

**OBSERVATORIO
DE
DERECHOS HUMANOS
INFORME 2024**

PEDRO CRUZ VILLALÓN
VOLUNTARIOS DE LA FUNDACIÓN
PROFESOR URÍA

COORDINACIÓN
BERNAT DOMEYÓ FAURÓ

PRÓLOGO
JOSÉ MARÍA SEGOVIA CAÑADAS

I.

Posibles restricciones a la efectividad del derecho a la asistencia jurídica gratuita en situaciones de devolución o expulsión de personas extranjeras

JAVIER CARVAJAL CERVERA
GUILLEM ESQUIUS DÍEZ
DIEGO SÁNCHEZ BORJAS
BERTA TORRENT CASALS
MIGUEL MARTÍNEZ GIMENO
MANUEL VÉLEZ FRAGA

Resumen: *El objetivo del estudio realizado en este capítulo es, desde la óptica de la jurisprudencia constitucional, identificar y analizar las principales deficiencias que existen, tanto en la normativa como en la aplicación de la misma, en relación con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en la Constitución en conexión con el derecho a la asistencia jurídica gratuita del que gozan las personas extranjeras en España, particularmente en los procedimientos de devolución o expulsión en los que existe riesgo de que el derecho quede vacío de contenido y el perjuicio sea irreversible. A la luz de lo anterior, se identifican a modo de conclusión posibles líneas de acción para fortalecer la garantía del derecho a la asistencia jurídica gratuita de las personas extranjeras en España.*

1. INTRODUCCIÓN

Las personas extranjeras en España tienen garantizado, a nivel legislativo, el derecho a la asistencia jurídica gratuita. Esta cobertura se extiende al supuesto en que estas personas sean objeto de detención provisional con motivo de una orden de devolución o de un procedimiento de expulsión en su contra. La aplicación del referido derecho debe hacerse en el momento de la deten-

ción y en conjunción con el derecho a la libertad ambulatoria consagrado en el artículo 17 de la Constitución española (“CE”). Corresponderá a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (“FFCCSE”) aplicar tales derechos.

El Tribunal Constitucional (“TC”) tiene establecido un estándar de efectividad para velar por la protección, a nivel sustantivo, del derecho a la asistencia jurídica gratuita de ciudadanos extranjeros detenidos para su devolución o expulsión. Ese estándar no tiene pleno reflejo en la normativa ni en la práctica de la Administración. El objeto del presente capítulo es identificar y analizar esas deficiencias desde la óptica de la jurisprudencia constitucional.

Toda persona debería poder acceder libremente tanto a la justicia en sentido amplio (al ejercicio de sus derechos) como a la Justicia (a los órganos judiciales encargados de garantizarla junto con los demás poderes públicos). Sin embargo, con independencia de la vertiente a la que nos refiramos, el acceso a la justicia comporta un coste. Qué duda cabe del coste que conlleva no solo prestar asistencia y representación letrada, sino también recabar información y asesorar en relación con los derechos que asisten a una persona y sobre los límites de tales derechos o los riesgos e inconvenientes que puede entrañar una determinada actuación o situación.

Además de las tasas judiciales (hoy suprimidas), ese coste viene de los operadores jurídicos a los que se decida acudir (en la mayor parte de ocasiones, de forma preceptiva), como es el caso de asesores, abogados y procuradores, de las pruebas que sean necesarias obtener o de las costas procesales que eventualmente puedan imponerse tras un proceso judicial con resultado no satisfactorio.

La asistencia jurídica gratuita es el mecanismo reconocido constitucionalmente para evitar que esos costes se traduzcan en verdaderos obstáculos para el ejercicio de derechos como el acceso a la Justicia. Para determinados colectivos vulnerables, el derecho a la asistencia jurídica gratuita es indisponible y ajeno a las limitaciones que puedan existir en otros supuestos, de modo que para tales colectivos deberá garantizarse en todo caso.

Resulta ocioso aclarar que, entre las personas que por sus circunstancias de vulnerabilidad precisan de una especial atención o protección, se encuentran con carácter general las personas extranjeras. Estos colectivos pueden encontrarse en situaciones especialmente sensibles por múltiples motivos, además de los económicos: barrera lingüística, desconocimiento de las instituciones públicas y situación personal.

En los supuestos de devolución y expulsión de personas extranjeras del territorio nacional, el derecho a asistencia jurídica gratuita y su efectividad se tornan más necesarios, si cabe, dado su carácter sumario y expeditivo y el efecto final que producen (la salida de la persona extranjera del territorio

nacional). A diferencia de otras posibles situaciones, a los extranjeros que no vean garantizada su asistencia jurídica y que, como consecuencia de ello, sean devueltos o expulsados del territorio nacional, les resulta indiferente el reconocimiento posterior de su derecho, ya que la ejecución de la medida administrativa de devolución o expulsión les produce automáticamente un perjuicio que puede considerarse irreparable.

En España, como ocurre en múltiples países de nuestro entorno, tanto la legislación sobre asistencia jurídica gratuita como la de derechos y libertades de los extranjeros reconocen explícitamente el derecho a asistencia jurídica gratuita de estos últimos¹⁶. Sin embargo, se observan deficiencias en el sistema, como puede ser la gran dispersión normativa y la falta de claridad o de homogeneidad de criterios, así como la aplicación práctica del derecho cuando la Administración ejerce como juez y parte en los procedimientos de asistencia.

A las anteriores problemáticas, como señala el Consejo General de la Abogacía Española y Fundación Aranzadi La Ley (2023: 165), cabe añadir una no menor, que es la tendencia decreciente y constante de abogados del turno de oficio adscritos a las secciones de extranjería¹⁷. Y ello, sobre todo cuando, en contraposición con lo anterior, se produce anualmente un incremento de solicitudes de asistencia jurídica gratuita por parte de extranjeros, tal y como se indica por la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita de la Comunidad de Madrid (2021: 18).

Todo ello hace preciso abordar determinadas reformas normativas, de acuerdo con Remón (2024: 70), que faciliten la implantación de un estándar uniforme por parte de los órganos judiciales y que eliminen las barreras de acceso a la justicia gratuita para personas vulnerables o en situación de necesidad, especialmente, en lo que aquí interesa, para extranjeros.

2. MARCO JURÍDICO APLICABLE

2.1. DERECHO DE ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA PARA LAS PERSONAS EXTRANJERAS

El artículo 119 CE establece que *“la justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar”*. Como afirma el TC¹⁸, este precepto consagra un derecho constitucional de ca-

-
16. Artículos 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita (la “LAJG”), y 22 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (la “LOEX”), que se transcriben *infra*.
 17. Mientras que en el año 2018 un 8,1 % de los abogados del turno de oficio estaban adscritos a la sección de extranjería, los años sucesivos el porcentaje disminuyó al 7,7 % (2019), 7 % (2020), 6,2 % (2021) y 6,1 % (2022).
 18. Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 117/1998, de 2 de junio, FJ 3.

rácter instrumental respecto del derecho fundamental de acceso a la jurisdicción reconocido en el artículo 24.1 CE; y ello, toda vez que “*su finalidad inmediata radica en permitir el acceso a la justicia, para interponer pretensiones u oponerse a ellas, a quienes no tienen medios económicos suficientes para ello y, más ampliamente, trata de asegurar que ninguna «persona quede procesalmente indefensa por carecer de recursos para litigar»*”¹⁹.

Aunque nos encontremos ante un derecho prestacional y de configuración legal, cuyo contenido y concretas condiciones de ejercicio corresponden delimitarlos al legislador atendiendo a los intereses públicos y privados implicados y a las concretas disponibilidades presupuestarias, la amplia libertad de configuración legal que resulta del primer inciso del artículo 119 CE no es, sin embargo, absoluta, pues el inciso segundo de dicho precepto explícitamente declara que la gratuidad de la justicia se reconocerá “*en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar*”, lo que determina, como se anticipaba, un “*contenido constitucional indisponible*” para el legislador que obliga a reconocer el derecho a la justicia gratuita necesariamente a quienes acrediten insuficiencia de recursos económicos para litigar²⁰.

Sentado lo anterior, es preciso analizar cómo el legislador ha desarrollado y dado cobertura a ese derecho constitucional. Como sostiene Pulido (2003), la normativa reconoce el derecho a la asistencia jurídica gratuita en términos *a priori* extraordinariamente amplios. Asimismo, siguiendo a Losada (2012), los extranjeros en España, al margen de su situación administrativa, son titulares del derecho a la tutela judicial efectiva con el mismo alcance y contenido que los españoles. Sin embargo, existe una crítica, ya inveterada, a la configuración de la institución sobre su marcado carácter procesal o judicial y la falta de una concreción mayor en lo que a procedimientos administrativos se refiere, con la incidencia inmediata, como apunta el Defensor del Pueblo (2005), que ello supone en supuestos tan relevantes como los de denegación de entrada, devolución o expulsión de extranjeros.

A ello se une, como se ha indicado, la fragmentación actualmente existente de la regulación, que se encuentra dispersa en múltiples cuerpos normativos

19. Sentencias del Tribunal Constitucional n.º 138/1988, de 8 de julio FJ 2 y n.º 16/1994, de 20 de enero FJ 3.

<https://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-T-1988-18668.pdf>

<https://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-T-1994-3806.pdf>

<https://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/Correcciones/BOE-T-1994-11114.pdf>

20. Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 117/1998, de 2 de junio, FJ 3 y jurisprudencia citada.

<https://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-T-1998-15727.pdf>

(no precisamente alineados en algunos extremos), lo que incluso llevó a la Comisión Jurídica del Consejo General de la Abogacía Española (2012: 27) a apuntar que “*el régimen de la asistencia jurídica de los extranjeros debería regularse en un único cuerpo normativo*”. Igualmente, tal y como ha denunciado en más de una ocasión el Defensor del Pueblo (2017: 147), muchas de las quejas en relación con la asistencia jurídica gratuita se concentran en que la normativa no da respuesta a la lentitud con la que habitualmente se desarrolla el propio expediente de solicitud y otorgamiento, lo que también impacta en aquellas solicitudes promovidas por extranjeros.

Otra limitación de la institución, no solucionada por la normativa, se encuentra en que es la propia Administración la encargada de valorar y, en su caso, conceder a una persona el derecho a la justicia gratuita, precisamente, para actuar y postularse como interesado en procedimientos frente a la Administración. Esta circunstancia, como sostienen Adell, Fernández y Navarro (2023), puede provocar una suerte de bicefalia de la Administración, que actuaría como juez y parte, perjudicando, en ocasiones, los intereses de las personas extranjeras, especialmente si se trata de menores.

A este respecto, y aunque se han aprobado protocolos de actuación que, en cierto modo, han ayudado a armonizar la actuación letrada en casos de necesidad por parte de los extranjeros, los operadores jurídicos advierten que, tal y como señala el Consejo General de la Abogacía Española y Wolters Kluwers España (2018: 190), desde hace años persiste la necesidad de revisar la efectividad de la institución en determinados procedimientos específicos (i.e. procedimiento administrativo para la extinción de las autorizaciones de residencia temporal) o ámbitos (i. e., servicios de orientación jurídica especializada en centros de internamiento de extranjeros).

Sentado lo anterior, las personas extranjeras en situación irregular en territorio español tienen garantizada la asistencia jurídica gratuita bajo derecho español. El contenido material del referido derecho, regulado en el art. 6 LAJG, establece que, en síntesis, están comprendidas las siguientes actuaciones o prestaciones:

- Asesoramiento y orientación gratuitos previos a la interposición de recursos judiciales.
- Asistencia letrada durante la detención para cualquier diligencia policial.

Esta cobertura legal se prevé en el artículo 2.e) de la LAJG para los supuestos en que se acrediten la falta de recursos para litigar, específicamente en casos de denegación de entrada, devolución, expulsión y asilo de personas extranjeras:

“e) En el orden contencioso-administrativo, así como en la vía administrativa previa, los ciudadanos extranjeros que acrediten insuficiencia de recursos para litigar tendrán derecho a la asistencia letrada y a la defensa y representación gratuita en los procedimientos que puedan llevar a la denegación de su entrada en España, a su devolución o expulsión del territorio español, y en todos los procedimientos en materia de asilo” (el destacado es nuestro).

En términos similares la referida cobertura está prevista en el artículo 22.2 LOEX:

“2. Los extranjeros que se hallen en España tienen derecho a asistencia letrada en los procedimientos administrativos que puedan llevar a su denegación de entrada, devolución, o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de protección internacional, así como a la asistencia de intérprete si no comprenden o hablan la lengua oficial que se utilice. Estas asistencias serán gratuitas cuando carezcan de recursos económicos suficientes según los criterios establecidos en la normativa reguladora del derecho de asistencia jurídica gratuita” (el destacado es nuestro).

Asimismo, para los supuestos de devolución, la norma reglamentaria prevé en el artículo 23.3 del Reglamento de la LOEX, aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril (“**ROEX**”), el derecho a la asistencia jurídica gratuita de los ciudadanos extranjeros:

“3. En cualquiera de los supuestos del apartado 1, el extranjero respecto del cual se sigan trámites para adoptar una resolución de devolución tendrá derecho a la asistencia jurídica, así como a la asistencia de intérprete, si no comprende o habla las lenguas oficiales que se utilicen. Ambas asistencias serán gratuitas en el caso de que el interesado carezca de recursos económicos suficientes, de acuerdo con lo previsto en la normativa reguladora del derecho de asistencia jurídica gratuita” (el destacado es nuestro).

De acuerdo con la normativa reguladora del derecho a la asistencia jurídica gratuita, se establece que el contenido del referido derecho cubre tanto la asistencia letrada como la representación procesal de las personas extranjeras en los procedimientos administrativos (así como los contenciosos-administrativos) relativos a la devolución o en supuestos de denegación de entrada o expulsión del territorio español.

El tenor literal de los preceptos citados anteriormente no admite excepciones o limitaciones para el ejercicio del derecho a la asistencia jurídica gratuita por parte de las personas extranjeras. Es irrelevante, por tanto, si estas últimas se encuentran en situación irregular o no para beneficiarse de la cobertura legal del derecho a la asistencia jurídica gratuita.

2.2. REGULACIÓN DEL DERECHO A LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA EN SUPUESTOS DE DEVOLUCIÓN O EXPULSIÓN DE PERSONAS EXTRANJERAS EN TERRITORIO ESPAÑOL

Las personas extranjeras que se encuentran en situación administrativa irregular en territorio español pueden ser objeto de procedimientos administrativos de devolución o expulsión en determinados supuestos:

- La devolución, de acuerdo con el artículo 23.1 ROEX, no requiere la incoación de un procedimiento administrativo de expulsión y solo procede en dos supuestos: *(i)* cuando un extranjero que haya sido expulsado contravenga la prohibición de entrar en España; y *(ii)* cuando un extranjero intente entrar irregularmente en territorio español. A estos efectos, se consideran incluidos en este supuesto los extranjeros que sean interceptados en la frontera o en sus inmediaciones.
- En cambio, la expulsión, de acuerdo con el artículo 57.1 LOEX, procede, a nivel objetivo, cuando la persona extranjera, *(i)* bien sea responsable de la comisión de infracciones muy graves bajo la normativa de extranjería (que se prevén en el artículo 54 LOEX) o de ciertas infracciones graves bajo el artículo 53 LOEX (entre las cuales se encuentra el mero hecho de encontrarse en forma irregular en territorio español); *(ii)* o bien haya sido condenada por delito doloso con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hayan sido cancelados (artículo 57.2 LOEX). A diferencia de la devolución, para la expulsión se exige expresamente que se incoe un procedimiento administrativo completo (esto es, con trámite de alegaciones y resolución motivada):

“1. Cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 53.1 de esta Ley Orgánica, podrá aplicarse, en atención al principio de proporcionalidad, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción.

2. Asimismo, constituirá causa de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados” (el destacado es nuestro).

Según los preceptos identificados en el epígrafe 2.1, el derecho de las personas extranjeras a la asistencia jurídica gratuita en los procedimientos está garantizado expresamente. Las autoridades competentes están obligadas a hacer efectivo el ejercicio del referido derecho, lo que incluye realizar las actuaciones necesarias para que los extranjeros en situación irregular puedan hacer uso de su derecho a la asistencia jurídica en el marco de ambos procedimientos.

Adicionalmente, con motivo de la ejecución de una resolución de devolución o de la incoación de un procedimiento de expulsión, las personas extranjeras en situación irregular pueden ser detenidas por agentes de las FFCCSE en dos supuestos:

- En el caso de un procedimiento de expulsión, puede acordarse, de forma cautelar, la detención provisional del extranjero (artículos 63.2 y 63 bis.3 de la LOEX). Para ello, es necesario que, previamente, se acuerde la incoación del procedimiento de expulsión.
- En el caso de una resolución de devolución, el extranjero puede ser detenido provisionalmente por un plazo de 72 horas. Transcurrido este plazo, debe procederse a su internamiento (artículo 23.4 ROEX). De hecho, la detención es necesaria en la práctica en todo caso, ya que el artículo 23.2 ROEX prevé que las autoridades encargadas de la custodia de costas y fronteras que hayan interceptado a los extranjeros que pretenden entrar irregularmente en España los deben conducir con la mayor brevedad posible a la correspondiente comisaría del Cuerpo Nacional de Policía, para que pueda procederse a su identificación y, en su caso, a su devolución.

En ese sentido, a nivel administrativo, la detención de ciudadanos extranjeros en situación irregular está desarrollada en instrucciones o circulares²¹ sobre la forma de actuación. El contenido de estas instrucciones o circulares, en lo relativo a la asistencia jurídica de personas extranjeras en situación irregular, establece las siguientes previsiones:

21. Conforme al artículo 6 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, las instrucciones u órdenes de servicio son instrumentos a través de los cuales los órganos administrativos dirigen las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes.

	<i>¿Prevé la detención de extranjeros por la comisión de infracciones bajo la LOEX?</i>	<i>¿Prevé la detención de extranjeros en cualquier supuesto de devolución y/o expulsión?</i>	<i>¿Prevé algún protocolo en el caso de que la persona extranjera solicite asistencia letrada?</i>	<i>¿Prevé alguna pauta relativa al ejercicio del derecho a la asistencia jurídica por parte de la persona extranjera?</i>
Instrucción de Detención 2007²²	Sí.	Sí (establece que la detención no será superior a 72 horas y que se agilizarán las diligencias para no agotar el plazo legal).	Sí , debe cursarse oficio inmediato al Colegio de la Abogacía competente (y reiterarse en caso de que en 3 horas no se haya provisto letrado).	Sí , la comisaría debe poseer impresos de información sobre derechos como detenido en las lenguas más comunes.
Circular 2010²³	Sí.	Sí , cabe su detención de cara a incoar el procedimiento de expulsión.	Sí , la solicitud de asistencia jurídica gratuita suspende el procedimiento de expulsión si así se informa al instructor.	Sí , se prevé que se practicará diligencia de información de derechos al extranjero junto con el inicio del procedimiento de expulsión.

22. Instrucción núm. 12/2007, de 14 de septiembre, de la Secretaría de Estado de Seguridad sobre los comportamientos exigidos a los miembros de las FFCCSE para garantizar los derechos de las personas detenidas o bajo custodia policial.

https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2016/03/Instruccion_12_2007.pdf

23. Circular núm. 1/2010, de 25 de enero, del Comisario General de Extranjería y Fronteras de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, instrucciones sobre determinadas actuaciones policiales derivadas de la nueva Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, reguladora de los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y recordatorio de otras actuaciones.

<https://www.manualpolicial.es/Descargas/Legislacion/4Leg/4Ext/circular110.pdf>

	<i>¿Prevé la detención de extranjeros por la comisión de infracciones bajo la LOEX?</i>	<i>¿Prevé la detención de extranjeros en cualquier supuesto de devolución y/o expulsión?</i>	<i>¿Prevé algún protocolo en el caso de que la persona extranjera solicite asistencia letrada?</i>	<i>¿Prevé alguna pauta relativa al ejercicio del derecho a la asistencia jurídica por parte de la persona extranjera?</i>
Circular 2012 ²⁴	Sí, excepto en caso de situación irregular (siempre y cuando puedan ser identificados y se conozca su domicilio).	No.	No.	No.
Instrucción de Detención 2024 ²⁵	Sí, excepto en caso de situación irregular sin que conste orden de devolución o expulsión (es necesario acordarlo como medida provisional).	Sí.	Sí, debe cursarse oficio inmediato al Colegio de la Abogacía competente (no se prevé nada sobre reiterar solicitud).	Sí, se contempla la posibilidad de recibir asistencia letrada por vía telefónica o videoconferencia solamente en caso de lejanía geográfica.

2.3. REGULACIÓN DE LA DETENCIÓN PROVISIONAL DE PERSONAS EXTRANJERAS EN SITUACIÓN IRREGULAR EN EL MARCO DE SITUACIONES DE DEVOLUCIÓN O DE PROCEDIMIENTOS DE EXPULSIÓN

Como se ha dicho, en el contexto de expulsiones y devoluciones de extranjeros en situación irregular y del derecho a la asistencia jurídica gratuita que les asiste, es necesario tomar en cuenta la posible situación de detención provisional que puede llevar aparejada.

24. Circular núm. 2/2012, de 16 de mayo, del Director General de la Policía sobre identificación de ciudadanos.
https://www.sup.es/sites/default/files/pdf/circular_identificaciones.pdf
25. Instrucción núm. 1/2024, de 16 de enero, de la Secretaría de Estado de Seguridad por la que se aprueba el Procedimiento Integral de la Detención Policial.
https://de-pol.es/wp-content/uploads/2024/01/INSTRUCCION_No_1_2024_PROCEDIMIENTO_INTEGRAL_DE_LA_DETENCION_POLICIAL_DEPOL.pdf

En efecto, en caso de expulsiones o devoluciones con detención provisional esta última constituye una injerencia en el derecho a la libertad y seguridad de la persona extranjera regulado en el artículo 17 CE en estos términos:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley.

2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

3. Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca.

4. La ley regulará un procedimiento de «habeas corpus» para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional”.

Por esta razón, los extranjeros en situación irregular que hayan sido detenidos provisionalmente en el marco de una devolución o procedimiento de expulsión, pueden impugnar, como cualquier persona objeto de detención, la legalidad de esta última mediante el procedimiento de *habeas corpus*. El referido procedimiento está regulado en la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de “Habeas Corpus” (“LOHC”). Conforme a la citada Ley, las personas objeto de una detención podrían oponer la ilegalidad de esta última por los siguientes motivos:

- Que no concurren los supuestos legales o requisitos exigidos para la detención o sin haberse cumplido las formalidades y requisitos previstos en las leyes.
- Que la persona se encuentre ilícitamente internada en cualquier establecimiento o lugar.
- Que la detención supere el plazo previsto legalmente sin haber sido puesta la persona en libertad o a disposición judicial.
- Que sus derechos no sean respetados.

Dentro de estos últimos derechos que deben respetarse, aunque no lo explicita la LOHC, en el caso de extranjeros sometidos a devolución o expulsión, se encuentra el derecho a asistencia jurídica gratuita.

En ese sentido, la citada Ley establece el procedimiento que debe seguir cualquier persona —también una persona extranjera en situación irregular— para denunciar la ilegalidad de su detención. En el caso de esta última, tal y como se indicó previamente, la vulneración de las garantías para el ejercicio del derecho que tiene reconocido a la asistencia jurídica gratuita pueden constituir un motivo válido para reclamar la ilegalidad de su detención y que se proceda a su liberación, por parte del juez de instrucción competente.

En cualquier caso, tal y como establece el art. 6 LOHC, el auto que deniega la incoación de un procedimiento de *habeas corpus* no es susceptible de recurso.

3. LA APLICACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO POR LOS TRIBUNALES

3.1. DOCTRINA CONSTITUCIONAL MÁS RECIENTE

La doctrina constitucional más reciente ha examinado la relación que existe entre el derecho a la libertad ambulatoria y el derecho a la asistencia jurídica gratuita de los extranjeros en situación irregular cuando estos son detenidos en el marco de una devolución o expulsión. En su Sentencia núm. 103/2022, de 12 de septiembre (ECLI:ES:TC:2022:103, en adelante, “**STC 103/22**”)²⁶, el TC analizó un asunto con las siguientes circunstancias:

- Una persona extranjera en situación irregular fue detenida 72 horas por ser objeto de una resolución de devolución.
- Durante su detención policial, la persona fue informada de su derecho a recibir asistencia jurídica gratuita y manifestó su deseo de recibirla.
- Las autoridades policiales notificaron esta solicitud al Colegio de la Abogacía de Las Palmas, pero este último no proveyó ningún abogado de oficio. Asimismo, las autoridades policiales no adoptaron ninguna medida a la vista de la falta de designación de un letrado de oficio y, como consecuencia de ello, la persona extranjera no tuvo acceso a un letrado ni recibió ningún tipo de asistencia letrada.
- La persona extranjera puso en conocimiento de la autoridad judicial que su detención fue ilegal por no haber recibido asistencia letrada,

26. *Disponible en:* <https://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-A-2022-17269.pdf>

mediante el proceso de *habeas corpus*. Su petición fue inadmitida por el Juzgado de Guardia competente, confirmando la legalidad de la detención.

A los efectos del presente informe, es relevante el análisis que efectúa la Sala sobre las implicaciones jurídicas de privar a un extranjero en situación irregular objeto de una orden de devolución de su derecho a recibir asistencia letrada. En efecto, el TC extrapola su doctrina constitucional relativa al contenido del derecho a la asistencia letrada del detenido en el ámbito penal²⁷ para aplicarla en el supuesto de ciudadanos extranjeros en situación irregular.

En concreto, el TC señala, con cita de su jurisprudencia previa, que la esencia o el contenido principal del derecho fundamental del artículo 17.3 de la Constitución

“... es preciso encontrarla, no en la modalidad de la designación del abogado, sino en la efectividad de la defensa, pues lo que quiere la Constitución es proteger al detenido con la asistencia técnica de un letrado, que le preste su apoyo moral y ayuda profesional en el momento de su detención y esta finalidad se cumple objetivamente con el nombramiento de un abogado de oficio, el cual garantiza la efectividad de la asistencia de manera equivalente al letrado de libre designación”.

Asimismo, el TC se refiere a diferentes apartados del artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (“**LECrim**”)²⁸ que desarrollan el mandato del artículo 17.3 citado. Como veremos en el siguiente epígrafe 3.2, esta postura parece apartarse de pronunciamientos anteriores del mismo TC, en el contexto de situaciones de devolución o expulsión sometidas a la normativa de Extranjería.

En todo caso, lo que es indudable es que el TC configura una protección material (y no solo formal) para el derecho de los extranjeros en situación irregular en el momento de su detención como consecuencia de supuestos de expulsión o devolución. Esta aproximación material subraya el requisito

27. *vid.* Sentencias del Tribunal Constitucional núm. 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 5.º; 252/1994, de 19 de septiembre, FJ 4.º; 229/1999, de 13 de diciembre, FJ 2.º; 199/2003, de 10 de noviembre, FJ 4.º; y 21/2018, de 5 de marzo, FJ 4.ºb).

<https://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-T-1988-430.pdf>

<https://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/Correcciones/BOE-T-1988-3155.pdf>

<https://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-T-1994-23059.pdf>

<https://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-T-2000-1171.pdf>

<https://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-T-2003-22711.pdf>

<https://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-A-2018-5048.pdf>

28. Aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882.

de efectividad para el ejercicio del referido derecho²⁹, descartando por completo interpretaciones formalistas que lo vacíen de contenido. Por esta razón, la mera notificación al Colegio de la Abogacía para proveer un letrado de oficio no es suficiente para garantizar que el derecho a la asistencia letrada del extranjero en situación irregular esté garantizado. En su referencia a la “*pasividad policial*”, el TC reprocha que no existan protocolos o pautas de actuación dirigidos a velar para que un letrado de oficio sea proveído ante la falta de respuesta del Colegio de la Abogacía competente. Inclusive, en palabras de la Sala, “*deberá hacer todo lo posible para que el mandato constitucional resulte efectivo*”.

Por ello, las autoridades policiales, en el momento en que un extranjero en situación irregular es detenido, deben (i) informarle de los derechos que le asisten por infringir la normativa de extranjería; (ii) garantizar que reciba asistencia letrada en el caso de que lo solicite; y (iii) en el caso de que dicha asistencia letrada no sea proveída, actuar de forma que esta pueda ser garantizada, sin que sea constitucionalmente lícito esperar a que el plazo legal se agote.

El reproche, por otro lado, no se restringe a las autoridades judiciales, ya que el TC señala lo siguiente:

“El frecuente incumplimiento de esta jurisprudencia constitucional, que se pone de manifiesto con ocasión de los sucesivos recursos de amparo que se van presentado, es motivo de muy alta preocupación para el Tribunal Constitucional en una materia que suscita especial sensibilidad desde el punto de vista del respeto a los derechos fundamentales y que constituye uno de los fundamentos elementales del Estado de Derecho desde el punto de vista histórico e institucional. No resulta fácilmente comprensible que, tras el extenso número de resoluciones dictadas por este tribunal sobre esta

29. En la misma línea que el TC en esta sentencia, el derecho de la Unión, por el que se regulan ciertas garantías dentro del proceso penal, pretende garantizar que el derecho a que el detenido sea informado con la mayor prontitud de que cuenta con el derecho a recibir asistencia letrada pretende garantizar que este último derecho pueda ser ejercitado de forma efectiva. En esta línea se pronuncia el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 5 de septiembre de 2024, asunto C-603/22, M.S., J.W. y M.P.: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:62022CJ0603>:

“146 A este respecto, por lo que respecta a la Directiva 2012/13, (...), el Tribunal de Justicia ha declarado que, para poder ser efectiva, la información sobre los derechos debe producirse en una fase temprana del proceso. Del artículo 2 de esta Directiva resulta que esta se aplica «desde el momento en que las autoridades competentes de un Estado miembro ponen en conocimiento de una persona que es sospechosa o que se le acusa de haber cometido una infracción penal». Así, el artículo 3 de dicha Directiva establece que los «Estados miembros garantizarán que las personas sospechosas o acusadas reciban con prontitud información acerca [...] de los [...] derechos procesales [...] a fin de permitir su ejercicio efectivo» (...).”

cuestión, la jurisprudencia constitucional en la materia siga sin ser trasladada al quehacer cotidiano de todos los que participan en la labor de tramitación judicial de los procedimientos de habeas corpus y que por esta razón deban seguir admitiéndose recursos de amparo que se acogen a la alegación del incumplimiento de la jurisprudencia constitucional como motivo de especial trascendencia constitucional’ (SSTC 72/2019 (RTC 2019, 72), FJ 2, y 181/2020, de 14 de diciembre (RTC 2020, 181), FJ 6, ya citados)” (el destacado es nuestro).

3.2. PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES PREVALENTES QUE PODRÍAN APARTARSE DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL MÁS RECIENTE

El criterio sentado por el TC en su jurisprudencia más reciente y comentado en el epígrafe anterior, no constituye, sin embargo, la doctrina prevalente en la materia.

En primer lugar, se analizarán cuatro resoluciones judiciales dictadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Santa Cruz de Tenerife), todas ellas de la misma fecha, 21 de julio de 2023: Sentencias n.º 376, 412, 413 y 414/2023³⁰ (conjuntamente, las “**Resoluciones**”).

Las Resoluciones analizan supuestos de órdenes de devolución emitidas por la Subdelegación del Gobierno en Santa Cruz de Tenerife contra personas extranjeras que intentaron entrar en territorio español indocumentados y sin autorización que permitiera su entrada. Se trataba en todos los casos de personas que llegaron a territorio nacional en pateras y, o bien fueron rescatados en el mar por las autoridades, o bien fueron interceptados por estas en las inmediaciones de la costa.

En los recursos se cuestiona lo siguiente: *(i)* insuficiente asistencia jurídica, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 17.3 de la Constitución (refiriéndose algunos de los recursos a la ausencia de falta de entrevista personal con el letrado prevista en el art. 520.6-d LECrim); *(ii)* superación del plazo de 72 horas para la ejecución de la orden de devolución; y *(iii)* en algunos de los recursos, no consideración de la solicitud de protección internacional formulada.

30. *Disponibles en:*

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/adece8c4bae24855a0a8778d75e36f0d/20231020>

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/14d30f16bf214f21a0a8778d75e36f0d/20231023>

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/6efc866c723e86fba0a8778d75e36f0d/20231023>

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a24247270bbd12dea0a8778d75e36f0d/20231023>

Las Resoluciones estiman que, dadas las circunstancias de la embarcación y las personales de sus ocupantes, se cumple el presupuesto de hecho que habilita la aplicación del art. 58.3.b) LOEX, “*siendo la orden de devolución la consecuencia obligada de la irregularidad constatada*”. Este artículo, como vimos anteriormente, prevé la posibilidad de que no sea preciso un expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros en caso de que se pretenda entrar de forma ilegal en el país. Como consecuencia de lo anterior, las Resoluciones concluyen que los trámites previos necesarios en esa situación se limitan a la identificación del extranjero y a la constancia documental de la decisión de retorno que justifican la adopción de la medida (*i. e.*, las circunstancias en que fue localizada e interceptada la embarcación y en las que navegaban sus ocupantes, la norma aplicada y su notificación).

En lo que es objeto de este informe, las Resoluciones consideran que en todos los casos se le reconoció al extranjero el derecho a la asistencia jurídica, concretado en la designación de letrado del turno de oficio que estuvo presente al notificarle la orden y que lo asesoró para la interposición de recurso de alzada, “*una vía de impugnación efectiva que permite sin restricciones la contradicción de los hechos en que se fundamenta y las circunstancias personales del ciudadano extranjero que resulten relevantes frente a la devolución acordada, las que refiere el artículo 23.6 del Reglamento, sin que el no conceder una entrevista individual y reservada vulnera lo dispuesto en el artículo 17.3 de la Constitución Española y 520.6-d) de la LE-Crim., porque el «detenido» al que se refieren es el afectado por una medida de privación de libertad de carácter penal*”. En alguna de las Resoluciones se refieren a que al recurrente se le facilitó asistencia letrada e intérprete, presentes al momento de notificarle la orden de devolución, cuyo contenido especificaba las condiciones que no cumplía para poder entrar válidamente en territorio nacional.

Las Resoluciones tampoco aprecian ninguna irregularidad en la detención administrativa y en la superación del plazo de 72 horas para la devolución, en la medida en que, conforme a jurisprudencia del Tribunal Supremo y del TC, “*no es, en definitiva y pese a su tenor literal, sino una mera limitación temporal de la eficacia del acto de modo que, transcurrido un determinado tiempo, aquél deja de ser ejecutable*.” Asimismo, advierten que, de haber habido solicitud de protección internacional, esta afectaría a la ejecutividad de la orden de devolución, pero no a su validez, que es sobre lo que se pronuncia la sentencia.

En lo que aquí especialmente interesa, las Resoluciones se apoyan en jurisprudencia consolidada del TC y que, como anticipamos, no constituye la línea doctrinal sostenida por la reciente STC 103/22³¹. Esta doctrina jurisprudencial anterior se plasma en la Sentencia n.º 179/2000, de 26 de junio (rec.

31. *Disponible en:* <https://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-A-2022-17269.pdf>

5317/1999, en adelante, “**STC 179/00**”³², que es posteriormente reiterada en la STC n.º 53/2002, de 27 de febrero (rec. 2994/94)³³ en un supuesto relativo a la privación de libertad de solicitantes de asilo³⁴.

La STC 179/00 apunta a que, si bien en situaciones de expulsión y devolución conforme a la normativa de extranjería existe una privación de libertad, ello no significa que necesariamente le resulten de aplicación las garantías que establece el art. 17.2 y 3 de la Constitución, ya que el “detenido” de estos últimos preceptos sería el afectado por una medida cautelar de privación de libertad de carácter penal. No obstante, según el TC, las garantías de los apartados 2 y 3 del artículo 17 deben ser respetadas atendiendo a los criterios que las inspiran. Para que la privación de libertad en supuestos de devolución y expulsión respete el derecho fundamental que consagra el artículo 17.1 de la Constitución, sería por tanto preciso que tenga una duración acorde con el principio de limitación temporal que se deduce del apartado 2.

Por ello, aunque no es necesario que la detención respete el plazo máximo de setenta y dos horas, no puede, sin embargo, ni durar más que el tiempo que requiera adoptar las medidas necesarias que permitan ejecutar este acto administrativo de expulsión o devolución, lo que determina que no pueda tener una duración mayor que la estrictamente necesaria para proceder a la devolución del extranjero a su país de procedencia, ni tampoco tener una duración que en sí misma pueda considerarse que es muy superior a la que en condiciones normales conllevaría la ejecución del acto.

32. *Disponible en:* <https://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-T-2000-14340.pdf>

33. *Disponible en:* <https://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-T-2002-6299.pdf>

34. No obstante, como voto particular, se realiza una crítica a la indeterminación del periodo de detención que puede ser ilustrativo a los efectos de su posterior proyección en la jurisprudencia reciente plasmada en la STC 103/22:

“Siendo el acto administrativo recurrido la respuesta denegatoria a lo solicitado con la petición de reexamen, es claro –a mi entender– que la suspensión de dicho acto (suspensión prevista por el transcrito art. 21.2) es la suspensión de la orden de salida o expulsión (efecto propio de la decisión denegatoria de la admisión a trámite de la solicitud de asilo, sin perjuicio de las previsiones del art. 17 de la Ley).

Pues bien, al no decir más el texto de la Ley –y ateniéndonos a sus términos– la consecuencia, una vez suspendido el efecto de expulsión, sería que el peticionario recurrente habría de continuar en las «dependencias adecuadas» en tanto no se resolviese el recurso contencioso-administrativo, y ello por tiempo indeterminado por ser desconocida la duración del recurso. Es evidente que tal situación no se corresponde con la doctrina de este Tribunal que, en relación con el art. 17 CE (RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875) para supuestos de restricción de libertad excluyentes de la detención preventiva, se expone en la Sentencia: la expresada indeterminación temporal no se adecua a las exigencias, entre otras, de proporcionalidad y limitación en el tiempo contenidas en dicha doctrina”.

Pues bien, conviene valorar en este punto si la doctrina de la STC 179/00, confirmada por otras posteriores, como la citada STC 53/2002, es conciliable con la más reciente de la STC 103/22. Asimismo, conviene analizar la práctica administrativa a la luz de esta última jurisprudencia.

4. CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS DE PROPUESTAS DE ACTUACIÓN

A la vista de la normativa aplicable, incluyendo la práctica administrativa vigente, y las resoluciones judiciales que han sido identificadas, procede examinar qué posibles incumplimientos existen con respecto la doctrina reciente que resulta de la STC 103/22.

4.1. POSIBLES INCUMPLIMIENTOS DETECTADOS EN LA PRÁCTICA ADMINISTRATIVA QUE APLICA LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE ASISTENCIA JURÍDICA DE CIUDADANOS EXTRANJEROS DETENIDOS PARA SU DEVOLUCIÓN O EXPULSIÓN

En el epígrafe 2.2, relativo a la práctica administrativa, se detectaron los siguientes posibles incumplimientos:

- La Circular 2012 y la Instrucción de Detención 2024 no contiene pautas o indicaciones sobre cómo hacer efectivos los derechos de asistencia letrada de ciudadanos extranjeros durante su detención a causa de una orden de devolución o de expulsión. La referida Instrucción, a diferencia de la Instrucción de Detención 2007, eliminó la indicación de que los agentes policiales deben reiterar las solicitudes de designación al Colegio de la Abogacía en el caso de que no provean un letrado en el tiempo de tres horas.
- Asimismo, la Instrucción de Detención 2024 no incluye ninguna pauta o indicación específica para que los ciudadanos extranjeros detenidos por orden de devolución o expulsión puedan recibir asistencia letrada por videoconferencia o vía telefónica en el caso de que el Colegio de la Abogacía no provea los letrados en el tiempo de tres horas. La limitación de esta excepción a casos de lejanía geográfica puede impedir o afectar la efectividad del derecho de asistencia letrada, ya que condiciona la asistencia a la presencialidad del letrado, lo que, por contra, mantiene al extranjero sin recibir dicha asistencia letrada mientras está detenido provisionalmente.
- Ni la Circular 2010 ni la Instrucción de Detención 2024 (que están vigentes) contemplan pautas o indicaciones dirigidas a hacer efectivo el derecho de asistencia letrada de los ciudadanos extranjeros por orden de

devolución o expulsión durante su detención. Ambas órdenes enfatizan que deben agilizarse los trámites durante las 72 horas de la detención provisional. Pero no se incluye ni se indica ninguna pauta o indicación sobre cuál es el momento, procedimiento o forma para que se haga efectivo el acceso del extranjero detenido a asistencia letrada. Tampoco se precisa si ese límite de 72 horas puede ser franqueable o no.

4.2. POSIBLES INCUMPLIMIENTOS DETECTADOS EN LA JURISPRUDENCIA QUE APLICA LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE ASISTENCIA JURÍDICA DE CIUDADANOS EXTRANJEROS DETENIDOS PARA SU DEVOLUCIÓN O EXPULSIÓN

En el epígrafe 3.2, relativo a los supuestos jurisprudenciales recientes, se observa que las Resoluciones se apartan de la doctrina constitucional indicada en el epígrafe 3.1 del presente capítulo por los siguientes motivos:

- Las Resoluciones no consideran que se haya vulnerado la efectividad de la asistencia letrada a los ciudadanos extranjeros durante su detención. En ambos supuestos, las Resoluciones indican que los ciudadanos extranjeros recibieron dicha asistencia y que, por ello, pudieron interponer recursos administrativos contra la resolución que ordenaba su devolución. No obstante, las Resoluciones constatan que la falta de entrevista individualizada y reservada entre los ciudadanos extranjeros y sus letrados de oficio, tras su detención, no vulneró su derecho a la asistencia letrada.
- También asumen que el plazo de 72 horas no se aplicaría a supuestos de devolución o expulsión, apoyándose en la doctrina de la STC 179/00.

No puede desconocerse que la doctrina previa y en cierto modo prevalente (STC 179/00, STC 53/2002) permite sustentar la tesis de las Resoluciones y que la STC 103/22 no señaló que pretendiese apartarse de esta última, refiriéndose además a un supuesto de inadmisión de un procedimiento de *habeas corpus*.

Sin perjuicio de lo anterior, la doctrina constitucional de la STC 103/22 se refiere a la necesidad de hacer efectivo el derecho a la asistencia letrada, trasladando las garantías dirigidas a los “detenidos” bajo la normativa procesal penal al ámbito de la detención administrativa de un extranjero con carácter previo a, en este caso, su devolución.

Incluso si pudiera llegar a aceptarse la postura de la STC 179/00 sobre las 72 horas (ciertamente el artículo 17.2 de la Constitución se refiere a la “*detención preventiva*”, que es la que se produce en el ámbito penal para el “*esclarecimiento de los hechos*”, según la LECrim, y no para la ejecución de una decisión administrativa), no se alcanza a comprender la razón por la que otras

de las garantías de la detención previstas en la LECrim no pueden extenderse a las detenciones en el contexto de una expulsión o devolución.

Esas garantías tienen el mismo sentido y finalidad en una detención realizada en el marco de una expulsión y devolución (y, de hecho, son las garantías a las que explícitamente se refiere la STC 103/22, también en el contexto de devoluciones y expulsiones). En particular, una de las garantías a las que aluden las Resoluciones —en particular, la entrevista individual y reservada con el letrado designado— puede tener una incidencia directa en el derecho de defensa del afectado, ya que se le limita la posibilidad de que su expediente pueda individualizarse a las circunstancias del caso concreto.

Reducir la intervención letrada a su mera presencia en el momento de la notificación de la orden de devolución o expulsión, o a la posibilidad de que hayan podido recurrir las resoluciones notificadas (*a posteriori*, por tanto, y una vez ejecutadas), afecta de forma directa al derecho de defensa del detenido y a las garantías rectoras del principio de contradicción. Con ello, se elimina la posibilidad de que el letrado designado pueda conocer las particularidades del caso concreto y su intervención se limita a un trámite más que difícilmente puede llegar a tener alguna incidencia en la resolución del expediente.

Por eso, a nuestro juicio, como mínimo, el resto de garantías de la LECrim para una detención preventiva, al menos el de la entrevista personal, deberían mantenerse en situaciones de detenciones en contextos de expulsión o devolución.

4.3. POSIBLES VÍAS PARA REMEDIAR LOS INCUMPLIMIENTOS DETECTADOS

Como alternativa a los posibles incumplimientos, se apuntan tres vías para mitigar o suprimir los efectos perjudiciales de estas situaciones: judicial (A), ejecutiva o administrativa (B), y legislativa (C).

a) *Vía judicial*

Los juzgados y tribunales, desde el ejercicio de acciones ordinarias, para la protección de derechos fundamentales en la vía contenciosa-administrativa³⁵ o de *habeas corpus*, pueden intervenir directamente para hacer cesar posibles conductas ilícitas o para velar por que la efectividad de la asistencia letrada se respete por las autoridades gubernativas. El contenido material del derecho a la asistencia jurídica gratuita permite que los ciudadanos extranjeros recaben

35. Los asuntos en materia de extranjería, que incluyen los relativos a las órdenes de devolución o procedimientos de expulsión, se ventilan bajo el procedimiento abreviado (que pretende una mayor celeridad para resolver los asuntos) dentro de la jurisdicción contencioso-administrativa (artículo 78.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa).

auxilio de los órganos jurisdiccionales para denunciar o reprochar cualquier obstáculo o lesión de la efectividad del derecho de asistencia jurídica durante su detención con motivo de su devolución o expulsión.

Como ejemplo de este tipo de remedios, se encuentra la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo núm. 584/2024, de 30 de enero³⁶. En ella, el Alto Tribunal consolida y reafirma su jurisprudencia relativa a la aplicación del principio *pro actione* al momento en que el extranjero acude, mediante representación y defensa designados de oficio, ante la jurisdicción ordinaria. En concreto, desautoriza la postura de determinados órganos judiciales unipersonales que exigían que, además de haberse efectuado la designación de oficio, se acreditara el otorgamiento de la representación por parte del extranjero. A juicio de la Sala, es incompatible con la efectividad del derecho a la asistencia jurídica que se exija al extranjero que acredite, de forma separada, que ha conferido poderes de representación al procurador designado de oficio.

Lo mismo podría decirse de las Resoluciones. Aun cuando considerasen más correcta la postura establecida por la doctrina previa y prevalente (STC 179/00, STC 53/2002) que la de la más reciente STC 103/22, lo cierto es que la primera únicamente aludía al plazo de 72 horas y no al resto de garantías de la LECrim, que la STC 103/22 sí considera aplicables en contextos de expulsión o devolución. En consecuencia, al menos en lo que a la garantía de entrevista personal respecta, su postura debería haber sido distinta.

b) *Vía ejecutiva o administrativa*

Los posibles remedios a nivel ejecutivo o administrativo parten por la impartición de pautas de actuación claras, congruentes y completas en relación con la legislación y doctrina constitucional vigente, en las Instrucciones y Circulares que se aprueben para los agentes de las FFCCSE³⁷. A día de hoy, están vigentes la Circular 2010 y la Instrucción de Detención 2024. No obstante, como se observó en el epígrafe anterior, no se incluye ninguna referencia a acciones, actuaciones o procedimientos que estén dirigidos a hacer efectivo el derecho a la asistencia jurídica de los ciudadanos extranjeros cuando son detenidos para su devolución o expulsión. Tampoco se incluye ninguna referencia a la reciente doctrina jurisprudencial (como sí hizo la Instrucción de Detención 2007) que entiende que las solicitudes a los Colegios de la Abogacía deben reiterarse cuantas veces sea necesario con el fin de que un letrado de oficio no solo sea designado, sino también proveído al extranjero detenido.

36. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/f785c8fdf2896832a0a8778d75e36f0d/20240216>

37. Vid. artículo 6.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público. “1. Los órganos administrativos podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio”.

En cualquier caso, si las instrucciones u órdenes enfatizan (y reiteran) que deben agilizarse todos los trámites durante las 72 horas, se debe exigir, de forma razonable, que todas las acciones dirigidas a hacer efectivo el derecho de asistencia jurídica estén incluidas en dicho margen. Los agentes policiales o funcionarios tienen a su disposición diferentes mecanismos (como reiterar oficios, facilitar contacto telefónico o por videoconferencia, habilitar áreas reservadas para la entrevista entre ciudadanos extranjeros y sus letrados) que deben ser incluidos en dichas órdenes o instrucciones. Es más, dichos instrumentos deben ser revisados con cierta periodicidad, a la vista de pronunciamientos judiciales que confirmen o rechacen su apoyo a la efectividad del derecho de asistencia jurídica.

c) *Vía legislativa o reglamentaria*

La modificación de la normativa de extranjería (la LOEX y del ROEX) supondría un remedio a nivel estructural con vocación de duración a medio o largo plazo. Ello eliminaría el riesgo de disparidad en la actuación de las autoridades y Administraciones públicas al momento de detener a ciudadanos extranjeros para su devolución o expulsión. La práctica a nivel administrativo evidencia que no es suficiente para hacer efectivo el derecho de asistencia jurídica que tanto la LOEX como el ROEX prevean, en términos amplios y genéricos, que los ciudadanos extranjeros tienen derecho a la asistencia jurídica en el marco de la devolución o de la expulsión si el contenido de esa asistencia jurídica y los límites de la actuación administrativa no se describen con mayor precisión.

Aunque la amplitud de las disposiciones legislativas vigentes permitiría que por vía reglamentaria se desarrolle qué actuaciones comprende la citada asistencia jurídica, la misma disparidad de criterios que evidencian las resoluciones y las SSTC 179/00, 53/2002 y 103/22, unido a la amplitud del fenómeno migratorio, aconsejan que a nivel legislativo se consagren cuáles son los mínimos derechos de las personas extranjeras en situaciones de expulsión o devolución y las correlativas obligaciones de las autoridades administrativas.

La primera y principal podría ser el plazo de duración de una detención con objeto de ejecutar una devolución y expulsión. Una cosa es que el plazo de 72 horas no sea aplicable, como señala la STC 179/00, y otra bien distinta es que no pueda establecerse un plazo suficiente para que atienda las peculiaridades del fenómeno migratorio sin por ello rebasar los límites derivados del artículo 17 de la Constitución.

Igualmente, convendría delimitar cuáles son las garantías previstas en la normativa procesal penal para los detenidos (artículo 520 LECrim) aplica-

bles a las detenciones en contextos de devolución o expulsión, entre las cuales debería incluirse, a nuestro juicio, una entrevista con el letrado de oficio designado.

Esta concreción, tan necesaria como inexistente en un fenómeno tan masivo como el migratorio, evitaría que los órganos administrativos y/o judiciales discrepen sobre la aplicación o no de determinadas garantías fundamentales a personas en situación de especial vulnerabilidad como son los extranjeros en contextos de devolución o expulsión del territorio nacional.