

**Comunicació:**

**“Aplicació indeguda de l'art. 520 de la LECrim als procediments administratius d'estrangeria: vulneració del dret de defensa”**

**Tema:**

Assistència al detingut: dret de defensa i art. 520 de la LECrim. Incidència en la designació d'advocat

**José Javier Ordóñez Echeverría**

Col·legiat 28 549

*Vocal de la Comissió de Defensa dels Drets de la Persona  
i de la Comissió d'Estrangeria*

**I Congrés del Torn d'Ofici**

ICAB

24 i 25 d'octubre de 2013

## Aplicació indeguda de l'art. 520 de la LECrim als procediments administratius d'estrangeria: vulneració del dret de defensa

### 1. El cas de l'actuació de la Comissaria de l'aeroport d'El Prat en procediments de denegació d'entrada.

Amb sorpresa he llegit la resposta que la Comissaria del Lloc Fronterer d'El Prat ha enviat en forma de protocol d'actuació a la nostra Comissió d'Estrangeria el passat mes de setembre. La resposta oficial es realitza a diverses queixes de col·legiats canalitzades a través de la comissió i que es pot llegir a la seva àrea web. El gruix d'aquestes queixes dels advocats es refereix **a la impossibilitat d'entrevistar-se amb el client de forma reservada i prèvia al tràmit d'audiència oral en els expedients de denegació d'entrada.** La denegació d'entrada és un supòsit regulat en Els arts. 26 i 60 de la LO 4/2000, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social. L'art. 26 estableix expressament el dret a assistència lletrada en aquests casos.

La resposta de la Comissaria consisteix en el següent:

*«Una vegada que es persona en aquestes dependències el lletrat designat, (i l'intendent si fos necessari), es dóna compliment al tràmit d'audiència, informant al passatger novament dels fets motivadors de la seva denegació d'entrada, mitjançant lectura de l'informe proposta del funcionari actuant, incoació de l'expedient administratiu de denegació d'entrada, causa legal de la seva denegació d'entrada, els drets que li assisteixen, i que l'efecte que pot comportar la resolució d'aquest expedient és el retorn al país d'origen, al país del que és nacional o a un tercer país que accepti la seva entrada.*

*L'esmentat informe és signat pel passatger juntament amb el lletrat i l'intendent. En tot moment es posa a disposició del lletrat i del passatger els documents referits, a més de fer-li els aclariments que precisin, durant aquest acte, el lletrat i el passatger poden parlar, preguntar, sol·licitar que es faci algun tipus de gestió, etc... El següent pas és la presentació d'al·legacions per part del passatger, en les quals el lletrat li assessora en tot moment i després aquest últim pot manifestar el que desitgi.*

*Una vegada acabades aquestes al·legacions, el Cap de Servei del Lloc Fronterer resol sobre la base de tot l'expedient la denegació o l'autorització d'entrada al país.*

*Una vegada acabat el tràmit el lletrat s'entrevista tot sol amb el passatger.»*

Per tant, en el contingut de l'assistència lletrada al detingut en dependències policials de la Comissaria del Lloc Fronterer d'El Prat **no es considera l'entrevista entre advocat i client, reservada i prèvia al tràmit d'audiència com una possibilitat.** La Comissaria defensa que lletrat i passatger poden parlar lliurement entre si **durant l'audiència** encara que, per això, **no de forma reservada, sinó en presència dels funcionaris policials.** Una vegada verificat el tràmit, llavors sí existeix la possibilitat d'entrevista reservada entre tots dos.

Aquesta situació em provoca diverses interrogants sobre el contingut i la naturalesa jurídica de la defensa lletrada en comissaria a estrangers detinguts amb ocasió de procediments administratius, tals com els de denegació d'entrada. Aquesta comunicació tracta de resoldre-les.

## **2. Sobre els altres procediments administratius d'estrangeria i l'assistència lletrada.**

La defensa lletrada **preceptiva** de ciutadans estrangers està consagrada a la norma estatal de rang orgànic. Els arts. 22 i 63.3 de la LO 4/2000 estableixen que *“Els estrangers que es trobin a Espanya tenen dret a assistència lletrada en els procediments administratius que puguin portar a la seva **denegació d'entrada, devolució, o expulsió del territori nacional.**”*

Juntament amb les prohibicions -o denegacions- d'entrada, a les quals ja he al·ludit, ens trobem amb les devolucions, procediment regulat als arts. 58.3 de la LO 4/2000 i 23 del RD 557/2011 i amb les expulsions, regulades als arts. 57 i 58 de la LO 4/2000 i 242 i ss. del RD 557/2011.

Com veiem, la defensa lletrada està garantida legalment a procediments administratius, **sense cap connotació penal o criminal.** A més, els procediments de devolució i d'expulsió s'emmarquen en el Títol III de la LO 4/2000, del règim sancionador en

matèria d'estrangeria, per la qual cosa, per a ells, també són aplicables els principis del RD 1398/1993, sobre l'exercici de la potestat sancionadora.

Malgrat la claredat legal amb que es delimiten com **d'ordre merament administratiu els supòsits mereixedors de prohibició d'entrada i els fets sancionats amb devolució o expulsió**, la pràctica policial -funcionaris dels cossos dels quals apareixen com a denunciants, secretari i instructor dels procediments administratius de què parlem- ens mostra una altra realitat. Els estrangers queden en dependències policials en concepte de detinguts i assistits pels drets reconeguts en l'art. 520 de la LECrim.

### **3. El cas de l'aplicació per l'instructor de l'expedient administratiu de l'art. 520 de la LECrim, als casos de detenció cautelar de l'estranger.**

A les següents imatges (de 2011 i 2013), he pres a l'atzar dos models de declaracions d'estrangers detinguts cautelarment (ex art. 61.1 d) de la LO 4/2000) en dependències policials per ser-los notificades sengles incoacions de procediments preferents d'expulsió. Aquest tràmit és el majoritari durant les guàrdies del torn d'ofici especial d'estrangeria, almenys al Col·legi de Barcelona.

  
Ministerio del Interior  
DIRECCIÓN GENERAL DE LA POLICÍA  
Brigada Provincial de Extranjería y Documentación,  
U.C.R.I.F.,  
BARCELONA

## ACTA DE DECLARACIÓN

### DATOS DEL EXTRANJERO:

Apellido 1	Fecha Nac. : / /
Apellido 2	Lugar Nac. : .....
Nombre: 1	País: A
Nombre 1	Nacionalidad: I.
Nombre 1	Pasaporte n.º:
Domicilio: carece de domicilio fijo/estable en nuestro país	N.I.E.:

ASISTENCIA LETRADA: Letrado/a D/Dña.,  
Colegiado número ....., del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona.

### INTERPRETE:

### FUNCIONARIOS INSTRUCTORES:

Categoría: Instructor	C.P.:
Categoría: Secretario	C.P.:

En Barcelona y en las dependencias de la U.C.R.I.F., Grupo de Propuestas de la Brigada Provincial de Extranjería y Documentación de la Jefatura Superior de Policía de Cataluña, siendo las 10:25 horas del día 13 de Diciembre de 2011, por los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía anotados, que actúan como Instructor y Secretario respectivamente, se procede a oír en declaración al extranjero antes reseñado, el cual ha sido informado nuevamente de los Derechos que le asisten como detenido, en presencia del Sr. Letrado y de intérprete, así como de los hechos que motivan su detención, según Art. 520 de la L.E.Cr., a quien le son formuladas las siguientes preguntas:

**PREGUNTADO:** Si entiende el idioma castellano, **MANIFIESTA:** Que SI entiende el idioma castellano. El epigrafiado, manifiesta su deseo de no declarar en estas dependencias.....  
--- Una vez leída firma la presente, en prueba de conformidad, en unión del Sr. Instructor, Sr. Letrado, de lo que como Secretario **CERTIFICO**.....

INSTRUCTOR

SECRETARIO



LETRADO

INTÉRPRETE

INTERESADO

  
Ministerio del Interior  
DIRECCIÓN GENERAL DE LA POLICÍA  
Brigada Provincial de Extranjería y Documentación,  
U.C.R.I.F.,  
BARCELONA

Doc. n.º 2

## ACTA DE DECLARACIÓN

### DATOS DEL EXTRANJERO:

Apellido 1º: \_\_\_\_\_ Fecha Nac.: \_\_\_\_\_  
Apellido 2º: \_\_\_\_\_ Lugar Nac.: \_\_\_\_\_  
Nombre: \_\_\_\_\_ País: Ecuador  
Nombre: \_\_\_\_\_ N Nacionalidad: \_\_\_\_\_  
Nombre: \_\_\_\_\_ Pasaporte n.º: \_\_\_\_\_  
Domicilio: carece de domicilio N.I.E.: \_\_\_\_\_  
fijo/estable en nuestro país

ASISTENCIA LETRADA: Letrado/a D/Dña., \_\_\_\_\_  
Colegiado número \_\_\_\_\_, del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona.

### FUNCIONARIOS INSTRUCTORES:

Categoría: Instructor C.P.: \_\_\_\_\_  
Categoría: Secretario C.P.: \_\_\_\_\_

En Barcelona y en las dependencias de la U.C.R.I.F., Grupo de Propuestas de la Brigada Provincial de Extranjería y Documentación de la Jefatura Superior de Policía de Cataluña, siendo las 19:50 horas del día 09 de Octubre de 2013, por los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía anotados, que actúan como Instructor y Secretario respectivamente, se procede a oír en declaración al extranjero antes reseñado, el cual ha sido informado nuevamente de los Derechos que le asisten como detenido, en presencia del Sr. Letrado y de intérprete, así como de los hechos que motivan su detención, según Art. 520 de la L.E.Cr., a quien le son formuladas las siguientes preguntas:

**PREGUNTADO:** Si entiende el idioma castellano, **MANIFIESTA:** Que SI entiende el idioma castellano. El epigrafiado, manifiesta su deseo de no declarar en estas dependencias.-----  
--- Una vez leída firma la presente, en prueba de conformidad, en unión del Sr. Instructor, Sr. Letrado, de lo que como Secretario **CERTIFICO.**-----

INSTRUCTOR

SECRETARIO



LETRADO

INTERESADO

Comprovem que, amb dos anys de diferència, els funcionaris competents de la UCRIF de la Prefectura Superior de Policia de Barcelona prenen declaració als estrangers en virtut de l'art. 520 de la LECrim. Aquesta aplicació expressa efectuada per la UCRIF de Barcelona explica la resposta de la Comissaria del Lloc Fronterer d'El Prat i la seva reticència a acceptar l'entrevista reservada i prèvia d'advocat i client. Precisament en aplicació de l'art. 520.6 c) de la LECrim.

#### **4. L'aplicació de l'art. 520 de la LECrim és contrària a Dret i vulnera greument l'exercici del dret de defensa.**

Malgrat el contingut de l'assistència que regula l'art. 520.6 LECrim, la intervenció lletrada al llarg de la tramitació dels procediments administratius d'estrangeria no ha de ni pot entendre's com una mera formalitat garantista, sinó que ha de ser **activa**, amb un clar contingut de **defensa dels drets** i interessos de l'estranger. La intervenció lletrada s'ha **d'iniciar** amb una **entrevista reservada** amb el seu client i comprèn la intervenció presencial a la incoació del procediment que es tracti, **a la declaració de l'estranger** i notificació de la proposta inicial de resolució, així com l'examen de l'expedient administratiu, tràmit d'al·legacions i d'audiència, amb formalització dels recursos que procedeixin tant en via administrativa com a judicial, estenent-se, si escau, a l'assistència al procediment d'internament davant el Jutge d'Instrucció.

En relació amb el dret fonamental a la llibertat, dues són les situacions en les quals pot trobar-se l'estranger subjecte a un procediment preferent: com expedientat no detingut -supòsit menys freqüent- o com detingut cautelament -a l'empara de l'art. 62.1. d) LO 4/2000-. Tant en un com en un altre cas, l'advocat ha de tenir en compte que l'estranger gaudeix dels drets que resulten de l'art. 63.3 LO 4/2000 i de l'art. 235.2 RD 557/2011 -assistència lletrada i intèrpret-, de l'art. 63.4 LO 4/2000 i de l'art. 235.1 RD 557/2011 -a ser sentit, formulant al·legacions en el termini de 48 hores-, i, per la remissió de l'art. 50 LO 4/2000 i de l'art. 216.1 RD 557/2011, a tots quants drets i garanties sorgeixen de la circumstància de tractar-se d'un procediment administratiu, dels quals han de destacar-se els drets que s'enumeren en l'art. 35 Llei 30/92, i els que resulten de l'art. 79.1 Llei 30/92 -a adduir al·legacions i aportar docu-

ments o altres mitjans de descàrrec fins al moment de ser redactada la corresponent proposta de resolució-, i de l'art. 80 Llei 30/92 -a proposar mitjans de prova-.

#### **4.1. L'entrevista prèvia i reservada entre advocat i client.**

L'estranger, ja es trobi en situació d'expedientat no detingut ja estigui detingut cautelarment, té **dret a entrevistar-se amb el seu advocat en forma reservada i amb anterioritat a la declaració davant l'Instructor**. Si no està detingut, ja que no existeix obstacle legal per a això; si es troba detingut cautelarment, ha de tenir-se en consideració que **la detenció no ho és per la comissió d'un il·lícit penal**, la qual cosa suposa que com a detingut cautelarment és titular dels drets d'assistència lletrada, a intèrpret, a la justícia gratuïta si escau (arts. 22.2 i 63.3 LO 4/2000 i 235.2 RD 557/2011), a formular al·legacions (art. 63.4 LO 4/2000), al fet que sigui comunicada la seva detenció a l'ambaixada o país de l'estranger (arts. 237 i 258.5 RD 557/2011), a ser informat de la causa de la detenció (art. 17.3 Constitució Espanyola), i a posada a disposició judicial en un termini no superior a de 72 hores (art. 61.1.d), paràgraf primer, LO 4/2000).

Encara que per construcció jurisprudencial equivalguin tals drets als de l'art. 520 LECrim, **no és aplicable la restrictiva interpretació** resultant de l'ordinal 6 d'aquest precepte sobre que **l'entrevista reservada es practicarà al final de la diligència**. Més quan el Tribunal Constitucional a les seves sentències 196/1987 i 38/2003 ha dit que forma part del **contingut essencial del dret a l'assistència lletrada** al detingut *"l'assessorament tècnic sobre la conducta a observar en els interrogatoris, inclosa la de guardar silenci"* i que en la sentència del TEDH de 28/06/1984 (cas Campbell i Fell) es diu de manera contundent que **"no es concep que un Advocat pugui assistir al seu client sense consultes prèvies entre ells"**.

La pràctica habitual a les Comissaries de Policia de Barcelona -com ja he demostrat- és que la informació de drets a l'estranger respecte del que és adoptada la mesura cautelar de detenció s'efectua a l'empara de l'art. 520.2 LECrim, i és aquesta una manera d'actuar que ha de ser advertida per l'advocat, que haurà de posar de manifest tal incorrecte procedir tan aviat com li sigui possible i, en tot cas, en formu-



lar les al·legacions en el termini de 48 hores, ja que els drets que assisteixen a l'estranger que es vegi privat de llibertat en ser-li incoat un procediment sancionador són els que resulten de la Constitució Espanyola (art. 17.3), de la LO 4/2000 i del seu desenvolupament reglamentari, de la Llei 30/92 i del RD 1398/1993, sense que, encara que siguin coincidents, resulti ajustat a Dret predicar que són els drets de l'art. 520 LECrim els que han de ser-li reconeguts.

Cal superar el prisma penal per enfrontar adequadament els drets que corresponen a l'estranger davant la detenció per causa de la normativa d'estrangeria, bandejant l'aplicació de la LECrim perquè siguin la CE, la LO 4/2000 i la Llei 30/92 les normes des de les quals l'estranger sigui informat dels seus drets.

No només **raons d'índole formal** recolzen que no sigui aplicable a la detenció que es produeixi en ocasió de la normativa d'estrangeria la LECrim -així, **l'art. 1 de la llei processal criminal** estableix que **"les disposicions del present Codi"** tindran per destinació **"actes punibles"**-. També de caràcter **material** -en prohibir **l'art. 4.1 del Codi Penal** l'aplicació de les lleis penals a casos diferents dels quals expressament es comprenguin en elles-. I fins i tot **d'especialitat** -ja que recollint la LO 4/2000 els drets que corresponen als detinguts en matèria d'estrangeria, i la remissió que es fa a la Llei 30/92, **són aquestes normes de preferent i exclusiva aplicació.**

Tampoc pot obviar-se el **missatge subliminar que es dirigeix a la societat** de la circumstància que **sigui aplicada una norma processal penal a una infracció administrativa** i que condueix a considerar als **estrangers** com a **delinqüents** i *in extenso* a la **criminalització de la immigració.**

#### **4.2. La declaració en seu policial i el dret a efectuar al·legacions**

La constant jurisprudència, tant ordinària com a constitucional, que entén aplicables als procediments administratius sancionadors els principis i garanties del Dret Penal, en tant que en tots dos es posa de manifest el *ius puniendi* de l'Estat -podent-se citar, per totes, la STC 197/1995, que expressament recorda que *"la jurisprudència constitucional ha reconegut com a límit ineludible a la potestat sancionadora de l'Ad-*

*ministració El respecte als drets de defensa reconeguts en l'art. 24 CE, que són aplicable als procediments que l'Administració segueixi per a la imposició de sancions no està exempta de riscos, ja que no tots els principis del Dret Penal tenen el seu equivalent en l'àmbit administratiu -així, mentre que en el Dret Penal el detingut té reconegut en l'art. 520.2. a) LECrim el "dret a guardar silenci, no declarant si no vol" i que tal silenci en cap cas suposa assumptió dels fets, no pot afirmar-se la seva vigència en Dret Administratiu d'Estrangeria, ja que en aquest el silenci té l'efecte de convertir l'acord d'iniciació en proposta de resolució tant al procediment sancionador preferent (arts. 63.5 LO 4/2000 i 234.3 RD 557/2011) com en l'ordinari (paràgraf segon de l'ordinal 2 de l'art. 227 RD 557/2011)."*

Ja hem vist anteriorment als exemples de la pràctica policial d'actes de declaració, que l'estranger s'acull al seu dret a **no declarar davant la instrucció**, silenci que en Dret Administratiu sancionador significa **l'assumpció dels fets continguts en la denúncia**. Al contrari, en Dret Penal el silenci del detingut no té connotació d'assumpció de culpabilitat.

El passat 13 de juny, la Comissió de Defensa dels Drets de la Persona i del Lliure Exercici de l'Advocacia, d'aquest Col·legi, va organitzar una conferència en què es presentaven els **protocols de defensa lletrada en matèria d'estrangeria elaborats pel CGAE**. Precisament, com va mostrar la Comissió de Defensa, el CGAE va incidir en aquesta qüestió en els seus protocols: és contrari a Dret i vulnera greument l'exercici del dret de defensa aplicar la LECrim a detencions realitzades a l'empara de procediments administratius sancionadors de la LO 4/2000.

Amb el que s'ha dit, podem començar a adonar-nos que alguna cosa no encaixa. No solament hem de **posicionar-nos en contra** de l'aplicació de l'art. 520 de la LECrim als procediments de frontera, sinó també als procediments de devolució i expulsió. Això significa una **assistència lletrada molt més incisiva, més activa, incòmoda, però ineludible per dignificar la defensa dels drets de la persona**, sobretot al torn d'ofici especialitzat d'estrangeria. Serà oportú que els advocats especialistes en migracions i sobretot, aquells adscrits al Torn d'Ofici d'Estrangeria, rellegíssim amb

cura els protocols del CGAE. Finalment, el propi Col·legi d'Advocats hauria de **recordar a la Subdelegació del Govern i a la Prefectura Superior de Policia de Barcelona** la correcta actuació dels funcionaris policials, amb la finalitat de garantir per regla general tant l'entrevista prèvia i reservada amb l'estranger com la presa de declaració i al·legacions en el tràmit d'incoació de procediment administratiu.