
Primera edición 2012

Vademécum del Abogado de Extranjería

70 Reglas básicas

Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la
Abogacía Española

Introducción

De entre todos los encargos asumidos por la Subcomisión de Extranjería del CGAE en los diversos Encuentros Intercolegiales anuales, quizás el de mayor relevancia y en el que se han volcado importantes esfuerzos, lo constituye el trabajo de permanente actualización de los Protocolos de actuación en materia de extranjería.

Por ello, se hace preciso el dictado de un Protocolo de actuaciones que sea referencia de la actuación letrada de los abogados de los Turnos de Oficio, en una materia de tanta incidencia e importancia, que ha llevado, sin lugar a dudas, a la configuración de una novísima especialidad jurídica: El Derecho Migratorio y de Extranjería.

La abundante casuística y diversidad de situaciones derivadas de la actuación letrada en los diferentes Colegios de Abogados originan un bagaje y una experiencia colectiva acumulada de gran riqueza para el operador jurídico.

De conformidad también con los últimos criterios recogidos en los sucesivos Encuentros Intercolegiales en materia de extranjería y asilo, la Subcomisión de Extranjería del CGAE, ordena y recoge mediante los presentes Protocolos y Recomendaciones, las normas e indicaciones imprescindibles y

las personas extranjeras sea cual sea su situación administrativa en España.

La presente edición presenta un resumen o vademécum de reglas básicas para el abogado de extranjería que esperamos serán de utilidad para el trabajo profesional de la defensa de los derechos de las personas migrantes

Pascual Aguelo Navarro

Presidente de la Subcomisión de Extranjería del CGAE



En las expulsiones por procedimiento preferente

1.- En el caso de practicarse interrogatorio: Mantener entrevista previa con el extranjero, para tomar conocimiento de las circunstancias en que, en su caso, se produjo la detención cautelar (en particular, sobre si el extranjero portaba y exhibió documentación que le identificaba y, a pesar de ello, fue detenido), recabar datos, informar al extranjero de las preguntas que se le van a realizar y las consecuencias de las respuestas. En todo caso se tendrán en cuenta todas esas circunstancias para elaborar el escrito de alegaciones.

2.- Comprobar personalmente si el extranjero precisa de la asistencia de intérprete.

3.- Presentarse ante el extranjero como Letrado independiente, con la misión de asistirle y sin relación con la Policía.

4.- Ser designado por el extranjero como su representante ex art. 32 L. 30/92 y recabar del extranjero la manifestación de la voluntad de recurrir (art. 22.3 LOEX y 223 RELOEX).

5.- Cuidar que al extranjero se le entregue copia del acuerdo de incoación del expediente sancionador.

6.- Facilitar al extranjero los datos de contacto (domicilio, teléfono, correo electrónico) y solicitar a éste que haga lo propio con el Letrado, advirtiéndolo al Abogado al extranjero de la necesidad de mantener puntualmente informado al Abogado de cuantas incidencias se produzcan.

7.- Formular siempre alegaciones en el trámite del art. 63.4 y 5 LOEX, siquiera sea negando los hechos en los que se apoya el expediente sancionador.

8.- Incorporar en las alegaciones la petición de notificación al Letrado, como representante administrativo, de la resolución que se adopte en el expediente sancionador.

En los supuestos de ejecución de expulsiones en el plazo de 72 horas

9.- Examinar el expediente, y entrevistarse privadamente con el extranjero.

10.- Recabar toda la información posible del expediente.

11.- Conseguir toda la información posible del extranjero.

12.- Contactar a la mayor brevedad con el compañero que asiste al extranjero en el expediente administrativo, para comunicarle la detención y la posible ejecución de la expulsión en el plazo de 72 horas.

13.- Facilitar la información necesaria al compañero que lleva el expediente administrativo para que solicite en su caso la medida cautelar urgente o cautelarísima dada la posible inminencia de la expulsión.

Ante la petición de aplicación del art. 57.2 LOEX

14.- Cuidar que en el expediente se observen todos cuantos trámites aparecen en los arts. 63 LOEX y 234 a 236 RELOEX.

15.- Comprobar si la Sentencia condenatoria ha alcanzado firmeza, pues si la resolución judicial no es firme y/o se encuentra pendiente de recurso no puede constituirse en causa de expulsión.

16.- Asegurarse que el requisito temporal para la aplicación del art. 57.2 LOEX trae causa de una única condena, rechazando las adiciones de diversas condenas inferiores al año para alcanzar el mínimo de un año y un día.

17.- Cerciorarse de que la condena en la que se pretende la aplicación del art. 57.2 LOEX lo es por delito doloso.

18.- Indagar sobre si los antecedentes penales originados por la condena por delito doloso a privación de libertad superior a un año han sido cancelados, pues de estar cancelados no opera la causa de expulsión del art. 57.2 LOEX.

19.- Exigir, aún concurriendo en el extranjero una condena a privación de libertad con una duración superior a un año por la comisión de un delito doloso con vigencia de los antecedentes penales, el cumplimiento de los ordinales 5 y 6 del art. 57 LOEX, que prohíbe la imposición de la sanción de expulsión en los supuestos en tales preceptos reseñados, particularmente en el supuesto de residente de larga duración.

Para asistir en Barajas en supuestos de denegación de entrada

20.- Estar adscrito al turno especial al efecto instituido por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Para ello se exige una previa colegiación de cinco años y realizar un curso de especialización en materia de extranjería de una duración mínima de 30 horas.

21.- Estar localizable y disponible durante la duración del servicio de guardia

22.- Acudir a las terminales 1 y 4 del aeropuerto de Madrid – Barajas, cuando sea requerido para prestar asistencia letrada a los extranjeros a quienes se vaya a incoar un expediente sobre denegación de entrada.

23.- Tomar vista e instruirse del expediente iniciado, entrevistarse con el extranjero antes de la toma de manifestaciones e in-

formar al extranjero de los motivos por lo que no se le permite la entrada en territorio español.

24.- Informar al extranjero sobre el derecho a la asistencia jurídica gratuita, proporcionándole los impresos correspondientes.

25.- Cuidar que el extranjero le confiera el apoderamiento previsto en el art. 32 de la L. 30/1992 y que efectúe la manifestación expresa de la intención de recurrir a que se hace referencia en el art. 22.3 LOEX y 223 RELOEX.

26.- Solicitar al extranjero datos de contacto, facilitando a éste los del Letrado.

27.- Continuar asistiendo al extranjero ante el Juzgado de Instrucción ante el que se proponga el internamiento si el retorno del extranjero al que no le es permitida la entrada al territorio nacional no se produce en el plazo de 72 horas y se decide por la autoridad policial la propuesta de internamiento en C.I.E.

Ante las devoluciones

28.- Comprobar que el extranjero al que se pretende devolver no sea susceptible de protección internacional, o que se trate de una mujer embarazada para la que la devolución pueda constituir un riesgo para ella misma o para la gestación, o que la medida de devolución pueda suponer un riesgo para la salud del extranjero.

29.- Cuidar que el extranjero confiera el apoderamiento previsto en el art. 32 de la L. 30/1992 y que efectúe la manifestación expresa de la intención de recurrir a que se hace referencia en el art. 22.3 LOEX y 223 RELOEX.

30.- Exigir la incoación de expediente administrativo, siendo prioritario garantizar el trámite de audiencia al extranjero.

31.- Solicitar, mediante OTROSI DIGO, si se interpone Recurso de Alzada contra la resolución que acuerde la devolución, en los casos que así interese, la suspensión del acto impugnado a fin de evitar la expulsión del extranjero mientras se resuelve el recurso (STS de 28.02.2006).

En los procedimientos sancionadores ordinarios

32.- Comprobar, si la resolución es de expulsión, que se concede al extranjero el plazo de cumplimiento voluntario (de 7 a 30 días), así como si concurren causas de prórroga.

33.- Cuidar que el extranjero cuente con asistencia de Letrado y de intérprete.

34.- Formular alegaciones, en las que deberá aludirse a las posibles circunstancias concurrentes que pudieran justificar una petición de prórroga de la expulsión.

35.- Intercambiar con el extranjero los datos de contacto (dirección, teléfono, correo electrónico).

36.- Ponderar la posibilidad, si el expediente finaliza con imposición de multa, de formular recurso en el supuesto de que su cuantía sea superior a la mínima o si concurren causas de nulidad.

Ante las solicitudes de internamiento

37.- Si el Letrado que asiste al extranjero en la propuesta de internamiento no es el mismo que el que interviene en el procedimiento administrativo en el que se pretende la adopción de la medida cautelar, deberá contactar de forma inmediata con el compañero que asiste al extranjero en el expediente administrativo, para comunicarle la propuesta de internamiento.

38.- Mantener entrevista previa con el extranjero en sede policial, así como antes de la declaración a presencia judicial.

39.- Examinar el expediente administrativo para ponderar si concurren o no los requisitos referidos en el segundo párrafo del ordinal 1 del art. 62 LOEX que podrían justificar la decisión de internamiento por el Juez de Instrucción –riesgo de incompatencia por carecer de domicilio o de documentación identificativa, las actuaciones del extranjero tendentes o dificultar o evitar la expulsión, la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos

administrativos sancionadores pendientes- o si se está ante la circunstancia de enfermedad grave del extranjero. Deberá señalarse cualquier dato o indicio que pudiere existir sobre la imposibilidad de materialización de la expulsión.

40.- Formular los Recurso de Reforma y subsidiario de Apelación o Recurso Directo de Apelación contra la decisión de internamiento.

41.- Mantener mientras dure el internamiento contacto con el extranjero.

42.- Recabar información sobre si han existido ingresos previos del extranjero en otros Centros de Internamiento de España, teniendo en consideración que la LOEX establece que no puede acordarse un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previstas en un mismo expediente” (art. 62.2 LOEX).

En los procedimientos contencioso-administrativo

43.- Emplear para recurrir las resoluciones administrativas relativas al Derecho de Extranjería el procedimiento abreviado de la L. 29/1998 y redactar la demanda en el escrito inicial (art. 78.1 L. 29/98), en el que se propondrá la adopción de medidas cautelares (arts. 129 y ss. L. 29/98). A salvo los recursos en ma-

teria de denegación de visados que deberá formalizarse a través del procedimiento ordinario ante el TSJ de Madrid.

44.- Acudir y hacer uso, en apoyo de las pretensiones del extranjero, tanto del Derecho español como del acervo de la Unión Europea y a la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Instando, en su caso, el planteamiento de cuestión prejudicial europea.

45.- Tener presente que, en el acto de la Vista, podrá, una vez examinado el expediente administrativo del que se le dá traslado con posterioridad a la presentación de la demanda, sin alterar sustancialmente la pretensión deducida en el escrito inicial de demanda, ampliar los motivos jurídicos en los que la parte recurrente fundamente el objeto de la litis (S.T.C. 58/2009 de 09.03)

46.- Ponderar la oportunidad de hacer uso de la posibilidad de solicitar en la demanda que el recurso se falle sin necesidad de recibimiento a prueba ni celebración de Vista.

En los juicios rápidos

47.- Valorar con el extranjero las consecuencias de las Sentencias condenatorias en conformidad, teniendo en cuenta que salvo que el extranjero sea titular de una autorización de residen-

cia de larga duración, no suele convenir a los intereses del extranjero. Si el extranjero se encuentra en situación de irregularidad, la Sentencia de conformidad provocará que no pueda acceder a una autorización inicial de residencia temporal, al tener antecedentes penales (art. 31.5 LOEX); si el extranjero es titular de una autorización temporal, la tenencia de antecedentes penales dificultará, cuando no impedirá, la renovación (art. 31.7.a LOEX).

48.- Advertir al extranjero que las Sentencias dictadas de conformidad que impongan una pena de privación de libertad superior a un año son incardinables en la causa de expulsión del art. 57.2 LOEX.

49.- Impulsar, si se llega a Sentencia de conformidad, la ejecutoria, al efecto de que se dé cumplimiento a la pena sin dilaciones para poder acceder a la cancelación de los antecedentes penales.

Ante la identificación del extranjero en la calle y el habeas corpus

50.- Instar el procedimiento de habeas corpus solicitando la inmediata libertad del extranjero ante el conocimiento de la detención de un extranjero que esté comprendido en alguna de las situaciones que la policía denomina “detención a efectos de

identificación”, “detención preventiva” o “detención cautelar”, y el motivo de esa detención no sea la incoación previa y anterior de un expediente sancionador para la expulsión, o la comisión de un ilícito penal.

51.- Valorar, en los casos indicados en el ordinal 50 anterior, la posible presentación de una denuncia por detención ilegal, en la que se incluiría al instructor del expediente de expulsión que pretenda dar cobertura legal con ello a la detención, como cómplice o cooperador necesario.

Ante la aplicación del art. 57.7 LOEX

52.- Exigir que a la petición que se efectúe al Juez por la Policía de aplicación del art. 57.7 LOEX se adjunte el expediente administrativo de expulsión completo. No basta con la mera resolución en la que se haga constar que el extranjero se encuentra procesado o imputado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza. El no examen del expediente imposibilita valorar las circunstancias a las que se refiere el propio precepto.

Frente a los arts. 89 y 108 CP

53.- Cuidar que la sustitución ex art. 89 C.P. quede reservada a los extranjeros no residentes legalmente en España; ésto es,

aquellos extranjeros que carecen de una autorización administrativa de residencia en territorio español.

54.- Comprobar en las actuaciones la existencia de la acreditación por la autoridad competente de la situación del extranjero en relación a su estancia/residencia en España.

55.- Advertir al extranjero que la sustitución regulada en el art. 89 C.P. es aplicable a todas las penas privativas de libertad, que son las que enumera el art. 35 C.P.: prisión, localización permanente y responsabilidad personal por impago de multa; y que el art. 89.1 C.P. no distingue entre delitos y faltas, por lo que rige para ambos tipos.

56.- Tener en consideración que la actual redacción del art. 89.1 C.P. no se refiere únicamente a las circunstancias concurrentes al momento de la comisión del hecho delictivo, sino que comprende desde la comisión del hecho delictivo hasta su enjuiciamiento y posterior fase ejecutoria.

57.- Oponerse, por observancia del principio de justicia material, a que la expulsión prevista en el art. 89 C.P. sea de aplicación a las condenas de privación de libertad impuestas en el seno de Juicios de Faltas, con apoyo, además, en el artículo 71.2 CP.

Arts. 318 Bis y 177 Bis CP en relación con el art. 59 LOEX

58.- Averiguar, en los supuestos de los arts. 318.bis y 177.bis C.P., si el extranjero cuenta con Abogado, con el que deberá contactar.

59.- Constatar si la circunstancia de ser el extranjero víctima de trata fue puesta de manifiesto en alguna de las fases del procedimiento penal (a los efectos del apartado 11 del art. 177.bis C.P.), y administrativo sancionador (si fuera distinto), y si se indagó tal circunstancia por el propio Abogado.

60.- Suplir, en el supuesto del art. 177.bis C.P. y en el del art. 318.bis C.P., la falta de información que debería haber dado la Policía al extranjero.

Extranjeros en prisión

61.- Cuidar que se de cumplimiento a lo regulado en el art. 15.5 del Reglamento Penitenciario, sobre la puesta en conocimiento de las autoridades diplomáticas y consulares del correspondiente ingreso en prisión del extranjero, si éste así lo interesare.

62.- Comprobar que toda la información que debe recibir el interno extranjero se realice de manera que sea comprendida por

el mismo, a través de los folletos informativos elaborados por la dirección de Instituciones Penitenciarias en diferentes idiomas.

63.- Informar al extranjero que al momento de su ingreso en prisión sea titular de una autorización de residencia sobre la posibilidad de solicitar la renovación su documentación sin necesidad de presentación personal y requerir a la administración penitenciaria la documentación necesaria para instar la renovación (copia del pasaporte, copia de la Tarjeta de Identidad de Extranjeros).

64.- Poner en conocimiento del penado extranjero la posibilidad legal existente de cumplimiento de la libertad condicional en su país de residencia.

65.- Comunicar al penado extranjero, con independencia de que al momento de acordarse el ingreso en prisión fuera titular de autorización de residencia o que se encontrara en situación de irregularidad administrativa, el derecho que le asiste de participar en los talleres de los Centros Penitenciarios y que la resolución judicial que ordena el ingreso en prisión se constituye en autorización de trabajo.

66.- Participar al penado extranjero el derecho que le asiste, en determinados supuestos y cumpliendo los requisitos al efecto establecidos, a desarrollar actividades laborales fuera del Centro Penitenciario.

67.- Poner en conocimiento del penado extranjero la posibilidad de solicitar el cumplimiento de las condenas en el país de origen.

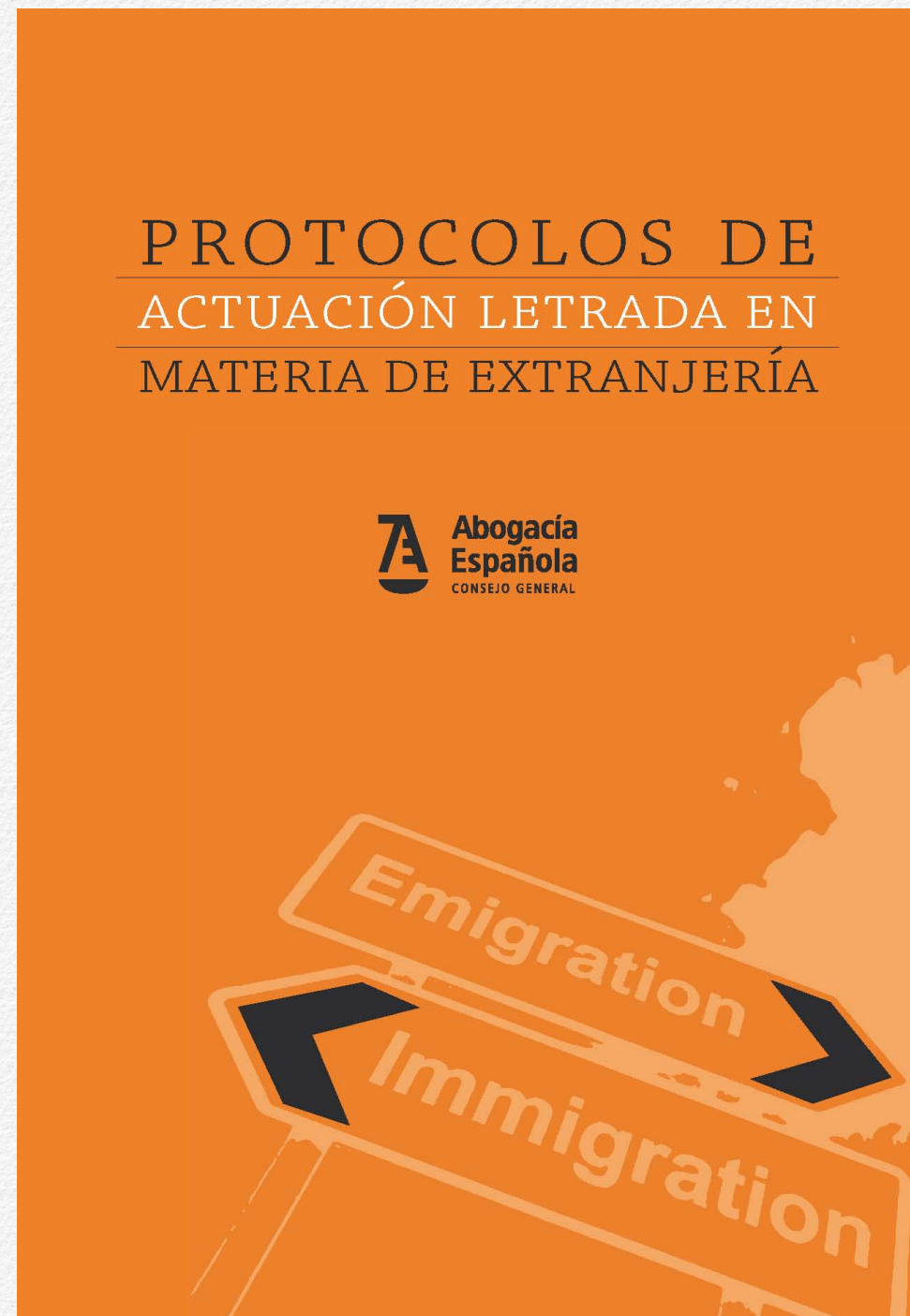
Menores no acompañados

68.- Exigir, aunque no existe previsión legal expresa al respecto, cuando por cualquier medio llegue a su conocimiento que se pretende realizar o se está realizando una prueba de determinación de la edad de un presunto menor extranjero no acompañado, que el menor sea asistido jurídicamente.

69.- Reproducir, si el Fiscal concluye que se trata de una persona mayor de edad, frente a los decretos del Ministerio Fiscal en los que se pronuncie sobre la determinación de edad del presunto menor extranjero ante los que no está prevista la posibilidad de interposición de recurso, la cuestión de la minoría de edad en el procedimiento penal y/o administrativo que se incoe en relación al extranjero.

70.- Asistir al menor en los procedimientos de repatriación que se incoen y actuar en interés del menor, al que defenderá en el expediente administrativo y cuidará de que sea dotado de la preceptiva documentación.

PROTOCOLOS DE ACTUACIÓN LETRADA EN MATERIA DE EXTRANJERÍA



La versión electrónica completa de los Protocolos de actuación en materia de extranjería puede obtenerse de la página web del Consejo General de la Abogacía Española.

La Guía de actuación en la asistencia jurídica a los solicitantes de protección internacional elaborada por el Equipo de Protección de la oficina de ACNUR en España con la colaboración del Colegio de Abogados de Madrid puede obtenerse desde la página web del ACNUR/España.

© Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía Española

Se permite la libre difusión y distribución del documento citando su procedencia y autoría. Las copias y versiones modificadas que reproduzcan total o parcialmente el texto incluirán idéntico derecho *(Copyleft)*

