección subsidiaria, viene regulada en el artículo 4 de esa misma ley y señala que:

"El derecho a la protección subsidiaria es el dispensado a las personas de otros países y a los apátridas que, sin reunir los requisitos para obtener el asilo o ser reconocidas como refugiadas, pero respecto de las cuales se den motivos fundados para creer que si regresasen a su país de origen en el caso de los nacionales o, al de su anterior residencia habitual en el caso de los apátridas, se enfrentarían a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves previstos en el artículo 10 de esta Ley, y que no pueden o, a causa de dicho riesgo, no quieren, acogerse a la protección del país de que se trate, siempre que no concurra alguno de los supuestos mencionados en los artículos 11 y 12 de esta Ley."

El principio de non-refoulement (no devolución) es la principal garantía que se establece para los solicitantes de protección internacional. El art. 33 del Convenio de 1951⁶⁸ positiviza este principio y establece como obligación de Derecho internacional general, la prohibición a un Estado de enviar a la persona extranjera, a un país en el que pudiera sufrir violación de sus derechos humanos fundamentales. Este principio se consagra

65] Constitución Española, art 13.4 CE: La ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho del asilo en España.

66] Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de Asilo y de la Protección Subsidiaria, art. 2.

67] Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de Asilo y de la Protección Subsidiaria, art. 3.

68] Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y al Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967. Instrumento de Adhesión de España. Art. 33: "1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas."

así como la piedra angular de la protección de los refugiados sobrepasando los límites de la Convención de Ginebra de 1951, y configurándose como un principio de Derecho internacional general. Sin embargo, España ha vulnerado este principio en reiteradas ocasiones a través de las devoluciones en caliente, como veremos más adelante.

El acceso al procedimiento de asilo de todas aquellas personas que puedan encontrarse en la necesidad de solicitar protección internacional es uno de los mayores retos a los que se enfrenta el sistema español y europeo. No obstante, según denuncia la propia European Asylum Support Office (EASO)⁶⁹, el Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) está más centrado en garantizar que los solicitantes de asilo reciban un trato igual en la Unión Europea que de garantizar el acceso al procedimiento⁷⁰.

Para poder llevar a cabo la solicitud de protección Internacional y por tanto tener acceso al procedimiento, en España, se debe acudir a: la Oficina de Asilo y Refugio (OAR); los puestos fronterizos de entrada al territorio español (aeropuertos, los puertos y las fronteras terrestres), los Centros de Internamiento de Extranjeros; las Oficinas de Extranjeros y/o las Comisarías Provinciales de Policía⁷¹.

La ley 12/2009 no permite en ningún caso la presentación de solicitudes de asilo en las misiones diplomáticas, dejando a cada embajador la posibilidad de tramitar visado a España para poder llevar a cabo dicha solicitud. En la práctica, y a falta de desarrollo reglamentario, estos visados no se están emitiendo.

Diversas asociaciones, entre las que se encuentra la Federación Andalucía Acoge, así como el Defensor del pueblo, denuncian que esta limitación, junto con los conflictos existentes en determinados países, contribuye a dificultar el acceso al procedimiento, menoscabando los compromisos internacionales asumidos por España y la finalidad de dicho instrumento⁷².

La solicitud de una protección internacional comienza con la presentación formal de la misma, formulada por la persona interesada. Tienen derecho a solicitar protección internacional en España las personas no comunitarias y las apátridas presentes en territorio español. La comparecencia de la persona interesada para la solicitud de protección internacional deberá realizarse sin demora y en todo caso en el plazo máximo de un mes desde la entrada en el territorio español o desde que se produzcan los acontecimientos que justifiquen el temor fundado de persecución o daños graves. Los plazos varían dependiendo de si la solicitud es efectuada en frontera o en territorio, como veremos más adelante.

69] Esta agencia pretende ser el centro de referencia en materia de asilo; contribuyendo al desarrollo del sistema europeo común de asilo al facilitar, coordinar y reforzar la cooperación práctica entre los Estados miembros.

70] EASO, Annual Report Situation of Asylum in the European Union 2017, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2018 <https://www.easo.europa.eu/sites/default/files/public/EASO-ARfinal.pdf>. pág. 75

71] Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, art.4.

72] Dentro de las recomendaciones del Consejo Europeo sobre Refugiados y Exiliados (ECRE) se establece el acceso a la protección a través de las Embajadas.

Los plazos, desde la expresión de la voluntad de solicitar asilo hasta la formalización efectiva de la misma, están regulados por la Directiva de Procedimientos, de aplicación directa desde el 21 de julio de 2015 (en lo no traspuesto en la legislación nacional)⁷³.

Al establecer los derechos de las personas solicitantes hay que diferenciar, por una parte entre los derechos para el ejercicio de la solicitud de asilo⁷⁴, y, por otra, los derechos derivados de la presentación de dicha solicitud⁷⁵.

La solicitud se formaliza mediante entrevista personal que se realiza siempre individualmente, en contra de lo que sucede en determinadas comisarías, tal y como veremos a continuación. Solicitada la protección internacional, la persona extranjera no podrá ser objeto de retorno, devolución o expulsión hasta que se resuelva sobre su solicitud o ésta no sea admitida.

Desde la entrada en vigor de la Ley de Asilo en 2009 se prevé una diferencia de procedimiento si la solicitud se ha efectuado en puesto fronterizo o si se ha efectuado en territorio. Se diferencia, para ambos casos, dos fases: la primera de ellas, es la fase de admisión a trámite que es mucho más breve que la segunda ya que la primera se centra únicamente en examinar los aspectos formales mientras que la segunda constituye la instrucción del expediente.

6.1. SOLICITUDES EN TERRITORIO

Tal y como señalábamos anteriormente, la solicitud de Protección Internacional se formaliza mediante entrevista personal. No obstante, la cita para formalizar dicha solicitud se está dando para varios meses después de haberse manifestado la voluntad de solicitar la protección⁷⁶, suponiendo graves perjuicios para las personas solicitantes y vulneraciones de derechos. Esta situación tiene graves consecuencias en las personas solicitantes de protección internacional (dificultades en el empadronamiento, dificultades en acceso a guarderías, retraso para la adquisición de un permiso de empleo...). El hecho de no estar acreditadas como solicitantes de asilo también acarrea la imposibilidad de

73] Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (refundición) (aplicable desde el 21 de julio de 2015).

74] Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de Asilo y de la Protección Subsidiaria, art. 17.3. En el momento de efectuar la solicitud, la persona extranjera será informada, en una lengua que pueda comprender, acerca de: a) el procedimiento que debe seguirse; b) sus derechos y obligaciones durante la tramitación, en especial en materia de plazos y medios de que dispone para cumplir éstas; c) la posibilidad de contactar con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y con las Organizaciones no Gubernamentales legalmente reconocidas entre cuyos objetivos figure el asesoramiento y ayuda a las personas necesitadas de protección internacional d) las posibles consecuencias del incumplimiento de sus obligaciones o de su falta de colaboración con las autoridades; y e) los derechos y prestaciones sociales a los que tiene acceso en su condición de solicitante de protección internacional.

75] Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de Asilo y de la Protección Subsidiaria, art 18. El solicitante de asilo, presentada la solicitud, tiene en los términos recogidos en la presente Ley, en los artículos 16, 17, 19, 33 y 34, los siguientes derechos: a) a ser documentado como solicitante de protección internacional; b) a asistencia jurídica gratuita e intérprete; c) a que se comunique su solicitud al ACNUR; d) a la suspensión de cualquier proceso de devolución, expulsión o extradición que pudiera afectar al solicitante; e) a conocer el contenido del expediente en cualquier momento; f) a la atención sanitaria en las condiciones expuestas; g) a recibir prestaciones sociales específicas en los términos que se recogen en esta Ley.

76] Se ha de exigir resguardo de la manifestación de voluntad de solicitar Protección Internacional.

poder ser incluidos en el Sistema Nacional de Acogida e Integración de solicitantes de asilo, refugiados y otros beneficiarios de protección internacional, apátridas y personas acogidas al régimen de protección temporal dependiente del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social (MTMSS), incluso en situaciones de especial vulnerabilidad.

El Defensor del Pueblo lleva tiempo advirtiendo de la insostenible situación en la que se encuentra la Oficina de Asilo y Refugio (OAR). Así, ha denunciado que el sistema de gestión de solicitudes de protección internacional español, ya sea de forma presencial o a través de internet, se encuentra colapsado. En su Informe Anual de 2017⁷⁷ advirtió de que el sistema de acogida para los solicitantes de protección internacional no ha sido capaz de planificar las medidas de choque necesarias ante el aumento exponencial de solicitudes en un período corto de tiempo.

Andalucía Acoge, a través de una queja conjunta con otras asociaciones así como a través de diferentes medios de comunicación ha manifestado también reiteradamente el colapso de dicha oficina y la necesidad de aumentar los recursos para una acogida digna que respete los acuerdos internacionales llevados a cabo por España.

La Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o retirada de la protección internacional, establece en sus artículos 14 a 24 los requisitos legales para la adecuada formalización de solicitud de protección internacional, tanto en frontera como en territorio.

No obstante, se han detectado diversas disfuncionalidades e irregularidades en las entrevistas de formalización de la solicitud de protección internacional en todo el territorio nacional, que incumplen los requisitos señalados en la normativa de referencia y ponen en riesgo el correcto acceso al procedimiento con todas las garantías establecidas en la Ley. A consecuencia de ello, la Federación Andalucía Acoge, junto con otras entidades, presentó queja ante el Defensor del pueblo y en determinados casos concretos a la subdelegación de gobierno de cada provincia.

En dicha queja se especifica alguna de las deficiencias detectadas tales como:

1. Intimidad en la entrevista⁷⁸: aún hay varias provincias en las que la entrevista se realiza en dependencias generales de una comisaría, con escasa o ninguna privacidad/confidencialidad.
2. Información de derechos: En algunas comisarías se produce al final de la entrevista o, en ocasiones, ni siquiera se produce. Esto provoca que en algunos casos no se les informe hasta el final de la entrevista (o no se les informe) del derecho que les asiste a tener un abogado en la entrevista, lo cual genera una clara indefensión.
3. Formación de las personas que realizan las entrevistas⁷⁹: en general se detecta falta

77] https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2018/03/Informe_anual_2017_vol.I.1_Gestion.pdf Pág. 242

78] Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, art. 15.2 La entrevista personal deberá tener lugar en condiciones que garanticen la adecuada confidencialidad.

79] Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, art. 4.3. Los Estados miembros velarán por que el personal de la autoridad decisoria mencionado en el apartado 1 esté adecuadamente

de formación específica en protección internacional. Esto se traduce, en ocasiones, en un trato poco adecuado o no adaptado al perfil vulnerable del solicitante (ej.: víctimas de violencia de género, trata de personas, LGTBI...) o que no se tenga en cuenta las especiales dificultades del solicitante, tal y como establece el artículo 15.3.a) y b)

4. Asistencia letrada en territorio: no se explica cómo es el procedimiento de solicitud de abogado/a de oficio o a qué entidades dirigirse para obtener la asistencia letrada. En consecuencia, la mayoría de los solicitantes acuden a la entrevista sin asistencia de letrado/a, generando una clara indefensión.

6.2. SOLICITUDES EN FRONTERA

La Directiva 2013/32/UE delimita tres momentos a la hora de acceder al procedimiento de protección internacional⁸⁰, tal y como señalábamos anteriormente:

1. La formulación. Concorre cuando la persona expresa el deseo de obtener protección internacional. Desde ese momento, debe ser considerada como solicitante, con todos los derechos y obligaciones que corresponden a dicho estatuto.
2. El registro. Las autoridades competentes deben registrar dicha formulación en el plazo, no superior a: tres días hábiles desde que se formule la solicitud, en el caso de que se hiciese ante autoridad responsable de registrarla, o seis días hábiles en caso de que la misma se haya formulado ante otras autoridades, (policía, guardia de fronteras, autoridades de inmigración, o personal de un centro de internamiento). Salvo excepciones debidas a la formulación de numerosas solicitudes simultáneas, cuyo plazo podrá ampliarse hasta diez días hábiles.
3. La presentación de la solicitud. La persona solicitante facilita información o documentos para completar el expediente creado al registrar la solicitud, que se formalizará a través de una entrevista en presencia de un/a funcionario/a de la Oficina de Asilo o de la Comisaría de Policía. Será ésta la que dará comienzo al procedimiento que puede adoptar dos modalidades: procedimiento en territorio y procedimiento en frontera.

Las principales diferencias entre ambas modalidades estriban en el lugar donde se presente dicha solicitud, que en el caso del procedimiento en frontera será en un puesto fronterizo, o, en su caso, en un Centro de Internamiento de Extranjeros⁸¹, en los plazos, así como en los motivos de denegación de la solicitud y en la asistencia jurídica, que

formado... Tomarán asimismo en consideración la formación pertinente establecida y desarrollada por la Oficina Europea de Apoyo al Asilo (EASO). Las personas que efectúen las entrevistas con los solicitantes de conformidad con la presente Directiva deberán tener también un conocimiento general de los problemas que puedan afectar negativamente a la capacidad del solicitante de mantener una entrevista, como síntomas de que el solicitante pudo haber sido torturado en el pasado.

Art. 14.3 3. La ausencia de entrevista personal de conformidad con el presente artículo no impedirá que la autoridad decisoria dicte una resolución sobre una solicitud de protección internacional.

80] [Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional](#) (texto refundido), art. 6.

81] Ley 12/2009, art. 25.2 Cuando la solicitud de protección internacional se hubiera presentado en un Centro de Internamiento para Extranjeros, su tramitación deberá adecuarse a lo dispuesto en el artículo 21 de esta Ley para las solicitudes en frontera. En todo caso, presentadas las solicitudes en estos términos, aquéllas que fuesen admitidas a trámite se ajustarán a la tramitación de urgencia prevista en el presente artículo.

en el procedimiento en frontera es preceptiva, (y sólo derecho en el procedimiento en territorio⁸²), por lo que, en el curso del mismo, el/la abogado/a podrá intervenir desde la presentación de la solicitud y su formalización con la entrevista, hasta la finalización de dicho procedimiento.

Siguiendo la Ley 12/2009, hay que señalar que el contenido de la entrevista quedará reflejado en un formulario que irá cumplimentando el/la funcionario/a y en el que el/la solicitante deberá exponer los hechos, circunstancias y datos que argumenten la necesidad de concesión de protección internacional, acompañándolo de copia del pasaporte o título de viaje, así como del documento de identidad personal y otros documentos sobre los que pueda apoyar la pretensión, siendo dicho formulario firmado por todas las partes.

Es importante señalar que la resolución deberá ser motivada cuando acuerde la admisión, la inadmisión a trámite y la denegación de la solicitud. Asimismo, para el caso de acordar la inadmisión⁸³ o la denegación⁸⁴, aquélla deberá estar basada en alguno de los supuestos recogidos en la Ley 12/2009, y deberá notificarse a la persona interesada en el plazo máximo de cuatro días⁸⁵ desde su presentación.

De otro lado, en el supuesto de que la resolución sea en el sentido de denegación o inadmisión a trámite de la solicitud, se puede solicitar reexamen de la misma en el plazo de 2 días hábiles desde su notificación, lo que conllevará la suspensión de los efectos de aquélla. Igual plazo existe para notificar la resolución a la persona interesada, desde el momento en que la solicitud se hubiese presentado.

En el caso de que la solicitud de protección internacional sea admitida por la administración, será la propia resolución de admisión la que determinará el procedimiento aplicable.

Dicho procedimiento iniciado en frontera, se seguirá por la **modalidad del ordinario**, si una vez transcurrido el plazo para resolver no se ha notificado de manera expresa: la inadmisión a trámite, la denegación, la petición de reexamen de la solicitud, o la resolución del recurso de reposición en el caso de haber sido planteado.

82] Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, art. 8 y Ley 12/2009, artículo 16.2, en relación con el 21. A diferencia de lo que ocurre en el procedimiento en territorio, donde la asistencia jurídica se considera un derecho, pero no es preceptiva.

83] Ley 12/2009, art. 21.1 Cuando una persona extranjera que no reúna los requisitos necesarios para entrar en territorio español presente una solicitud de protección internacional en un puesto fronterizo, el Ministro del Interior podrá no admitir a trámite la solicitud mediante resolución motivada cuando en dicha solicitud concorra alguno de los supuestos previstos en el apartado primero del artículo 20. En todo caso, la resolución deberá ser notificada a la persona interesada en el plazo máximo de cuatro días desde su presentación

84] Ley 12/2009, art. 21.2 Asimismo, el Ministro del Interior podrá denegar la solicitud mediante resolución motivada, que deberá notificarse a la persona interesada en el plazo máximo de cuatro días desde su presentación, cuando en dicha solicitud concorra alguno de los siguientes supuestos: a) los previstos en las letras c), d) y f) del apartado primero del artículo 25; b) cuando la persona solicitante hubiese formulado alegaciones incoherentes, contradictorias, inverosímiles, insuficientes, o que contradigan información suficientemente contrastada sobre su país de origen, o de residencia habitual si fuere apátrida, de manera que pongan claramente de manifiesto que su solicitud es infundada por lo que respecta al hecho de albergar un fundado temor a ser perseguida o a sufrir un daño grave.

85] Sentencias del TS: RC 1656/2016, de 7 noviembre de 2016, RC 1666/2016, de 3 de octubre de 2016: = STS 4756/2016, de 7 noviembre de 2016, RC 1661/2016, de 19 de septiembre de 2016, RC 1304/2016, de 28 de septiembre de 2016.

Este procedimiento dará lugar a que la persona solicitante pueda obtener la autorización de entrada y permanencia provisional, sin perjuicio de la resolución definitiva del expediente en cualquier sentido.

Hasta aquí puede parecer un procedimiento sencillo, pero no lo es tanto en la práctica, donde tropezamos con numerosos obstáculos e impedimentos en el recorrido por el territorio de la frontera sur de España que vulneran el derecho al acceso al procedimiento.

En Ceuta y Melilla nos encontramos con las denominadas “devoluciones en caliente”⁸⁶, es decir, las expulsiones de facto de las personas migrantes en el momento en el que intentan cruzar la valla⁸⁷, que no son identificadas, pero que son detenidas y que, en ausencia de cualquier intervención y decisión administrativa o judicial, son transportadas de vuelta al desierto, o a Marruecos. Estas prácticas, que después el Gobierno legalizó a través de la Ley de protección de la seguridad ciudadana⁸⁸, han sido declaradas ilegales por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁸⁹, por tratarse de expulsiones colectivas y sin garantías, toda vez que suponen la negación de los derechos de estas personas cuando pisan territorio español, dado que no se les incoa ningún tipo de expediente o se refleja dato alguno por escrito, que indique el cruce de frontera, lo que significa que se les niega la posibilidad de asistencia por personal médico, de manifestación de las circunstancias por las que han cruzado ilegalmente la frontera, o de expresar que son víctimas de trata o menores, o de recurrir la decisión de ser “devueltos”. Además, estas personas se encuentran detenidas ilegalmente, toda vez que no se les respeta su derecho a ser asistidas por abogado/a e intérprete, ni a comunicarse con familiar alguno, y, en numerosas ocasiones, son retornadas a lugares de los que no partieron. Por tanto, en este tipo de prácticas, también se viola el derecho al acceso al procedimiento de protección internacional.

Por otra parte, pero también en Ceuta y Melilla, a las personas que solicitan Protección Internacional se les deniega la libre circulación dentro del territorio español, a través de la inclusión del siguiente texto en el documento que les acredita como tales: ‘Válido solo

86] A fecha de 1 de enero de 2019, el Gobierno central cifró por primera vez las devoluciones en caliente: 658 en 2018 en las fronteras de Ceuta y Melilla. https://www.eldiario.es/andalucia/devoluciones-caliente_0_854964586.html

87] Tener en cuenta que el TEDH, en su sentencia (Sala 3ª), as. N.D. y N.T. vs España (TEDH 2017, 74), de 03.10.2017

88] La [Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana](#), en su disposición Final Primera añadió la Disposición Adicional décima de la [Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social](#) del siguiente tenor: “Régimen especial de Ceuta y Melilla”. Esta norma pretende que no se considere consumada la entrada ilegal, aunque se haya atravesado la frontera. No hay que olvidar que no es obligatorio incoar expediente de expulsión para la devolución de aquellas personas que pretendan entrar de manera ilegal en territorio español, según establece el artículo 58.3 b) de la Ley 4/2000, de 11 de enero.

89] La Sentencia del TEDH (Sala 3ª), as. N.D. y N.T. vs España (TEDH 2017, 74), de 03.10.2017. Se trata, según el Tribunal de Estrasburgo, de una violación del Protocolo 4 y del artículo 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que prohíbe la expulsión colectiva sin posibilidad efectiva de recurso judicial. Hirsi Jamaa y otros c. Italia y Conka c. Bélgica Decisión N.D. y N.T. c. España, 7 de julio 2015 <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-158327>

Artículo 13: Derecho a un recurso efectivo. Hirsi Jamaa y otros c. Italia, M.S.S. c. Bélgica y Grecia, Conka c. Bélgica Gebremedhin c. Francia, 26 de abril 2007 <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-139384>. I.M. c. Francia, 2 de febrero 2012 <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-108934>. De Souza Ribeiro c. Francia, 13 diciembre 2012 <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-139031>. A.C. y otros c. España, 22 de abril de 2014 <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-148248>.

en Ceuta/Melilla' y ello, según la Abogacía del Estado, porque de no ser así, afectaría al "control de los flujos migratorios y al cumplimiento de los principios establecidos sobre la materia por la Unión Europea". Sin embargo, en la Sentencia de 17 de enero de 2019 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que resuelve el recurso interpuesto por un migrante al que se le denegó el acceso a Almería desde Melilla, a pesar de que su solicitud de protección internacional había sido admitida y estaba en trámite. Dicho Tribunal argumenta que la admisión a trámite de una solicitud de protección internacional produce el "efecto directo" consistente en que la persona solicitante está protegida por el principio de no devolución, retorno o expulsión en tanto se resuelve sobre su solicitud y, dado que una vez admitida ésta a trámite el titular de la misma se halla "en situación regular en España", se debe permitir su traslado dentro del territorio español, en este caso, desde Melilla a la península, sin perjuicio de la obligación de comunicar el cambio de domicilio en España, que se prevé en el artículo 18.2 d) de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. Esta Sentencia ha sido recurrida en casación ante el Tribunal Supremo, que considera este caso de "interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia respecto a si el solicitante de asilo, presentada su solicitud, tiene derecho a cambiar su domicilio en España desde Melilla a la península". De esta manera, el Tribunal Supremo sentará jurisprudencia sobre la libertad de movimiento de las personas solicitantes de Protección Internacional en Ceuta y Melilla, lo que, por otra parte, se prevé en la propia Ley 12/2009⁹⁰, cuando obliga a la persona que solicita protección internacional a: "d) informar sobre su domicilio en España y cualquier cambio que se produzca en él."

De otro lado, existen numerosas y no menos preocupantes deficiencias en Motril (Granada), donde las autoridades insisten en incoar y, además, notificar el acuerdo de devolución a las personas que han manifestado su voluntad de solicitar protección internacional. Y si bien es cierto, como no podía ser de otra manera, que dicho acuerdo queda en suspenso en tanto se admite y luego se estudia la solicitud, en los casos en que el/la solicitante registra y formaliza la misma, dicho acuerdo recobra su ejecutabilidad si estas personas no registran y formalizan aquélla. En estos supuestos, los/las Letrados/as deben negarse a firmar acuerdo de devolución alguno, al amparo de la Directiva 2013/32/UE, que determina que la cobertura del principio de no devolución debe estar presente desde que la persona formula su intención de solicitar protección internacional y, por tanto, no cabe notificar acuerdo de devolución alguno.

Esto mismo, ocurría hace algunos meses en Almería, aunque en la actualidad rige un criterio acorde con dicha Directiva al respecto, y en los casos de las personas que han manifestado la voluntad de solicitar protección internacional lo que se les entrega es un documento donde se refleja dicha voluntad y se les informa de dónde y en qué plazo deben registrar su solicitud.

Otro dificultad se añade en Motril, donde para poder registrar la voluntad de protección internacional, la persona solicitante debe desplazarse a 67 kilómetros del lugar donde formuló dicha petición, a pesar de contar con una Comisaría de Policía Nacional cerca de la zona portuaria donde recibe asistencia jurídica. Lógicamente, esta circunstancia complica, aún más, si cabe, el acceso al procedimiento y disuade a muchas personas, de manera que, en muchos casos, desisten de dicha petición⁹¹, además de vulnerar la

90] Art. 18.2 d)

91] Travesías desesperadas enero - diciembre de 2018 (acnur). En 2018, "muchos de los que llegaron por mar a España no solicitaron asilo. Aunque en muchos casos esto parece una decisión voluntaria, otros

Directiva 2013/32/UE⁹².

A estos hechos se ha de añadir que no es difícil encontrar a lo largo de la frontera sur instalaciones portuarias deplorables y que no reúnen unas mínimas condiciones para una primera acogida y asistencia, en palabras del Defensor del Pueblo⁹³. Incluso, en algunos casos, se tuvieron que abrir pabellones polideportivos, instalar campamentos militares, así como otros espacios, para poder ofrecer una mínima atención humanitaria a las personas que iban siendo rescatadas del mar. En Motril, el Cate en el que las personas recién llegadas en precarias embarcaciones neumáticas permanecen 72 horas, ha sido objeto de críticas y comunicaciones del Defensor del Pueblo a las autoridades a las que se les ha advertido la necesidad de su cierre, por no reunir las más básicas condiciones de salubridad y por ausencia de cualquier recurso, por mínimo que sea, para garantizar una acogida digna de las personas que permanecen allí.

factores importantes son la falta de información sobre el proceso y las largas esperas para obtener una cita para solicitar asilo". https://www.acnur.org/publications/pub_prot/5c5110f94/travesias-desesperadas-refugiados-e-inmigrantes-llegan-a-europa-y-a-las.html

92] Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, art. 6.2 Los Estados miembros garantizarán que la persona que haya formulado una solicitud de protección internacional tenga efectivamente la oportunidad de presentarla lo antes posible. Cuando el solicitante no aproveche esta oportunidad, los Estados miembros podrán aplicar el artículo 28 en consecuencia.

93] Véase:

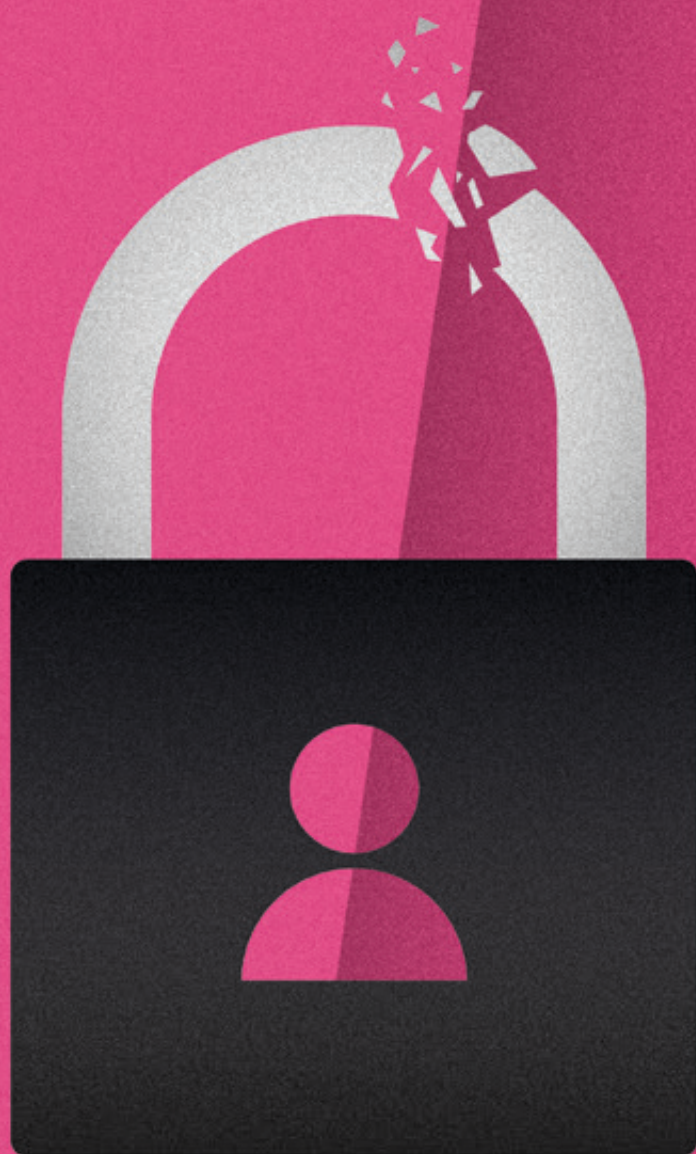
- Comparecencia del Defensor del Pueblo ante la Comisión Mixta Congreso de los Diputados-Senado de relaciones con la institución, a petición de la propia Comisión, sobre el asunto «Informe sobre la situación en España con la llegada de inmigrantes irregulares de Cartagena a Tarifa», de 15 de febrero de 2018: https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2018/02/Intervencion_Defensor_Comision_Mixta_15_02_2018.pdf

- Informe del Defensor del Pueblo de 4 de diciembre de 2018: <https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/cubrir-los-espacios-comunes-al-menos-los-comprendidos-entre-las-carpas-y-los-banos-y-aseos/>



SITUACIONES DE ESPECIAL VULNERABILIDAD II

Posibles víctimas de trata de seres humanos. Identificación, detección en frontera, procedimiento, análisis práctico.





CAPÍTULO 7: SITUACIONES DE ESPECIAL VULNERABILIDAD II.

Posibles víctimas de trata de seres humanos. Identificación, detección en frontera, procedimiento, análisis práctico.

7. 1. MARCO NORMATIVO

La Trata de seres humanos es un delito y constituye una violación de derechos humanos fundamentales en sí, expresamente prohibida por el **Art. 5 de la Carta de derechos fundamentales de la UE**⁹⁴. Las víctimas de trata de seres humanos pueden además sufrir violación de uno o más de sus derechos humanos fundamentales, como el derecho a la vida, a la libertad, a la salud y a la integridad física, el derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes. La trata de seres humanos es además una forma de discriminación y violencia de género contra las mujeres y niñas⁹⁵. El número de países, de origen, tránsito y destino, donde se están violando los derechos fundamentales de las personas tratadas, y el carácter transnacional de la delincuencia organizada, están en el origen de la regulación internacional de la Trata de seres humanos. La legislación internacional ha configurado un sistema basado en tres pilares: **la prevención, la protección de las víctimas y la persecución del delito**. Todos los aspectos de la Trata de personas se abordan por primera vez de forma conjunta en el Protocolo de Palermo, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000⁹⁶, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, con un enfoque orientado a la persecución de delito y el desmantelamiento de las redes organizadas. En 2009 España ratifica el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005⁹⁷ (en adelante **Convenio de Varsovia**), con el que va cobrando más protagonismo el enfoque de derechos humanos respecto a la persecución del delito.

La Unión Europea se ha dotado de su propio marco normativo con la **Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril del 2011**, relativa a **la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas**, con un enfoque de género y basado en los derechos humanos y claramente orientado a la protección de las víctimas⁹⁸.

En 2009 España empieza a adaptar su legislación interna a la normativa internacional sobre trata de seres humanos y, en cumplimiento del Convenio de Varsovia, se introduce

94] Artículo 5. Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado 1. Nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre. 2. Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio. 3. Se prohíbe la trata de seres humanos. Véase [Sentencia TEDH, Rantsev v. Cyprus and Russia](#).

95] Según diferentes fuentes estadísticas la mayoría de VTSH son niñas y mujeres (entre un 70% y 80%) y en la casi totalidad de los casos (95%) el fin es su explotación sexual. Se puede encontrar un resumen exhaustivo actualizado de las estadísticas en el siguiente enlace http://portal.ugt.org/inmigracion/trabajo_digno/trata_serres_humanos_trabajo_forzoso_datosactualizados2019.pdf

96] [Instrumento de Ratificación del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000.](#)

97] [Instrumento de Ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos \(Convenio nº 197 del Consejo de Europa\), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005.](#)

98] Completa el Marco Normativo de la UE la [Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de Junio de 2013 sobre procedimientos comunes para la concesión o retirada de la protección internacional](#) (Refundición).

en la **Ley de extranjería** el Art. 59 bis "Víctimas de Trata de Seres Humanos", pero no es hasta 2011, con la entrada en vigor del **Reglamento de Extranjería**, que se regula detalladamente el procedimiento de identificación y protección de las víctimas de trata⁹⁹.

En 2011 se adopta el "Protocolo Marco de Protección de las Víctimas de Trata de Seres Humanos"¹⁰⁰, con lo que se pretende dar pautas de actuación a todos los agentes implicados (Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Fiscalía, Médicos Forenses, Inspección de Trabajo y Entidades Sociales), en los diferentes momentos -detección, identificación y protección- en que pueden entrar en contacto con una víctima de trata.

En 2015, con la reforma del **Código Penal**, se tipifica por primera vez el delito de trata de seres humanos en el ordenamiento español con la introducción del artículo 177 bis.

En 2016 se dicta la Instrucción 6/2016, de la Secretaria de Estado de Seguridad, para homogenizar las actuaciones de la Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en la lucha contra la trata de seres humanos y la colaboración con las Entidades Sociales con experiencia acreditada en la Asistencia a las Víctimas. En las instrucciones se establece la figura del Interlocutor Social, a nivel Nacional y Territorial, con el fin de favorecer dicha colaboración¹⁰¹. La **Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria**, que a día de hoy no tiene desarrollo reglamentario, hace referencia a la trata en su Art. 46, como situación de especial vulnerabilidad a tener en cuenta en caso de solicitantes o beneficiarios de protección internacional.

A pesar de la regulación exhaustiva y del material publicado, sigue habiendo mucho desconocimiento sobre qué es la trata de seres humanos, no solo por parte de la opinión pública, sino también por parte de los profesionales, en aquellos ámbitos donde es posible que haya contacto con posibles víctimas de trata (ámbito sanitario, profesionales del derecho, Servicios Sociales, etc...). El desconocimiento perpetúa los estereotipos a la hora de detectar e identificar posibles víctimas de trata, en detrimento de la protección y garantía de los derechos de las víctimas.

En el caso de Víctimas de Trata con fines de explotación sexual los estereotipos más comunes son los relacionados con el ejercicio de la prostitución, a los que se añaden los estereotipos de género y sobre la inmigración, ya que la persona que ejerce la prostitución se percibe como una mujer inmigrante, joven, en situación administrativa irregular y con un nivel socio-económico y educativo bajo, que muy probablemente tiene enfermedades de transmisión sexual, adicciones y/o sufre trastornos psicológicos.

99] Título V, Capítulo IV, Real Decreto 557/2011 de 20 de abril, "Residencia temporal y trabajo por circunstancias excepcionales de extranjeros víctimas de trata de seres humanos".

100] Mediante acuerdo de 28 de octubre de 2011 por los Ministerios de Justicia, del Interior, de Empleo y Seguridad Social y de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, la Fiscalía General del Estado y el Consejo del Poder Judicial.

101] [Instrucción 6/2016, de la Secretaria de Estado de Seguridad, sobre actuaciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en la Lucha contra la Trata de seres Humanos y en la colaboración con las organizaciones y entidades con experiencia acreditada](#). Según la Instrucción Primera "Estos expertos, en su calidad de Interlocutores Sociales, serán el punto de contacto permanente con las organizaciones y entidades con experiencia acreditada en la asistencia a las víctimas de trata (entidades especializadas), para fomentar la colaboración con las mismas, garantizar intercambio mutuo de información, tendencias, estadísticas y promover los protocolos de coordinación que resulten necesarios para la asistencia a las víctimas y el apoyo policial especializado en la materia".

Según recoge el artículo recogido en la publicación "Elementos para una teoría crítica del sistema prostitucional"¹⁰², algunos de los estereotipos que surgen en relación con las víctimas de trata son los siguientes:

1. << Cuando se piensa que el deseo de emigrar implica consentimiento para la explotación, se aplica el estereotipo del estado de perpetuo consentimiento de las mujeres hacía cualquier acto sexual y se sexualiza a la víctima y su cuerpo. También se aplica el estereotipo de que las mujeres que trabajan en la prostitución son "inmorales" o "están perdidas".
2. Cuando se piensa que las mujeres víctimas de trata no lo son y que mienten con la única finalidad de no ser expulsada, se aplica el estereotipo de considerar a las mujeres como "intrínsecamente mentirosas", como "no confiables" y, en consecuencia, el testimonio de la mujer es visto bajo la sospecha. Hay que tener en cuenta que en muchos casos las contradicciones en el testimonio de la víctima suele ser consecuencia del estrés postraumático por las violaciones de derechos sufridos.
3. Cuando se piensa que una víctima de trata es una persona fácilmente reconocible (asustada, herida, atrapada, desesperada) que debería querer ser rescatada y, por lo tanto, siempre estará dispuesta a colaborar en la investigación del delito, se aplica el estereotipo de víctima de trata como mujer vulnerable, frágil y sin capacidad de agencia siempre y en todos los casos.>>

7.2. DEFINICIÓN DE TRATA. DIFERENCIA ENTRE TRATA Y TRÁFICO. DETECCIÓN E IDENTIFICACIÓN

Según el art. 4 del Convenio de Varsovia:

<<A efectos del presente Convenio:

- a. Por "trata de seres humanos" se entenderá el reclutamiento, transporte, transferencia, alojamiento o recepción de personas, recurriendo a la amenaza o uso de la fuerza u otras formas de coerción, el secuestro, fraude, engaño, abuso de autoridad o de otra situación de vulnerabilidad, o el ofrecimiento o aceptación de pagos o ventajas para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con vistas a su explotación. La explotación comprenderá, como mínimo, la explotación de la prostitución de otras personas u otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extirpación de órganos;
- b. El consentimiento de una víctima de la "trata de seres humanos" a la explotación pretendida, tal como se describe en la letra a) del presente artículo, será irrelevante cuando se utilice cualquiera de los medios a que hace referencia la misma letra a);
- c. El reclutamiento, transporte, transferencia, alojamiento o recepción de un menor a efectos de su explotación se considerará "trata de seres humanos" aunque no se recurra a ninguno de los medios previstos en la letra a) del presente artículo;
- d. Por "menor" se entenderá toda persona menor de dieciocho años;
- e. Por "víctima" se entenderá toda persona física que sea objeto de trata de seres humanos según se define en el presente artículo.>>

102] Elementos para una teoría crítica del sistema prostitucional Tapa blanda, de [Nuño Gómez y otros, Laura](#) (Autor), [De Miguel Álvarez y otros, Ana](#) (Autor), [Fernández Montes y otros, Lidia](#) (Autor) .

Los **tres elementos fundamentales de la trata**, comunes a todas las definiciones¹⁰³, son:

- **La acción:** Consiste en la captación, transporte, traslado, acogida o recepción de personas.
- **Los medios empleados:** Amenaza, fuerza, engaño, abuso de poder, vulnerabilidad, pago o remuneración a alguien que ejerza un control previo sobre la víctima.
- **La finalidad:** la finalidad siempre será la explotación que incluirá la explotación de la prostitución ajena, trabajos forzados, esclavitud y prácticas similares o extracción de órganos.

Son estos tres elementos que nos permiten diferenciar la trata de seres humanos del tráfico de personas, que está penado en el Art. 318 bis del Código Penal. En el tráfico de personas las víctimas son siempre extracomunitarias, siempre hay cruce de fronteras y la finalidad es el traslado en sí mismo, sin que medie engaño o coacción, y no la explotación de la persona. En el caso de la trata de seres humanos, la Víctima puede ser nacional del país en que ha sido captada, engañada y en el que está siendo explotada. La diferencia fundamental entre tráfico y trata reside en que, con el delito de tráfico de personas el bien jurídico protegido es el interés del Estado de controlar los flujos migratorios, mientras que en el caso de la trata de seres humanos el bien jurídico protegido es la dignidad humana.

Según el tipo de explotación a la que son sometidas las víctimas de trata se diferencia entre Trata con fines de explotación sexual, Trata con fines de explotación laboral, Trata para el tráfico de órganos, Trata con fines de Mendicidad y explotación para la realización de actividades delictivas, Trata para el tráfico de niñas y niños, Trata para matrimonio forzoso¹⁰⁴. Todas las víctimas son merecedoras del mismo grado de protección, independientemente de que la forma de explotación a la que son sometidas sea más o menos extendida y conocida, de allí que resulte esencial el conocimiento y la formación de las/los profesionales.

Además, desde Naciones Unidas, a través de la Iniciativa Global de Naciones Unidas para combatir la Trata de Personas, se han elaborado unos indicadores que pueden ayudar en la detección de posibles víctimas de trata de seres humanos¹⁰⁵. La función y utilidad de los indicadores radica en que son indicios que deberían alertar a cualquier persona, pero sobre todo a profesionales, sobre la posibilidad de que una persona sea víctima de trata, y se activen así los mecanismos de protección. El listado de indicadores no es exhaustivo y no es necesario que se den todos los indicadores para que estemos en presencia de una posible víctima.

Hay que diferenciar entre “detección” e “identificación”. Cualquier persona puede

103] El Protocolo de Palermo define la Trata en su Art. 2. El Protocolo Marco de Protección de la víctima utiliza la definición de Trata del Art. 177 bis del Código Penal español, que transpone al ordenamiento español el Art. 2 de la Directiva 2011/36/UE.

104] En todas las formas de trata el elemento común es que la víctima es convertida en mercancía, propiedad de los tratantes.

105] Hay un listado de indicadores elaborado por UNDOC, la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, disponible en el siguiente enlace https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/HT_indicators_S_LOWRES.pdf. También hay un listado de indicadores, sistematizados según el momento en que se encuentra la posible VTSH, en el Anexo 2 al Protocolo Marco de Protección de la Víctima.

detectar a una víctima de trata. El Protocolo Marco da pautas de actuación según la detección se produzca por fuerzas y cuerpos de seguridad del estado, encargadas de una investigación, como consecuencia de una inspección de trabajo, en frontera, por una asociación pública o privada que prestan servicios o por ong's. Cuando se detecta a una posible víctima, el Protocolo Marco prevé que:

"Cualquier persona que tenga conocimiento, por cualquier medio, de la existencia de un posible delito de trata o de una posible víctima del mismo, deberá presentar la oportuna denuncia ante el Ministerio Fiscal, el órgano judicial competente o la autoridad policial, de acuerdo con lo dispuesto en el Título I del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal" (rubricado "De la Denuncia").

La identificación propiamente dicha de una víctima de trata de seres humanos es competencia única y exclusiva de las autoridades policiales con formación específica en la prevención y lucha contra la trata de seres humanos (Art. 141.2 RD 557/2011). "La protección a las víctimas que ofrece la legislación se apoya y depende total y absolutamente de la identificación". Que sea la Policía la autoridad designada para la identificación presenta una serie de problemas, ya que la policía es la autoridad que persigue los delitos y es la autoridad competente para incoar expedientes sancionadores de extranjería. Es casi imposible que la posible víctima sepa diferenciar los diferentes roles de la autoridad policial y el resultado es la desconfianza hacia las propuestas de protección que le pueda plantear la policía, por mucha especialización y formación en trata que tengan sus agentes. A estas dificultades se añade la necesidad de que la persona víctima de trata se reconozca como tal, dificultad que se agudiza en frontera ya que la explotación no ha necesariamente empezado.

La detección y la identificación como víctima de trata de **las y los menores no acompañados** es especialmente importante, por las necesidades especiales de protección que tienen. En Andalucía no existen recursos específicos para este perfil por lo que es imprescindible que los Servicios de Protección de Menores y los Centros de acogida reciban formación específica sobre trata de seres humanos, para poder detectar a posibles víctimas entre los y las menores bajo su tutela, y activar así el protocolo de protección. Llegado el caso los Servicios de Protección de Menores competentes tendrán que examinar cuidadosamente una posible participación de miembros de la familia en la trata de las niñas y niños bajo su tutela.

7.3. PROTECCIÓN

Los tratantes son, evidentemente, los responsables del delito de trata, y de la violación de derechos humanos que sufren las víctimas, de allí que sean penalmente perseguidos y que se haya articulado un sistema internacional de colaboración policial finalizado al desmantelamiento de las redes organizadas. Sin embargo, al tratarse de un delito cuya Víctimas sufren violación de sus derechos humanos fundamentales, hay una responsabilidad del Estado, de protección de las personas posible víctima de trata de seres humanos que se encuentran en su jurisdicción, obligación de protección que es independiente de la denuncia o de la colaboración de la víctima con las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado o de la condena de los tratantes.

7.3.1. PROTECCIÓN ESPECÍFICAMENTE PREVISTA PARA LAS VÍCTIMAS DE TRATA DE SERES HUMANOS

El Sistema de protección de las víctimas en España es el establecido en el Art. 59 bis de la Ley de extranjería, y en su desarrollo reglamentario, y está basado en un sistema progresivo, que contempla:

1. La no devolución de las personas que puedan ser víctimas de trata de seres humanos;
2. Concesión de un Periodo de Restablecimiento y Reflexión (en adelante PRR) a las personas identificadas como víctimas de trata de seres humanos;
3. Exención de responsabilidad administrativa, en caso de estancia irregular de la víctima;
4. Concesión de una autorización de residencia y trabajo.

Durante la identificación queda suspendido el procedimiento sancionador de expulsión o la ejecución de la expulsión o devolución (Art. 141.2 del RD 557/2011). Una vez que la Unidad de extranjería ha identificado a una persona como víctima de trata de seres humanos, en 48 horas, y previa conformidad de la víctima, tiene que elevar propuesta para la concesión de un PRR, y será competencia del Delegado o Subdelegado del Gobierno concederlo.

El PRR está, por definición, desligado de la denuncia y cooperación de la víctima con la investigación, ya que se concede no solo para que la persona se restablezca (física y psicológicamente) sino para que reflexione si quiere colaborar o no con las autoridades policiales.

El PRR tiene una duración mínima de 90 días (art. 59 bis LOEX), autoriza la estancia de la víctima durante ese periodo en territorio español y conlleva la suspensión del procedimiento sancionador de expulsión o la ejecución de la expulsión o devolución. Durante el PRR la tutela de la víctima es provisional y no implica la concesión de una autorización de residencia y trabajo. Para la concesión de una autorización de residencia y trabajo, es necesario que previamente se le exima de la responsabilidad por estancia irregular en España. La "no" exención supondrá la continuación del procedimiento sancionador, a menos que la víctima pueda regularizar su situación administrativa en España por otras vías. En el caso de exención de responsabilidad administrativa por estancia irregular, la víctima de trata de seres humanos podrá solicitar autorización de residencia por circunstancias excepcionales por cualquiera de las vías reglamentariamente prevista. El Art. 143 RD 557/2011 prevé dos vías para autorizar la residencia de la VTSH:

1. Por colaboración con la investigación, previa propuesta de las autoridades con las que la víctima estuviera colaborando a que se le exima de su responsabilidad por estancia irregular;
2. En atención a la situación personal de la víctima, en este caso, de oficio, la Delegación o Subdelegación del Gobierno determinará la exención de la responsabilidad administrativa por estancia irregular.

La solicitud se presenta ante la Delegación o Subdelegación del Gobierno donde la víctima ha sido identificada y resolverá la Secretaría de Estado de Seguridad, en caso de solicitudes por colaboración con la investigación, o la Secretaría de Estado de Inmigración o Emigración, en caso de solicitudes basadas en las circunstancias personales de las víctimas. Solo en el caso de que la solicitud vaya acompañada de informe favorable a la

concesión del permiso de la Delegación o Subdelegación, se autorizará provisionalmente a la víctima, que recordamos ya ha sido identificada como tal, a residir y trabajar durante la tramitación del procedimiento. Si el procedimiento finaliza con la concesión de una autorización definitiva de residencia y trabajo, esta será de 5 años.

7.3.2. PROTECCIÓN INTERNACIONAL

La protección específica de las víctimas de trata y la protección internacional no son excluyentes. El Convenio de Varsovia contiene una cláusula de salvaguardia y en su Art. 40 establece que:

"Nada de lo dispuesto en el presente Convenio afectará a los derechos, obligaciones y responsabilidades de los Estados y de los particulares en virtud del derecho internacional, incluido el derecho internacional humanitario y el derecho internacional sobre derechos humanos y, en particular, cuando sea aplicable, la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y el principio de no devolución (non-refoulement) contenido en ellos".

En términos parecidos se expresa el Art. 14 del Protocolo de Palermo. Las víctimas de trata pueden ser solicitante de protección internacional¹⁰⁶. Al respecto pueden darse varios escenarios: la persona se reconoce como víctima de trata de seres humanos y busca protección internacional o la persona ha sido captada en el país de origen o en un país tercero, para ser explotada, pero no se reconoce como víctima de trata. Puede haber llegado a través de una red de tráfico de personas y la explotación en destino no ha empezado, a pesar de haber sufrido (o no) violencia y explotación en el trayecto.

Para que una víctima de trata pueda solicitar protección internacional es necesario que cumpla con todo y cada uno de los requisitos de la condición de refugiado, recogidos en el artículo 1.A.2 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, es decir tener temores fundados de ser perseguida por uno o más motivos de la Convención de Ginebra¹⁰⁷. En el caso de víctimas de trata de seres humanos, y a mero título de ejemplo, constituyen temor fundado de persecución el temor de volver a sufrir graves violaciones de derechos humanos (daños graves, violencia, tortura, esclavitud sexual, extracción de órganos), volver a ser tratada (retrata), represalia contra la víctima y/o la familia, estigma social, discriminación, castigo por parte de la familia o de la comunidad. En los casos de que la víctima sea una mujer, los actos de persecución por razones de género, como pueden ser la mutilación genital femenina o el matrimonio forzado, constituyen temores añadidos de persecución, que se suman a los temores por ser víctima de trata de seres humanos.

106] Véase las Directrices de Acnur sobre Protección Internacional: La aplicación del artículo 1A (2) de la Convención de 1951 o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados en relación con las víctimas de la trata de personas y las personas que están en riesgo de ser víctimas de la trata. https://www.acnur.org/prot/prot_mig/5b9ad25d4/directrices-sobre-proteccion-internacional-la-aplicacion-del-articulo-1a2.html

107] De acuerdo con el artículo 1.A.2 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, un refugiado es una persona que "debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él".

Diferentes de los actos de persecución, es el nexo causal entre el temor a ser perseguido y los motivos de persecución, por razones de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, establecidos en la Convención y que también deberá ser probado. Normalmente la vulnerabilidad de las personas, por los motivos de la definición de refugiado, las expone a ser seleccionadas como víctimas de trata. Ser mujer o niña o haber sido en el pasado víctima de trata son ejemplos de persecución por pertenencia a un determinado grupo social.

Desde el punto de vista del procedimiento, el Art. 25 de la Ley 12/2009 de 30 de Octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria establece un procedimiento de urgencia para aquellas solicitudes que parezcan manifiestamente fundada y/o que hayan sido formuladas por solicitantes que presenten necesidades específicas. Por otra parte el Art. 46.1 de la Ley 12/2009 reserva un tratamiento diferenciado a las solicitudes de protección internacional formulada por personas en situación de especial vulnerabilidad como las víctimas de trata de seres humanos. En aplicación del Art. 24 de la Directiva 2013/32/UE de 26 de Junio de 2013, a partir de la presentación de la solicitud y en un plazo razonable deberá evaluarse si el solicitante necesita garantías procedimentales especiales. Dichas circunstancias podrán ser el haber sido objeto de torturas, violación y otras formas graves de violencia psicológica, física o sexual (Art. 24.3 Directiva 2013/32/UE) y podrán ser tenidas en cuenta si se hacen patentes en una fase posterior del procedimiento.

Al respecto sería deseable una mejor coordinación y comunicación entre la Unidad Central de Redes de Inmigración Ilegal y Falsedades Documentales (UCRIF) y la Oficina de Asilo y Refugio (OAR), en casos de entrevista de identificación de víctimas de trata de seres humanos, cuando la persona es además solicitante de protección internacional. Independientemente del resultado de la entrevista de identificación, se debería protocolizar el traslado de información desde la UCRIF a la Oficina de Asilo y Refugio, para una mejor valoración de la solicitud de protección internacional. Si hubiera intervención letrada sería recomendable que fuera el abogado o abogada que realizara dicha comunicación. El Protocolo Marco establece un mecanismo de comunicación entre la OAR y la policía, cuando la detección de la víctima se produce durante la Instrucción de un expediente de protección internacional, pero no al revés.

Controvertida es la posibilidad que el letrado deje constancia en las alegaciones, en un procedimiento de devolución o de expulsión, de la existencia de indicios de que la persona asistida sea víctima de trata de seres humanos, a pesar de que ésta no se reconozca como víctima de trata y/o que no quiera acogerse a la protección internacional, precisamente por la falta de consentimiento de la posible víctima. El consentimiento de la persona es también necesario para solicitar un reconocimiento médico en relación con signos que pueden denotar persecuciones pasadas o daños graves (Art. 18 de la Directiva 2013/32/UE).

Finalmente, y de acuerdo con el Art. 46.3 de la Ley de Asilo que establece que "Por razones humanitarias distintas de las señaladas en el estatuto de protección subsidiaria, se podrá autorizar la permanencia de la persona solicitante de protección internacional en España en los términos previstos por la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración". A falta de desarrollo reglamentario, el art. 46 parece remitir a las disposiciones de la Ley de extranjería que regulan la concesión de un permiso de residencia por razones humanitarias (Art. 126 del RD 557/2011 y Disposición Adicional Primera, apartado 4 in fine del RD 557/2011), cuando la persona Víctima de trata, por el motivo que sea, no

haya sido identificado como tal pero sus circunstancias sean susceptible de fundamentar la solicitud de un permiso por razones humanitarias¹⁰⁸.

108] En la medida de lo posible intentaremos ofrecer referencias y enlaces a la legislación y a los estudios publicados sobre la TSH. Hay una recopilación de legislación, estadísticas y algún estudio en <http://www.violenciagenero.igualdad.mpr.gob.es/otrasFormas/trata/home.htm>.

CONCLUSIONES



En este capítulo vamos a dar paso a lo que debería ser la normativa desde la experiencia de nuestra intervención social. Después de haber llevado a cabo el análisis de las diferentes situaciones, normativas y actuaciones de facto, vamos a hacer un ejercicio de cómo deberían enfocarse las políticas, las normativas y las actuaciones para que se sitúen en un marco de reconocimiento de derechos, en la cohesión social y la convivencia intercultural.

En lo que respecta a la **entrada en España** consideramos que, para aquellas entradas a territorio nacional que se llevan a cabo por puestos no habilitados, es necesario que se cumplan los procedimientos administrativos legalmente establecidos. Concretamente en las denegaciones de entrada y devoluciones, de forma que se respeten los derechos humanos y se practiquen las garantías debidas: Notificación y motivación individualizada de la resolución denegatoria de entrada, asistencia jurídica gratuita, derecho a intérprete de su lengua materna, información y acceso, en su caso, a la formalización de solicitud de protección internacional. Especial atención se debe prestar a personas en situación de vulnerabilidad como menores sin referentes familiares, posibles víctimas de trata de seres humanos, solicitantes de asilo, personas con enfermedades severas, etc.

Las muertes y la vulneración de derechos como resultado del proceso de tránsito hasta Europa es una de las grandes lacras de la Frontera Sur. Resulta imprescindible tanto para evitar todas y cada una de las muertes en el mar, así como eliminar las vulneraciones de derechos humanos a las personas migrantes, permitir la solicitud de visados de estancia desde los países de origen. Algo que para nacionales de algunos países, especialmente los africanos, resulta imposible. La consecuencia es la inexistencia de vías seguras para realizar la entrada, condenando al tránsito irregular, verdadero origen del grave riesgo para sus vidas e integridad física.

Aunque resulte evidente, debemos recordar que el estado español debe ejercer una política de gestión migratoria que respete, proteja y cumpla el derecho a la vida de las personas refugiadas y migrantes. Política migratoria que garantice el principio de legalidad y de garantía procesal hacia todas las personas. Entre otras cuestiones es necesario que se facilite a todas las personas refugiadas el acceso a los lugares seguros para ejercitar su derecho a solicitar protección, garantizando así uno de los derechos fundamentales recogidos en la Constitución Española.

Se debe vigilar que los sistemas de entrada establecidos cumplen el marco internacional de los derechos humanos y los derechos de las personas refugiadas, en colaboración con las organizaciones de la sociedad civil.

En particular España debe cesar en su práctica de los rechazos en frontera, de las expulsiones colectivas y de las devoluciones sumarias. Estas prácticas no solo son lesivas para los derechos de las personas migrantes, si no que devalúan la calidad democrática de todo el estado español, al permitir que la actuación de las fuerzas y cuerpos de seguridad en la frontera se desarrollen en un marco de vulneración de derechos humanos, lo que sienta un precedente que puede contagiarse a otros espacios. Deben reemplazarse por prácticas que concilien el legítimo control fronterizo con el ineludible respeto a los derechos humanos y los procedimientos individualizados que garanticen la posibilidad

de defensa de todas las personas independientemente de su origen. Así mismo, ha de trabajar con los terceros países de su entorno para garantizar el acceso a todas las personas a solicitar protección sin exclusiones.

En lo que respecta a la normativa interna, en concreto a la normativa de extranjería y la aplicación del procedimiento sancionador preferente en los supuestos de infracción, hay que tener en cuenta que uno de los grandes problemas que nos encontramos, es que a pesar de que la exposición de motivos de la LO 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, incluye la Directiva 2008/115 al derecho nacional, no podemos concluir que ésta haya sido traspuesta de manera correcta. Si tenemos en cuenta la jurisprudencia nacional, como la Sentencia del TSJ Madrid (sección 2ª) 419/2017 de 5 de junio de 2017:

<<La primacía del Derecho de la Unión sobre el interno es clara, tal y como se proclamó por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia de 9 de Marzo de 1.978 (Asunto C-106/77 , "Amministrazione delle Finanze dello Stato y SpA Simmenthal"), en la que se declaró que "Los Jueces nacionales encargados de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, están obligados a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicadas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que estén obligados a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o mediante otro procedimiento constitucional".>>

Como la ya citada sentencia del TJUE, de 23 de abril de 2015, que se pronuncia así: "los Estados miembros no pueden aplicar una normativa que pueda poner en peligro la realización de los objetivos perseguidos por una directiva y, como consecuencia de ello, privarla de su efecto útil"

En consecuencia, al no haber el propio Estado transpuesto la Directiva en los plazos previstos, ni haber impuesto las medidas de ejecución dictadas por la directiva, no puede oponer frente a particulares el incumplimiento de las obligaciones que la directiva lleva implícitas.

Por último, se reitera la denuncia ante la inadecuación del procedimiento debido a la falta de justificación que se hace de manera reiterada en la práctica. Como ya hemos explicado con anterioridad, la incoación del procedimiento preferente por la infracción del art. 53.1.a), sin que se den las circunstancias legalmente establecidas, debería ser nulo de pleno derecho en virtud del artículo 47.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común y de las Administraciones Públicas.

En lo que se refiere al ámbito internacional entendido como la externalización de la gestión migratoria; el control de la frontera y el retorno de las personas migrantes a sus países de origen son elementos de las políticas migratorias que deben conjugarse con la obligación universal de respeto de los derechos humanos fundamentales.

Por ello, Andalucía Acoge propone la denuncia de la aplicación del Convenio de 1992 al considerar a Marruecos como "país no seguro" por los abusos y las violaciones de derechos que vienen ocurriendo en ese Estado en relación con la población subsahariana. Vamos a señalar algunas pistas que pudieran servir para argumentar ante instancias judiciales, o de otro tipo, la citada inseguridad de Marruecos en orden a garantizar el respeto de los derechos humanos a todas las personas migrantes que pudieran ser repatriadas a ese

país en virtud del Acuerdo de 1992.

En primer lugar debemos recordar lo declarado por el Comité Europeo para la prevención de la tortura en su Informe de 2015¹⁰⁹,

"...teniendo en cuenta el riesgo de malos tratos infligidos por los miembros de las fuerzas auxiliares marroquíes a los migrantes irregulares, devueltos a Marruecos, la CPT recomienda que las autoridades españolas aseguren que ninguna persona es entregada a ellos".

De igual modo otros informes avalan la situación de peligro en Marruecos para con los y las migrantes subsaharianos. En primer lugar, el Informe de Médicos sin Fronteras de 2013¹¹⁰, en el que puede leer, entre otras cosas, "Datos de MSF revelan que la violencia sexual es un problema de alarmantes proporciones entre la comunidad migrante subsahariana en Marruecos" o "En 2012, los equipos de la organización respondieron al marcado aumento de abusos, tratos vejatorios y actos de violencia contra los migrantes subsaharianos por parte de las Fuerzas de Seguridad marroquíes".

En segundo lugar, el Informe Abusados y expulsados: malos tratos a migrantes del África subsahariana en Marruecos de Human Rights Watch¹¹¹, en el que se lee:

"Los Estados miembros de la UE deberían abstenerse de devolver a nacionales de terceros países a Marruecos en virtud de los acuerdos bilaterales de readmisión existentes, o de cualquier otro modo hasta que Marruecos cumpla las normas internacionales con respecto a los derechos humanos de los migrantes retornados, y demuestre la voluntad y la capacidad de proporcionar una protección efectiva a los solicitantes de asilo y a los refugiados".

Finalmente y mucho más cercano en el tiempo nos ceñimos a lo relatado en el Informe Refugees and Migrants Arriving in Spain¹¹², publicado en enero de 2019. Por la profusión de cifras y contundencia le dedicamos más espacio.

Este informe se basa en la realización de 1002 entrevistas entre octubre y diciembre de 2017 en España a personas migrantes recién llegadas: 498 entrevistas en 24 instalaciones de acogida de ayuda humanitaria en 13 provincias continentales; 102 entrevistas en cinco centros de internamiento de extranjeros (CIEs) y 402 entrevistas en los Centros de Estancia Temporal (CETIs) de Ceuta (165 entrevistas) y Melilla (237 entrevistas). La nacionalidad de las personas entrevistadas: el 75% a nacionales de países subsaharianos (destacando Guinea con el 25%), el 10% a nacionales de Siria, el 10% a nacionales de Argelia y el 5% a nacionales de Marruecos.

El 58% de las personas entrevistadas relataron que sufrieron algún tipo de abuso en su

109] Apartado 54, página 23 del Informe: "teniendo en cuenta el riesgo de malos tratos infligidos por los miembros de las fuerzas auxiliares marroquíes a los migrantes irregulares, devueltos a Marruecos, la CPT recomienda que las autoridades españolas aseguren que ninguna persona es entregada a ellos". <http://www.cpt.coe.int>

110] "Violence, Vulnerability and Migration: Trapped at the Gates of Europe", Médecins Sans Frontières, Barcelona (June 2013).

111] HRW, "Abused and Expelled: Ill-Treatment of Sub-Saharan African Migrants in Morocco", Human Rights Watch, New York, NY (February 2014). <https://www.refworld.org/docid/52f9dd8c4.html>

112] Publicación en inglés. <https://data2.unhcr.org/en/documents/download/68532>

ruta hacia España. Aunque, según el origen, las diferencias eran significativas: mientras que las personas procedentes del norte de África y Siria relataban sufrir abusos en cantidad relativa (Argelia el 27%, Marruecos el 35% y Siria el 53% de las personas encuestadas, el porcentaje era mayor en los países subsaharianos (Guinea-Bissau el 94%, Camerún el 80%, Guinea el 77% o Costa de Marfil el 68%).

El abuso a menudo tomó la forma de violencia física (39%), abuso psicosocial (33%) y secuestro (16%); además el 3% de las personas refugiadas informaron de que habían sufrido abusos sexuales (33%) en la ruta, el 1% fueron vendidas como esclavas (14%) y el 11% sufrió explotación laboral.

Los autores de abusos citados con más frecuencia fueron identificados como policías o fuerzas de seguridad (52%), seguido por desconocidos o delincuentes comunes (23%).

Sin embargo, lo que más interesa en este caso, es conocer el lugar donde se produjeron los abusos relatados, resultando que la mayoría de los abusos se produjeron en Marruecos (52%), seguido de Argelia (41%) y de Libia (38%); los abusos que al parecer sucedieron en España llegaron al 2%.

Este conjunto de fuentes confirma la aseveración de que Marruecos no ha de ser considerado como "país seguro" y, por lo tanto, la devolución a ese país de personas migrantes de origen subsahariano podría constituir una grave vulneración de los derechos humanos, de la que el Estado español podría ser cómplice.

Es importante tener en cuenta, en lo que respecta a las situaciones de especial vulnerabilidad que se han analizado a lo largo del informe:

1. Puesto que es preceptiva la asistencia jurídica en el procedimiento para solicitar protección internacional en frontera, recomendamos que toda persona que quiera acceder al mismo, lo haga asistida profesionalmente desde el principio. Bien solicitando justicia gratuita en el Colegio de Abogados del lugar donde se ubiquen las dependencias para dicha solicitud, que le debe asignar un abogado o abogada de oficio; o bien en el caso de que la persona disponga de medios económicos suficientes, a través de la designación de un o una profesional particular.
2. Relacionado con el punto anterior: hay que tener en cuenta que la notificación de la resolución de inadmisión, denegación, así como la que resuelve sobre la petición de reexamen, se hará a la persona interesada. Razón por la cual el o la profesional responsable de su asesoramiento jurídico deberá asegurarse de tener acceso a esta resolución.
3. Hasta hace muy poco, se carecía de un sistema de identificación de personas vulnerables que permitiera detectar a posibles solicitantes de protección internacional. Hoy día la situación ha cambiado, sin embargo actualmente sigue sin existir algún tipo de mecanismo o protocolo para la detección de niños, niñas y adolescentes (NNA) víctimas de trata o cualquier otro perfil vulnerable. Por tanto resulta necesario implementar un sistema similar al desarrollado para las personas solicitantes de protección internacional. Junto a este sistema de identificación es necesaria la presencia de un equipo interdisciplinar que pueda detectar en las llegadas colectivas cualquier situación de vulnerabilidad.
4. Recalamos la insuficiencia de recursos materiales y humanos para atender las situaciones de emergencia humanitaria. Exponemos la deficiente calidad de la

asistencia de todo tipo, incluyendo la asistencia letrada. En algunos casos, se carece de instalaciones adecuadas para obtener la suficiente privacidad en las entrevistas. Igualmente remarcamos que la ausencia de intérpretes¹¹³ (para lenguas distintas del inglés, francés o árabe) ha generado casos en los que ha sido una persona compañera del viaje migratorio la que ha desempeñado la labor de traducción. Es evidente el consiguiente efecto disuasorio que para la persona entrevistada puede suponer esta falta de intimidad en el caso de potenciales víctimas de trata o de cualquier otro motivo que justifique el acceso de la persona a las diferentes vías de protección previstas por la normativa estatal e internacional. Es imprescindible garantizar la traducción e interpretación confidencial dada la trascendencia de las manifestaciones que las personas asistidas pueden realizar y las consecuencias para su protección efectiva.

5. En general debe garantizarse, en las llegadas colectivas en las embarcaciones comúnmente denominadas "pateras", una atención a las necesidades sanitarias, jurídicas y psicológicas y de mediación individualizado por los y las agentes que intervienen en dicha acogida. En todo este proceso, insistimos, es fundamental garantizar la presencia de intérpretes porque de otro modo es imposible una comprensión efectiva de la situación jurídica por la persona que llega a España y, por lo tanto, se produce una total indefensión.

Mientras que esto no ocurra, creemos que todos y todas las agentes que de una manera u otra intervienen en la recepción, acogida y asistencia de estas personas y muy particularmente los abogados y las abogadas, deben hacer constar dicha descoordinación y deficiencias a través de quejas o manifestaciones al respecto para que quede constancia de la "incidencia" ante Policía, Colegio de Abogados o Administración.

En el caso de los letrados y las letradas podría hacerse constar en el propio acuerdo de devolución antes de proceder a su firma. Pudiendo considerarse incluso la negativa a la firma si persiste la negativa por parte del personal público ha de reflejar por escrito manifestación alguna en aquel sentido. Además debería recogerse en las alegaciones, los recursos y procedimientos correspondientes, especialmente en los procedimientos para la protección de los derechos fundamentales de estas personas.

6. Respecto a los supuestos de las "devoluciones en caliente" deben eliminarse completamente como práctica en frontera y establecer un procedimiento regulador que respete las garantías mínimas esenciales en cualquier devolución. En el caso de no ser así, al menos, consideramos, siguiendo las pautas establecidas en la sentencia del Tribunal de Estrasburgo AS. N.D. y N.T. vs España, de 03.10.2017, que es necesaria una modificación legislativa que fije el procedimiento a aplicar en los casos de interceptación de migrantes intentando acceder sobrepasando los llamados dispositivos de contención fronterizos, que, tratándose de un intento de acceder a territorio español, según la normativa en vigor sería el procedimiento de devolución regulado en el art. 58 de la Ley 4/2000, de 11 de enero. En definitiva, posibilitar el ejercicio del derecho de formular, registrar y formalizar una solicitud de protección internacional, ex artículo 58.4 de la Ley 4/2000, además de ofrecer un tratamiento adecuado en el caso de detección de una eventual situación de vulnerabilidad.

7. En relación con la normativa española, Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del

113] Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, en su art. 8 obliga a los Estados a proporcionar servicios de interpretación cuando sea necesario.

derecho de asilo y de la protección subsidiaria, en su Disposición Final Tercera, autoriza al Gobierno a dictar disposiciones reglamentarias para el desarrollo de la misma. Sin embargo, a día de hoy, el único reglamento en vigor es el Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, normativa que fue derogada por la 12/2009. Es precisa por tanto una nueva Ley de Asilo, en la que además se reconozca la Trata de Seres Humanos como motivo de persecución.

8. Por último, con el fin de armonizar la normativa de protección internacional, las condiciones de acogida y otros aspectos relativos al procedimiento de asilo, la Unión Europea ha venido trabajando en la consecución de un Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) desde 1999. A pesar de ello, en la actualidad, persisten numerosas diferencias entre los sistemas nacionales de asilo de los distintos países de la Unión Europea. Lo que origina que las personas solicitantes de asilo y refugiadas reciban un tratamiento diferente en función del Estado donde presentan su solicitud. Es imprescindible un cambio en dicho sistema (SECA) que armonice las legislaciones nacionales y garantice los mismos derechos y protección a todas las personas refugiadas, independientemente del Estado europeo en el que se encuentren.

Aunque se hayan hecho referencias con anterioridad, en este apartado final de recomendaciones, queremos extendernos por su invisibilidad y gravedad en el caso particular de la atención a las personas víctimas de trata. En mayo de 2017, la Federación Andalucía Acoge entra a formar parte de la Red Española Contra la Trata de Personas (RECTP). La RECTP es interlocutora habitual de diversos órganos estatales con competencia en Trata de Seres Humanos (Ministerio Interior, Relatoría Nacional, D.G. Violencia de Género, Vicepresidencia del Gobierno, CGPJ, Fiscalía...) y de los organismos de referencia europeos (Consejo de Europa, GRETA¹¹⁴, OSCE, CEDAW). Del mismo modo desde enero de 2017, la Federación Andalucía Acoge (si bien algunas asociaciones federadas ya pertenecían anteriormente) forma parte también de la red ANTENA SUR contra la trata que cuenta con organizaciones en Andalucía, Ceuta y Melilla.

Dentro de la Federación Andalucía Acoge hay que destacar, en la detección y protección de las víctimas de trata de seres humanos, el papel impulsor de las asociaciones más vinculadas a la Frontera Sur como Algeciras Acoge y Melilla Acoge. Ejemplo de ello es la Guía destinada a profesionales para orientar en la detección de Víctimas de Trata¹¹⁵, elaborada en el año 2014 por un equipo especializado de Algeciras Acoge. Una guía actualizada recientemente en el año 2019.

Sumándose a la reivindicación de la RECTP de la necesidad de una Ley Integral contra la Trata, Andalucía Acoge se ha implicado en la elaboración de ese proyecto de borrador de ley junto con las entidades pertenecientes a la RECTP. La reivindicación de una Ley integral se justifica en primer lugar por la necesidad de que todos los derechos y todas las

114] El Convenio de Varsovia contiene un mecanismo de evaluación de la aplicación del Convenio, compuesto por el Grupo de expertos en la lucha contra la trata de seres humanos (GRETA). El GRETA ha visitado España en 2018 y se ha entrevistado con autoridades administrativas y con entidades sociales, entre ellas con la RECTP, de la que Andalucía Acoge es miembro. El informe de evaluación (es el segundo, el primer informe se publicó en 2013) con recomendaciones para España para implantar el Convenio, se puede encontrar en el siguiente enlace <https://rm.coe.int/greta-2018-7-frg-esp-en/16808b51e0>

115] "Detección de Víctimas de trata. Guía para profesionales", cuya última actualización se puede descargar en el siguiente enlace <http://algecirasacoge.org.es/wp-content/uploads/2019/02/GU%C3%8DA-RINARA-pdf-actualizada-2019.pdf>

medidas para proteger a las víctimas, en vigor pero repartidas en diferentes normas con diferente rango, se recopilen en un único texto legislativo. Lo que facilitaría enormemente su aplicación y efectividad. Como ejemplo valga el derecho a la asistencia letrada gratuita reconocido por el Art. 5.1 de la Ley 4/2015 de 27 de abril, del estatuto de las víctimas de delito y por el Art. 6.2 de la Ley 1/1996, de asistencia jurídica gratuita, “desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios, incluyendo el momento previo a la presentación de la denuncia”, siendo en este momento la entrevista de identificación de víctimas, competencia de las UCRIF. Los Colegios de Abogados, salvo aquéllos en los que por la reducida dimensión de la actividad no sea necesario, deberían contar con un turno de guardia permanente para prestar dicho servicio (Art. 24 de la Ley 1/1996). La realidad es que muy pocos Colegios de Abogados han habilitado un turno específico para posibles víctimas de trata y que para las entrevistas de identificación no se ofrece previamente a las posibles víctimas la posibilidad de ser asistida por un letrado o letrada.

Andalucía Acoge está colaborando activamente en la elaboración de propuestas a una futura Ley integral de protección a víctimas de trata de seres humanos, que se formularán a través de la Red Española contra la Trata. En el trámite parlamentario para la aprobación de la Ley podrían tener cabida las reivindicaciones de las asociaciones que trabajan con víctimas de trata. Entre las demandas de Andalucía Acoge que se pretende tengan cabida en la futura Ley Integral, está un cambio de criterio para que, ante el menor indicio de que una persona sea víctima, se conceda un Periodo de Restablecimiento y Reflexión, que éste sea de 1 año y que lleve aparejada autorización de trabajo, con cédula de inscripción en su caso.

Pero la principal demanda de Andalucía Acoge es la atribución a una autoridad civil de la responsabilidad de identificar a las víctimas por los problemas que el sistema de identificación actual tiene y que consideramos repercute en la tutela de las víctimas. En cumplimiento de la normativa internacional y nacional, que atribuye un rol relevante a las entidades de la sociedad civil especializadas en atender víctimas de la trata, se dictaron las Instrucciones 6/2016 de la Secretaria de Estado de Seguridad, sobre actuaciones de las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado en la Lucha contra la Trata de seres Humanos y en la colaboración con las organizaciones y entidades con experiencia acreditada en la asistencia a las víctimas. Siendo un paso, estas instrucciones no consiguen solventar los defectos estructurales del sistema de identificación de las víctimas de trata de seres humanos. Un claro ejemplo de la confusión de roles –persecución del delito versus asistencia a la víctima- es la limitación, prevista en la Instrucción Séptima, de la intervención de las entidades especializadas que no podrán acompañar a la víctima, si esto afectara el desarrollo de la investigación. Los tres principales cometidos en la lucha contra la trata -persecución del delito, protección e identificación de la víctima y asistencia a la víctima- deberían estar encomendados respectivamente a las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado, a una autoridad civil y a las entidades sociales. De este modo cada agente del sistema desempeñará el rol que le es propio sin perjuicio de la indispensable colaboración entre todos los agentes implicados.

En relación a este apartado queremos aportar además dos llamadas de atención, una, que en el proceso de identificación debería ser preceptiva la presencia de un letrado o letrada que asista a la posible víctima como garante de sus derechos en el proceso; y otra, que el establecimiento de un número de teléfono disponible para atender a las posibles víctimas que sea fácilmente memorizable -por ejemplo, un número de 3 cifras- con implantación en todo el espacio geográfico europeo atendiendo a la movilidad con que las organizaciones criminales utilizan a sus víctimas.

Finalmente desde Andalucía Acoge y el equipo jurídico que ha elaborado la publicación, consideramos imprescindible que exista voluntad política que impulse los cambios necesarios para que las recomendaciones que señalamos -desde nuestra experiencia y estudio-, sean llevadas a la práctica evitando con ello que la protección de los derechos humanos no se detenga en la Frontera Sur.

"Los árboles tienen raíces; los hombres y las mujeres piernas. Y con ellas cruzan la barrera de la estulticia delimitada con alambradas, que son las fronteras; con ellas visitan y en ellas habitan entre el resto de la humanidad en calidad de invitados."
(Steiner 201,76)





SEDE CENTRAL

C/ Marqués del Nervi3n, 43, 4ª planta.
41005, Sevilla
www.acoge.org - acoge@acoge.org
+34 954 900 773

DELEGACI3N EN CEUTA

Paseo Alcalde S3nchez Prado (Gran Vía)
Portal 14, Entreplanta A.
51001, Ceuta.
+34 683 13 82 16



ALGECIRAS ACOGE

C/ Sevilla, 35, bajo.
11201, Algeciras (C3diz).
+34 956 633 398
algeciras@acoge.org



J3EN ACOGE

C/ Adarves Bajos, 9,
1º D. 23001, Ja3n.
+34 953 242 402
jaen@acoge.org



APIC

C/ Mart3nez Rucker, 10.
14003, C3rdoba.
+34 957 474 841
apic@acoge.org



M3LAGA ACOGE

C/ Bustamante, s/n.
29007, M3laga.
+34 952 393 200
malaga@acoge.org



CEAIN

C/ Vicario, 16.
11401, Jerez de la
Frontera (C3diz).
+34 956 349 585
ceainjerez@acoge.org



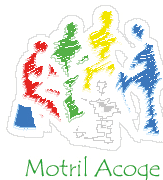
MELILLA ACOGE

C/ Cataluña, 57.
52005, Melilla.
+34 952 670 893
melilla@acoge.org



GRANADA ACOGE

C/ Porter3a Santa Paula,
s/n, 1. 18001, Granada.
+34 958 200 836
granada@acoge.org



MOTRIL ACOGE

Camino de las Cañas,
56, bajo. 18600,
Motril (Granada).
+34 958 604 350
motril@acoge.org



HUELVA ACOGE

Avda. Alemania, 9, bajo.
21002, Huelva.
+34 959 285 072
huelva@acoge.org

