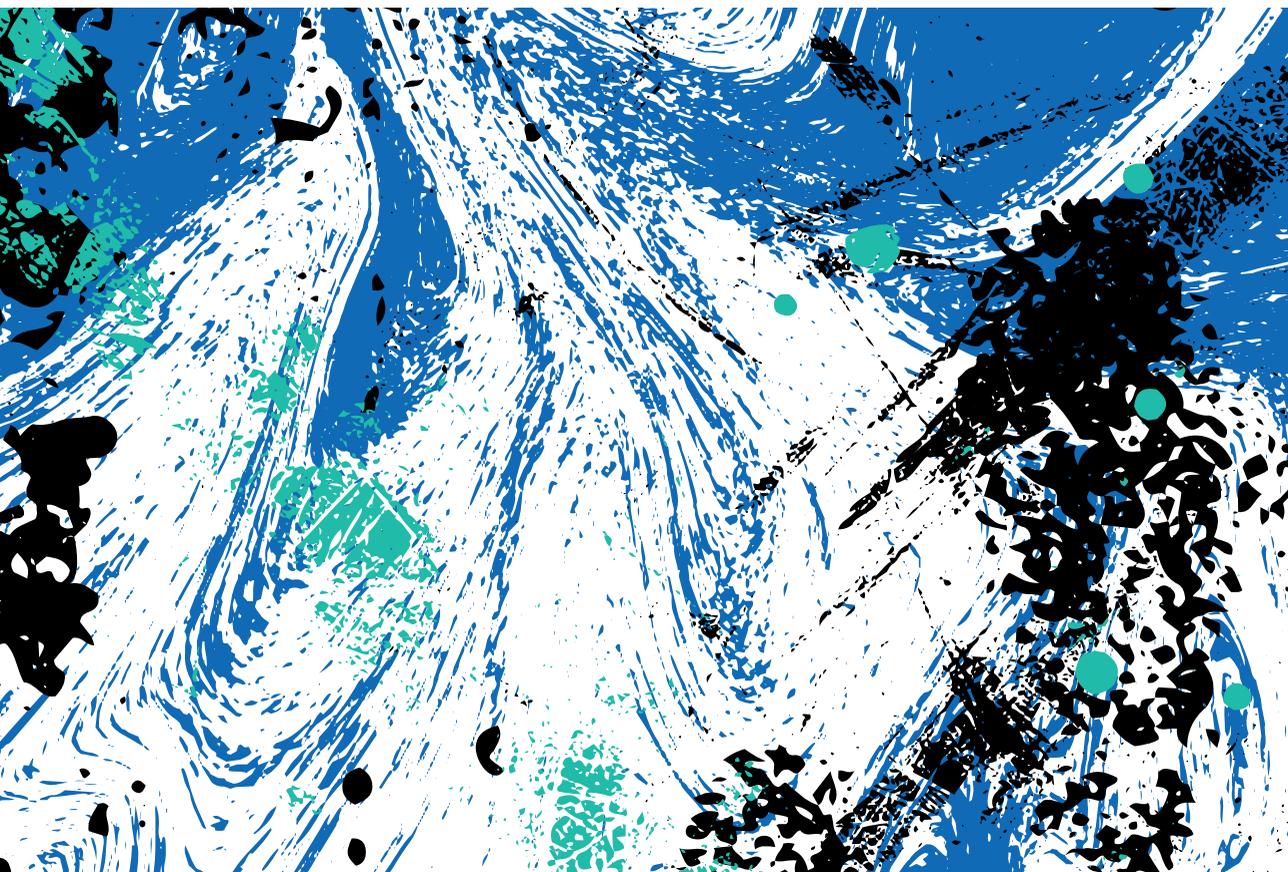


URÍA  
MENÉNDEZ

FUNDACIÓN  
PROFESOR URÍA

OBSERVATORIO DE  
**DERECHOS HUMANOS**

Informe 2024





URÍA  
MENÉNDEZ

 FUNDACIÓN  
PROFESOR URÍA

**OBSERVATORIO  
DE  
DERECHOS HUMANOS  
INFORME 2024**

**PEDRO CRUZ VILLALÓN**  
VOLUNTARIOS DE LA FUNDACIÓN  
PROFESOR URÍA

**COORDINACIÓN**  
**BERNAT DOMEYÓ FAURÓ**

**PRÓLOGO**  
**JOSÉ MARÍA SEGOVIA CAÑADAS**

Observatorio de Derechos Humanos de la Fundación Profesor Uría  
Informe 2024

© Fundación Profesor Uría  
Príncipe de Vergara, 187  
Plaza de Rodrigo Uría  
28002 Madrid

Depósito Legal: M-26650-2024

Revisor textual:

José Antonio González Salgado  
Asesor Lingüístico de Uría Menéndez

Diseño de cubierta:

Mónica López Fernández  
Diseñadora gráfica de Uría Menéndez

Diseño e impresión: EnBobina

La Fundación Profesor Uría autoriza la reproducción, distribución, comunicación pública y puesta a disposición al público del Informe para cualquier uso que no sea comercial o publicitario, siempre cuando se cite la fuente y reconozca la autoría.

## ÍNDICE DE ABREVIATURAS

<b>ACNUR</b>	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados
<b>AGE</b>	Administración General del Estado
<b>AN</b>	Audiencia Nacional
<b>Art.</b>	Artículo
<b>BOE</b>	Boletín Oficial del Estado
<b>CC</b>	Código Civil
<b>CDN</b>	Convenio de los Derechos del Niño
<b>CE</b>	Constitución Española
<b>CEDAW</b>	Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979
<b>CEDH</b>	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales
<b>CETI</b>	Centro de Estancia Temporal de Inmigrantes
<b>CIE</b>	Centro de Internamiento de Extranjeros
<b>CP</b>	Código Penal
<b>DGRN</b>	Dirección General de los Registros y el Notariado
<b>FFCCSE</b>	Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado
<b>FD</b>	Fundamento de Derecho
<b>ICR</b>	Informe de Reconocimiento de Residencia
<b>INE</b>	Instituto Nacional de Estadística

<b>LJG</b>	Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita
<b>LBRL</b>	Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local
<b>LECrim</b>	Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal
<b>LODP</b>	Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo
<b>LOE</b>	Ley orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación
<b>LOEX</b>	Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social
<b>LOHC</b>	Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de “Habeas Corpus”
<b>LOPVI</b>	Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia
<b>LOPJM</b>	Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil
<b>LPACAP</b>	Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas
<b>LRJSP</b>	Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público
<b>ONG</b>	Organización No Gubernamental
<b>ROEX</b>	Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social
<b>RPDTEL</b>	Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales
<b>TC</b>	Tribunal Constitucional
<b>TEDH</b>	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
<b>TJUE</b>	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
<b>TS</b>	Tribunal Supremo

# ÍNDICE

<b>PRÓLOGO</b> .....	13
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	17
<b>I. POSIBLES RESTRICCIONES A LA EFECTIVIDAD DEL DERECHO A LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA EN SITUACIONES DE DEVOLUCIÓN O EXPULSIÓN DE PERSONAS EXTRANJERAS ...</b>	39
1. INTRODUCCIÓN .....	39
2. MARCO JURÍDICO APLICABLE.....	41
2.1. Derecho de asistencia jurídica gratuita para las personas extranjeras .....	41
2.2. Regulación del derecho a la asistencia jurídica gratuita en supuestos de devolución o expulsión de personas extranjeras en territorio español .....	45
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 .....	48
3. LA APLICACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO POR LOS TRIBUNALES.....	50
3.1. Doctrina constitucional más reciente .....	50
3.2. Pronunciamientos judiciales prevalentes que podrían apartarse de la doctrina constitucional más reciente .....	53
4. CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS DE PROPUESTAS DE ACTUACIÓN .....	56
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.....	56

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 .....	57
4.3. Posibles vías para remediar los incumplimientos detectados....	58
<b>II. EL DERECHO A LA ATENCIÓN SANITARIA DE LAS PERSONAS INGRESADAS EN CENTROS DE INTERNAMIENTO DE EXTRANJEROS.....</b>	<b>65</b>
1. INTRODUCCIÓN .....	65
2. MARCO JURÍDICO APLICABLE.....	67
2.1. La normativa aplicable a los CIE.....	67
2.2. El internamiento en los CIE como medida cautelar para asegurar la ejecución de una orden de expulsión .....	68
2.3. El derecho a la asistencia sanitaria en el ámbito de los CIE.....	69
2.4. La competencia y la prestación del servicio de asistencia sanitaria en los CIE .....	71
3. LA APLICACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO POR LOS TRIBUNALES Y OTRAS INSTITUCIONES.....	72
3.1. Los informes de instituciones y organizaciones nacionales e internacionales .....	73
3.2. Las resoluciones y acuerdos de los jueces de Control de los CIE.....	78
3.3. El reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la AGE por la prestación sanitaria insuficiente en los CIE: el caso de la Sra. SM.....	80
4. CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS DE PROPUESTAS DE ACTUACIÓN .....	85
<b>III. PROTECCIÓN INTERNACIONAL POR PERSECUCIÓN POR RAZONES DE GÉNERO .....</b>	<b>89</b>
1. INTRODUCCIÓN .....	89
2. MARCO JURÍDICO APLICABLE.....	91
2.1. Normativa reguladora del derecho a la protección internacional por cuestiones de género a nivel internacional .....	91
2.2. Normativa reguladora del derecho a la protección internacional por cuestiones de género a nivel del Consejo de Europa .....	93

## ÍNDICE

2.3. Normativa reguladora del derecho a la protección internacional por cuestiones de género a nivel de la Unión Europea .....	94
2.4. Normativa reguladora del derecho a la protección internacional por cuestiones de género a nivel nacional .....	98
<b>3. LA APLICACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO POR LOS TRIBUNALES.....</b>	<b>101</b>
3.1. El requisito de concurrencia de temores fundados de persecución por razón de género y acreditación de los elementos personales del caso .....	101
3.1.1. El requisito de acreditación de elementos personales relativos al caso concreto en materia de persecución por razón de género .....	101
3.1.2. Hacia una protección fundada únicamente por motivos de género sin necesidad de una singular acreditación de las circunstancias del caso: la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 4 de octubre de 2024, en los asuntos acumulados C-608/22 y C-609/22 .....	104
3.2. Persecución operada por personas privadas, a través de conductas de violencia de género prohibidas por la legislación del país de origen .....	111
3.2.1. Persecución operada por agentes no estatales y posibilidad de huida interna .....	111
3.2.2. Sobre la coincidencia entre los motivos de persecución y los motivos por los que se deniega la protección.....	117
3.3. Medidas de protección frente a la persecución por motivos de género cuando las personas solicitantes se encuentran fuera de España .....	118
<b>4. CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS DE PROPUESTAS DE ACTUACIÓN.....</b>	<b>119</b>
<b>IV. NIÑOS INVISIBLES Y APÁTRIDAS: DERECHO A LA IDENTIDAD Y A LA NACIONALIDAD .....</b>	<b>123</b>
1. INTRODUCCIÓN .....	123
2. MARCO JURÍDICO APLICABLE.....	124
2.1. Principios generales: reconocimiento del derecho de los niños a la identidad y a la nacionalidad (Convención sobre los Derechos del Niño) .....	124

2.2. Definición de persona apátrida (Convención sobre el estatuto de los apátridas) .....	126
2.3. El reconocimiento en origen de la nacionalidad española para evitar supuestos de apatridia infantil (artículo 17 del Código Civil).....	127
2.4. El principio del interés superior del menor como consideración primordial al adoptar decisiones sobre menores de edad (CDN y Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor) .....	129
<b>3. LA APLICACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO POR LOS TRIBUNALES.....</b>	<b>130</b>
3.1. Sentencia n.º 341/2022 de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa: reconocimiento a una niña invisible y apátrida del derecho a la inscripción del nacimiento en el registro civil español y del derecho a la nacionalidad española en origen...	130
3.1.1. Antecedentes de hecho .....	130
3.1.2. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de San Sebastián.....	131
3.1.3. La sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa..	132
3.2. Auto del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Montilla, de 15 de octubre de 2021: reconocimiento del derecho a inscripción del nacimiento de una niña invisible en el Registro Civil de España .....	134
3.3. Auto del Registro Civil de Roquetas de Mar, de 13 de noviembre de 2023.....	136
<b>4. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE ACTUACIÓN .....</b>	<b>137</b>
<b>V. INFANCIA SEPARADA: MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE NIÑOS QUE LLEGAN A ESPAÑA ACOMPAÑADOS DE ADULTOS QUE NO SON SUS PROGENITORES .....</b>	<b>143</b>
1. INTRODUCCIÓN .....	143
2. MARCO JURÍDICO APLICABLE.....	146
2.1. Instrumentos establecidos en la legislación de protección de menores: actuación inmediata, situación de riesgo, declaración de desamparo y otras medidas de guarda .....	146
2.2. Sobre la medida de separación automática del niño separado respecto de la persona adulta que lo acompaña.....	149

## ÍNDICE

2.3. Principios que deben modular la aplicación de las medidas de protección previstas en la legislación y, en concreto, la medida de separación automática.....	151
2.3.1. Principio del interés superior del menor y el derecho a ser escuchado: la Convención sobre los Derechos del Niño.....	151
2.3.2. Derecho a la vida en familia: Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales .....	152
2.3.3. Principio de proporcionalidad: búsqueda de medidas menos gravosas para el menor .....	154
2.4. Instituciones de la legislación civil en materia de infancia: guarda de hecho y tutela .....	154
2.4.1. La guarda de hecho.....	154
2.4.2. La tutela.....	156
3. LA APLICACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO POR LOS TRIBUNALES Y OTRAS INSTITUCIONES.....	157
3.1. Expediente de Protección de Menores en Situación de Riesgo 2649/2023 de la Fiscalía Provincial de Las Palmas, archivado por la existencia de apego del menor con la persona adulta que lo acompaña .....	157
3.2. Expediente de Protección de Menores en Situación de Riesgo 307/2024 de la Fiscalía Provincial de Las Palmas, archivado ante la ausencia de indicadores de riesgo .....	158
3.3. Auto 86/2023, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Montilla (Córdoba) en el que se acuerda reconocer la guarda de hecho a una mujer adulta de un menor de edad (su hermano) y atribuirle las funciones propias de la tutela.....	159
3.4. Auto 3/2024, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Montilla (Córdoba) y Juzgado de Violencia sobre la Mujer en el que se acuerda constituir la tutela de una menor de edad a favor de una mujer adulta (que no es su madre biológica), atribuyéndole todas las funciones propias de la tutela .....	160
4. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE ACTUACIÓN .....	161

<b>VI. PROTECCIÓN DE MENORES TUTELADOS RESIDENTES EN CENTROS DE PROTECCIÓN ANTE SITUACIONES DE VIOLENCIA SEXUAL .....</b>	<b>165</b>
1. INTRODUCCIÓN .....	165
2. MARCO JURÍDICO APLICABLE.....	167
2.1. Introducción.....	167
2.2. Marco supranacional .....	168
2.3. Regulación estatal .....	170
2.4. Medidas autonómicas adoptadas tras la entrada en vigor de la LOPIVI.....	173
3. LA APLICACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO POR LOS TRIBUNALES.....	179
3.1. Introducción.....	179
3.2. Responsabilidad penal.....	179
3.3. Responsabilidad civil.....	181
3.4. Responsabilidad patrimonial de la Administración.....	184
4. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE ACTUACIÓN .....	187
<b>VII. LAS DIFICULTADES DE EMPADRONAMIENTO DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE SIN HOGAR.....</b>	<b>191</b>
1. INTRODUCCIÓN .....	191
2. MARCO JURÍDICO APLICABLE.....	193
2.1. Consideración previa sobre el padrón municipal.....	193
2.2. Marco normativo del acceso al padrón municipal.....	194
2.3. Trabas administrativas que encuentran las personas en situación de sin hogar.....	196
3. LA APLICACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO POR LOS TRIBUNALES.....	198
4. CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS DE PROPUESTAS DE ACTUACIÓN.....	201
<b>VIII. BIBLIOGRAFÍA CITADA.....</b>	<b>205</b>
<b>IX. RELACIÓN DE JURISPRUDENCIA CITADA.....</b>	<b>211</b>
<b>X. RELACIÓN DE NORMATIVA CITADA.....</b>	<b>217</b>

# PRÓLOGO

JOSÉ MARÍA SEGOVIA CAÑADAS  
*Presidente de la Fundación Profesor Uría*

Tengo el placer de presentar el primer *Informe del Observatorio de Derechos Humanos de la Fundación Profesor Uría*, que tiene por objeto analizar cómo nuestro ordenamiento y los tribunales en su aplicación tratan ciertas materias concretas de derechos humanos que afectan a grupos vulnerables de nuestra sociedad.

Desde su constitución en el año 2005, la Fundación Profesor Uría ha tenido una misión muy clara: poner todos sus recursos al servicio de los colectivos más débiles y necesitados. Para ello, en la Fundación Profesor Uría fomentamos el voluntariado entre las personas de Uría Menéndez con el fin de promover en nuestra sociedad la justicia, la solidaridad, la tolerancia, los derechos humanos y los valores democráticos. Desarrollamos nuestra labor realizando distintas actuaciones (asesoramiento jurídico gratuito —*pro bono*—, educación, acción social y fomento de la cultura) y nos centramos en ámbitos sociales de actuación que consideramos prioritarios (infancia, juventud, extranjeros, reclusos y otros grupos en situación de vulnerabilidad).

Uno de los objetivos principales de la Fundación Profesor Uría es fomentar el estudio del Derecho. Fieles a la memoria del profesor Rodrigo Uría González, en la Fundación tenemos la firme convicción de que el estudio de nuestro ordenamiento jurídico resulta fundamental para defender los valores de convivencia que deben regir nuestra sociedad y que resultan imprescindibles para proteger a los colectivos más vulnerables.

En este contexto, la Fundación Profesor Uría ha promovido la creación de una práctica *pro bono* de derechos humanos en Uría Menéndez. Persigue, entre otros objetivos, la obtención de precedentes e innovaciones jurídicas en favor de personas y colectivos que, muchas veces, son invisibles para nuestro ordenamiento jurídico. Con ello se pretenden reforzar los derechos de estas personas

vulnerables, facilitar su acceso a la justicia y colmar lagunas jurídicas que les afectan. La experiencia ha demostrado que el trabajo en equipo de abogados voluntarios de Uría Menéndez —de todas las áreas de práctica, oficinas y antigüedades— puede lograr cambios relevantes para la vida de estas personas, con efectos para otros casos futuros. Esta es una muestra del compromiso de la Fundación y de Uría Menéndez con nuestro Estado de derecho y con el avance de la justicia.

En coherencia con lo anterior, en el año 2023, a iniciativa de Romana Sadržska —anterior vicepresidenta ejecutiva de la Fundación— y bajo la coordinación de Bernat Domeyó Fauró —abogado de Uría Menéndez—, se creó el Observatorio de Derechos Humanos de la Fundación Profesor Uría. El Observatorio tiene por objeto estudiar la respuesta que nuestro ordenamiento jurídico y nuestros tribunales dan a ciertos problemas concretos que afectan a los derechos humanos. En particular, en el Observatorio se identifican problemas reales que afectan a los derechos humanos de grupos sociales vulnerables, en especial, en ámbitos incipientes y de menor desarrollo por parte de la doctrina y la jurisprudencia. Y posteriormente se analiza la respuesta que dan los tribunales en aplicación del ordenamiento jurídico cuando enjuician estas problemáticas. Todo ello con el objetivo de observar, analizar y valorar aquellas sentencias y resoluciones judiciales que resulten necesarias para entender y tratar los problemas que afrontan estos colectivos vulnerables, que muchas veces no reciben la atención merecida.

El Observatorio de Derechos Humanos de la Fundación Profesor Uría está conformado por un grupo de voluntarios de Uría Menéndez, integrado por abogados y otros profesionales. En total, este último año más de cincuenta voluntarios han participado en el trabajo desarrollado por el Observatorio. El interés, esfuerzo y dedicación de este grupo son los elementos fundamentales sobre los que gira el gran trabajo que viene realizando el Observatorio. A su vez, la motivación y pasión volcadas por los voluntarios en este proyecto garantizan que el magnífico trabajo realizado hasta la fecha se mantenga en los años venideros. Por esta razón, quiero aprovechar estas líneas para expresar mi profundo agradecimiento a todos los voluntarios que conforman el Observatorio.

El Observatorio también tiene la suerte y el privilegio de contar con la colaboración de una autoridad jurídica española de primerísimo nivel como es D. Pedro Cruz Villalón, catedrático de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. El que fuera presidente del Tribunal Constitucional y abogado general del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha formado parte del Observatorio desde las primeras sesiones de trabajo, y su actuación, coordinación y liderazgo han resultado esenciales. Su participación en el proyecto ha sido fundamental para enriquecer y

elevant la calidad del trabajo que realiza el Observatorio atendiendo a su vasta experiencia y profundo conocimiento del Derecho. Pero, además, su participación en el proyecto supone una inspiración para todos los voluntarios, para quienes el profesor Cruz Villalón constituye una fuente constante de motivación y aprendizaje.

Por último, no puedo dejar de destacar la relevancia que tiene para el Observatorio el conjunto de las ONG, asociaciones, entidades públicas y privadas con las que los voluntarios han colaborado en el marco de este proyecto. El Observatorio se creó para analizar problemas reales que afectarían a grupos sociales vulnerables. A pesar de que, lamentablemente, estos problemas son incontables, muchas veces no resulta fácil poder localizarlos o identificarlos debidamente. Para ello resultó fundamental contar con la colaboración de estas entidades, que, gracias a su magnífica labor y esfuerzo, conocen de primera mano los problemas que se querían tratar en el Observatorio. Su contribución ha sido esencial para el desarrollo de este trabajo y, por ello, quiero expresar mi sincero agradecimiento a todas estas entidades que han colaborado con el Observatorio de Derechos Humanos de la Fundación Profesor Uría.

El trabajo realizado en el último año por los voluntarios del Observatorio, con la inestimable colaboración y el liderazgo del profesor Cruz Villalón, se plasma en el informe que sigue a este prólogo.

El informe se compone de una magnífica introducción elaborada por Cruz Villalón. En esta presentación del informe se realiza una brillante exposición sobre los derechos humanos tanto para destacar su complejidad como para poner en valor su relevancia en tanto que constituyen una premisa y elemento básico de nuestro ordenamiento jurídico. A la vez, este riguroso análisis de los derechos humanos le sirve al autor para introducir y valorar los distintos capítulos que conforman el informe.

A continuación, el informe está compuesto por siete capítulos en los que se tratan los distintos asuntos en los que el Observatorio ha estado trabajando en el último año. Para cada uno de estos capítulos, se realiza una introducción de la problemática en cuestión, se analiza la regulación aplicable, así como las principales resoluciones judiciales que tratan cada una de las casuísticas, y se ofrece una valoración final.

En la edición de este año, el informe se ha centrado en tratar algunos problemas que afectan principalmente a dos grupos sociales vulnerables: las personas extranjeras y los menores. En particular, en esta edición se tratan temas como la asistencia jurídica gratuita en las situaciones de devolución o expulsión de personas extranjeras; la atención sanitaria de las personas ingresadas en centros de internamiento de extranjeros; la protección internacional

cuando se producen persecuciones por razones de género; el derecho a la identidad y a la nacionalidad de los niños invisibles y apátridas; las medidas de protección de los niños que llegan acompañados de adultos que no son sus padres; la protección ante situaciones de violencia sexual de los menores tutelados residentes en centros de protección; o las dificultades de empadronamiento de las personas en situación de sin hogar.

En definitiva, este informe es el resultado de un esfuerzo colectivo que busca arrojar luz sobre las diversas problemáticas en materia de derechos humanos con las que se encuentran algunos grupos sociales vulnerables de nuestra sociedad.

# INTRODUCCIÓN

PEDRO CRUZ VILLALÓN

*Catedrático de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho  
de la Universidad Autónoma de Madrid*

Los trabajos que se reúnen en este primer Informe del Observatorio de Derechos Humanos de la Fundación Profesor Uría, uno por uno considerados, no necesitan presentación alguna. Lo que se cuenta en cada uno de ellos es transparente: la presencia de niños *invisibles*, en tanto su misma existencia no consta en registro alguno; la de adultos, en el otro extremo, que de forma no muy diferente podríamos calificar de *desempadronados*, ante la dificultad que encuentran para indicar un domicilio en su respectivo lugar de residencia: de un modo u otro, el Derecho no reconoce ni a unos ni a otros. Con la misma fuerza se imponen los casos reflejados en estos trabajos de violencia sexual en centros de acogida de menores; o, tratándose de adultos, los de las mujeres que huyen de sus países de origen, maltratadas por su sola condición de tales; o aun de quienes huyen de un permanente maltrato en su país en razón de su orientación sexual. Si por ello solamente fuera, escasa presentación necesita este Informe.

La cuestión cambia cuando el Informe se toma en su conjunto para prestar atención a lo que las situaciones aquí analizadas comparten. Desde la perspectiva jurídica que aquí importa, en seguida se comprueba cómo todas ellas reflejan una respuesta como mínimo deficitaria del Derecho, y por consecuencia del Estado de Derecho, a la hora de enfrentar eficazmente esas diversas situaciones. En todas se revela un fracaso, en ocasiones puntual pero en todo caso sintomático, de los instrumentos jurídicos que hubieran debido evitarlas. La coincidencia, sin embargo, entre las situaciones aquí reflejadas tiene una relevancia mayor. En todas ellas, en efecto, se ve afectada una categoría básica de nuestra cultura, los Derechos Humanos.

El presente Informe, como se espera de la labor de un Observatorio con esta vocación, ha rastreado una serie de situaciones cuando menos problemáticas

desde esta perspectiva de los Derechos Humanos, poniendo particular énfasis precisamente en el comportamiento tanto de nuestro Derecho como de su propia aplicación, para concluir en cada uno de ellos con propuestas dirigidas a su rectificación. El examen de conjunto de las cuestiones tratadas en el Informe permitiría formular ya algunas consideraciones al respecto. No obstante, me parece oportuno, por lo que en seguida diré, no proceder a ello de manera inmediata.

## 1. LOS DERECHOS HUMANOS

Los Derechos Humanos se encuentran tan presentes en nuestro lenguaje diario, tan asumida se encuentra su legitimidad que la sola idea de renegar de los mismos sería vista como un regreso a la barbarie. A la vez, sin embargo, esta indiscutible legitimidad de los Derechos Humanos ha ocultado la problematización conceptual de la categoría, en el sentido de que sobraría preguntarse por lo que propiamente son. Este planteamiento, sin embargo, acaso válido en otros contextos, no me parece justificado en el caso presente.

Para quien, desde hace ya demasiados años, ha dedicado su atención, no a la categoría Derechos Humanos, sino a la categoría, ‘ligeramente diferente’ de Derechos Fundamentales, abordar la presentación del Informe de un Observatorio de Derechos Humanos supone un reto considerable. El constitucionalismo que arranca de los ya lejanos años de la Segunda Posguerra ha centrado una parte de su esfuerzo en elaborar una dogmática de los Derechos Fundamentales, dicho de otro modo, se ha centrado en aislar, a partir de la categoría evidentemente más amplia de Derechos Humanos, un núcleo rodeado de efectivas garantías que, juntas, le confieren especial fuerza normativa.

Es así como los constitucionalistas de profesión nos hicimos especialistas de los Derechos Fundamentales, como la zona privilegiada en esta materia por el Ordenamiento, con el consiguiente olvido de esa otra que en su día les diera el ser y, lo que es más importante, con la que sigue obligada a entenderse, por así decir. La ascendencia alcanzada por el Derecho constitucional tanto en el Derecho público como también en el Derecho privado ha tenido la consecuencia de arrastrar la atención a los Derechos Fundamentales con el descuido de la categoría que en este momento nos ocupa. Parece así haberse impuesto la idea de que los Derechos Humanos están suficientemente bien donde están, es decir, en la preocupación de los filósofos del Derecho<sup>1</sup>, con la notable compañía, a nivel positivo, del Derecho internacional humanitario<sup>2</sup>. Mientras tanto, de puertas adentro, son los Derechos Fundamentales los que parecen reinar soberanos.

---

1. Francisco Laporta, Sobre el concepto de derechos humanos, *Doxa* 4 (1987), 23-46.

2. Sarah Jäger/Stefan Oeter (Hs), *Menschenrechte und humanitäres Völkerrecht. Eine Verhältnisbestimmung*, Springer, 2019.

Sin embargo, los Derechos Humanos tienen, para empezar, su propia presencia en la Constitución. Están ya en su Preámbulo, por más que en un pasaje no enteramente feliz, cuando proclama la voluntad de la Nación española de “proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos”, con una formulación por tanto bien alejada de la universalidad que es propia de estos derechos. Esta defectuosa aparición es sin embargo compensada por el artículo 10, verdadero preámbulo del Título I, cuando declara que “(1) a dignidad de las personas, los derechos inviolables que le son inherentes...son fundamento del orden político y de la paz social”. Ahora bien, más allá de esta proclamación, el precepto que otorga relevancia de primer orden a los Derechos Humanos es el apartado segundo de este mismo artículo, que conviene reproducir por entero: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Estas puntuales apariciones en la Constitución reclaman ya al menos un intento de depuración de la categoría Derechos Humanos.

Hace tiempo me planteé como pregunta “de qué hablamos cuando hablamos de Derechos Fundamentales”<sup>3</sup>. Mi respuesta de entonces, articulada con base en nuestra entonces joven Constitución, se resume así. Por Derechos Fundamentales debe entenderse el grupo de Derechos Humanos capaces de imponerse efectivamente al legislador democrático; en consecuencia, esencialmente, los contenidos en el Capítulo II de su Título I, y no solamente los protegidos por el recurso de amparo. Esta noción, más allá de las circunstancias específicas del momento, es la prevalente en el Derecho comparado. En suma, la idea de Derechos Fundamentales va asociada a la de auténtica eficacia normativa de los Derechos Humanos.

Llegados a este punto, la pregunta es evidente: ¿tiene sentido preguntarse igualmente “de qué hablamos cuando hablamos de Derechos Humanos”? La respuesta es menos evidente de lo que parece si lo que se plantea detrás de ella es si la tarea puede emprenderse con perspectivas de éxito. Ya lo veremos. Pero en línea de principio y desde una perspectiva teórica la respuesta es clara. Ahora bien ello por sí solo no legitimaría su tratamiento en este lugar. Abordar este problema quizá no sea primordial cuando la preocupación por los Derechos Humanos viene absorbida por la acción, por la urgencia en la reacción frente a vulneraciones flagrantes de los mismos: es esa frecuentemente la vocación de otros Observatorios de Derechos Humanos. Por el contrario, cuando la perspectiva, como es aquí el caso, es señaladamente jurídica, es decir, cuan-

---

3. Pedro Cruz Villalón, “Formación y evolución de los derechos fundamentales, en, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 25 (1989), 35-62.

do la preocupación se desplaza hacia los instrumentos que el Derecho pone a disposición de los Derechos Humanos, insistiendo particularmente en los déficits de este Derecho, resulta como mínimo importante partir de una cierta claridad conceptual a su respecto.

Situándonos en el contexto que jurídicamente nos corresponde, debemos comenzar constatando cómo, desde hace 15 años, el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea (TUE) declara que los Derechos Humanos son un *valor*, un valor de la Unión que se declara inmediatamente como común a los Estados miembros. Procediendo así, el ordenamiento jurídico de la UE da entrada, en su nivel más alto, a una categoría básica de nuestro modo de imaginar nuestra comunidad política. No es imprescindible entrar en esta sede en el cambio semántico que supuso en 2009 la designación como valores de lo que hasta entonces eran designados como *principios* de la Unión. Señalemos simplemente cómo el número de esos valores resultaba incrementado, a la vez que pasaban a situarse en la cabecera misma del Derecho primario de la Unión, inmediatamente después de la presentación de ésta llevada a cabo en el artículo 1º. Este lenguaje de ‘valores’ no es desde luego inédito en el constitucionalismo comparado, baste recordar el art. 1º CE. Otra cosa es la relevancia que la categoría ha adquirido en la Unión en los últimos años. De dos maneras nos interesa esta inclusión de los Derechos Humanos como uno de los valores en los que se fundamenta la Unión Europea y que son comunes a los Estados miembros.

En primer lugar, en lo que tiene de formulación en singular. Pues la expresión Derechos Humanos no alude sólo a una variedad de derechos individuales cuanto, antes que eso, a una categoría básica de la cultura política y constitucional de nuestras sociedades por más que por medio de un plural que puede ser engañoso. El sintagma Derechos Humanos representa una noción tan unitaria como pueda serlo la de otros valores enunciados en el referido precepto, como puedan ser Democracia, Estado de Derecho o, para empezar, Dignidad Humana. Formulado con la inevitable abstracción, Derechos Humanos viene a designar un modo de concebir la posición de la persona individual en la sociedad en la que se integra, caracterizado en primer lugar por la noción de autonomía y a partir de ahí por el reconocimiento de lo que llamamos un estatus plasmado en una pluralidad de posiciones subjetivas dotadas de una propia capacidad de resistencia frente a las instancias de poder públicas, sin ignorar en absoluto a las privadas. Y porque ese estatus es complejo, la fórmula se expresa en el plural de unos derechos *nominatim* singularizados. Es en este sentido también como los Derechos Humanos son calificados repetidamente de *indivisibles*<sup>4</sup>.

---

4. Albert Noguera Fernández, ¿Derechos Fundamentales, fundamentalísimos o, simplemente derechos? El principio de indivisibilidad de los derechos en el viejo y el nuevo constitucionalismo, en, *Derechos y libertades*, 21, II (2009), 117-147.

Al mismo tiempo, y ya de modo más concreto, esta calificación que hace el Derecho de la Unión de los Derechos Humanos como valor ha adquirido singular relevancia en los últimos años como consecuencia de una jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE que arranca del asunto *Juízes Portugueses*<sup>5</sup>. Esta trascendental jurisprudencia, como así cabe calificarla, ha dotado de eficacia jurídica inmediata a estos valores europeos de manera genérica, por más que por el momento ceñido al valor Estado de Derecho y sin capacidad por el momento para fundar autónomamente una declaración de vulneración del Derecho de la Unión. Su primer efecto ha sido el de propiciar la asunción por el Tribunal de Justicia de la UE de la función de garante de la independencia judicial en cada uno de los Estados miembros. Esta jurisprudencia importa a nuestros efectos desde el momento en que deja la puerta abierta a una eventual proclamación de fuerza normativa directa de los restantes valores declarados en el reiterado art. 2 TUE, sin excluir por supuesto el de Derechos Humanos: sin ir más lejos y como veremos, a la hora de interpretar el alcance de las disposiciones relativas a la acción exterior de la Unión.

Dicho esto, importa incorporar aquí una consideración acerca de otro de los valores declarados en el art. 2 TUE dada su intensa trabazón con los Derechos Humanos: el valor Dignidad Humana, alternativamente designado como Dignidad de la persona, o simplemente Dignidad. También ella constituye una de las categorías básicas de nuestra cultura jurídica contemporánea. Ambos valores se encuentran en tan íntima conexión que lo menos complicado para dilucidar el significado del segundo es remitirlo al primero. Es así como decimos con frecuencia que la Dignidad de la persona es el fundamento de los Derechos Humanos. Sin embargo, también es lícito decir que los Derechos Humanos son la expresión más auténtica de la Dignidad de la persona. Tendremos ocasión aun de comprobar la aparición constante de este valor. Pero en resumen podemos decir que, a día de hoy, Derechos Humanos y Dignidad como valores de la UE se sitúan en la cabecera de nuestra cultura constitucional<sup>6</sup>.

En particular el valor Derechos Humanos no se queda en ese único nivel de abstracción. El contraste en este punto es grande con otro de los valores que el art. 2 TUE consagra, el ya mencionado de Estado de Derecho. En tanto este último, al menos en el Derecho primario de la UE, carece de mayor especificación de su contenido, cosa distinta ocurre con los Derechos Humanos. Para empezar, éstos se definen repetidamente como universales o inalienables, con las consecuencias que en seguida veremos. Por otra parte, como una cuestión de princi-

---

5. Asunto *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* (C-64/16), de 27 de febrero de 2018 (ECLI:EU:C:2018:117).

6. Jürgen Habermas, La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44 (2010), 105-121.

pio, los Derechos Humanos, desde sus primeras formulaciones, han adquirido concreción en una serie de derechos y libertades expresados en un lenguaje característicamente lapidario pero al mismo tiempo rotundo en su claridad: son las ‘Declaraciones’, como el término que más propiamente les cuadra.

Los Derechos Humanos son, pues, objeto de “declaración”, siendo esta categoría plenamente consonante con los atributos a que antes hacíamos referencia: Universales e inalienables. Son atributos que van implícitos en el calificativo con el que estos derechos nacieron, derechos humanos, derechos ‘del hombre’ en su formulación clásica. Derechos ‘humanos’ significa que su titularidad se encuentra estricta y exclusivamente vinculada a la condición de ser humano. Esto los hace, a la vez e inmediatamente, universales e inalienables: universales en el sentido de que existen de manera desligada de cualquier decisión de una comunidad política determinada; inalienables, en paralelo, en el sentido de excluir su privación o pérdida por obra de cualquier poder público. La creencia o, si se quiere, la convicción es que esto sólo puede ser legítimamente así.

La conclusión casi inevitable es que, a la hora de dotar de concreción jurídica y en su caso de garantía a los Derechos Humanos la sede privilegiada es el Derecho Internacional. Privilegiando, en efecto, la concreción de estos derechos a partir del consenso entre Estados se asume la autoridad prevalente de la comunidad internacional en esta materia. Es el Derecho de los Derechos Humanos como Derecho Internacional Humanitario. Es así como, sustrayéndose a la sola voluntad de cada Estado integrante de la comunidad internacional, los Derechos Humanos encuentran en el Derecho Internacional un espontáneo cauce jurídico de penetración en el Ordenamiento. De este modo los Estados se autovinculan a los Derechos Humanos.

A la hora de la concreción de los Derechos Humanos debemos arrancar de un documento por sí mismo extraordinario cual es la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 (DUDH) que, junto con los dos Pactos Internacionales de 18 años más tarde, configura la estrella polar que guía a la comunidad internacional en su respeto a estos derechos<sup>7</sup>. Como rezan las primeras líneas de esta Declaración, la “dignidad intrínseca y los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana” constituyen “la base de la libertad, de la justicia y de la paz en el mundo”. La Constitución española, ya se ha visto, ha singularizado la trascendencia de este excepcional documento al erigirlo en guía primordial en la interpretación de los derechos y libertades que ella misma reconoce.

---

7. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 19 de diciembre de 1966.

Es así como la noción de Derechos Humanos, en cuanto plasmada en esta Declaración, hace entrada en nuestro Ordenamiento. No obstante, no sobra aquí la observación de que los Derechos Humanos, por su propia naturaleza, configuran una categoría que no se agota en declaración alguna, por universal y trascendental que sea. Podríamos decir que se trata de una categoría dotada de su propio dinamismo interno, en una posición de autonomía respecto de cualquier traducción jurídica.

Dejando de lado por un momento el caso de los convenios de alcance territorial más restringido, a partir de esta Declaración Universal y de estos Pactos internacionales de cabecera se desarrolla el inmenso campo de los convenios sectoriales, como pueda ser el Convenio de Ginebra o la Convención de los Derechos del Niño, por poner un par de ejemplos con reflejo en este Informe. Esto vale tanto para la UE como para cada uno de sus Estados miembros. Como quiera que sea, en el caso de España no está de más recordar la privilegiada posición de los tratados y convenios internacionales derivada del artículo 96.1 CE.

En fin, los Derechos Humanos se despliegan de forma privilegiada en el ámbito de la acción exterior de los Estados, incluida en particular la de la Unión Europea. Así el art 21 TUE dispone que esta acción exterior se basa en una serie de principios entre los que figura “la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos”. Quiere decir que el compromiso de la Unión con los Derechos Humanos no debe ser diferente en función de hacia dónde se proyecte, el interior o el exterior. La llamada ‘condicionalidad’ es aquí la categoría por excelencia<sup>8</sup>.

A nivel continental europeo, es el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH) el documento internacional que, desde la restauración del Estado de Derecho en 1977-78 en España, relevancia más directa ha tenido en la garantía de los Derechos Humanos en España. Hay que advertir, sin embargo, que el CEDH es más que una declaración de derechos basada en un convenio internacional. El CEDH configura todo un sistema de garantía de derechos y libertades que es conjuntamente sustantivo, procesal y orgánico. Este sistema ha adquirido relevancia suficiente como para reivindicar para sí mismo carácter constitucional. Desde esta perspectiva, y adelantándonos a lo que se dirá después, conviene reconocer que este sistema supranacional de garantía de derechos ha alcanzado un desarrollo que lo aproxima al de los Derechos Fundamentales en las Constituciones de los Estados que son parte del mismo. Ello es consecuencia de una jurisprudencia

---

8. María Juliá Barceló, La proyección exterior de la identidad europea: Política comercial común y condicionalidad en materia de derechos humanos. *Cuadernos Europeos de Deusto*, 2019, num especial 02, 287-308.

del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que no va a la zaga de, señaladamente, la dictada por los tribunales constitucionales de la región.

Adicionalmente, los 27 Estados hoy miembros de la UE, como la UE misma, encuentran hoy en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CDF) la declaración de derechos en este ámbito primordialmente vigente. Nos llevaría lejos entrar en el contraste entre la CDF y la Constitución española. La CDF aventaja a nuestra Constitución en modernidad en lo que se refiere a la formulación de los Derechos. En cambio, el sistema de remedios judiciales en reivindicación de los derechos contenidos en la CDF queda ostensiblemente atrás en comparación con la mayoría de los ordenamientos nacionales y singularmente el nuestro.

En este punto conviene destacar cómo el artículo primero de la CDF declara inviolable a la Dignidad humana, dando ella nombre a todo su primer Título (“Dignidad”, sin más): es el reconocimiento de una particular conexión de la Dignidad de la persona con los primeros cinco artículos de la CDF. El derecho a la vida y a la integridad de la persona, junto a la prohibición de la tortura y de las penas y tratos inhumanos o degradantes, como finalmente de la esclavitud y del trabajo forzado, aparecen así como el núcleo irreductible de la Dignidad humana y, por consecuencia, de los Derechos Humanos.

A partir de aquí me interesa prestar atención a un doble proceso que contribuye a explicar el perfil actual de la categoría Derechos Humanos en nuestro Ordenamiento: por una parte, el proceso, ya aludido desde el principio, a partir del cual en el seno de la categoría Derechos Humanos ha cristalizado una categoría de particular fuerza normativa que usualmente designamos como Derechos Fundamentales; por otra, y en parte como consecuencia de lo anterior, el proceso que ha llevado a una ‘especialización’ de los Derechos Humanos en las situaciones que podemos calificar genéricamente de vulnerabilidad y de exclusión social. Naturalmente, nada de esto encuentra reflejo normativo expreso, teniendo el carácter de un dato empírico.

Así, en primer lugar, contaríamos con el proceso determinado por la plasmación de la categoría de los Derechos Fundamentales considerada desde el principio. Hoy día, el modo privilegiado como la noción de Derechos Humanos se integra en el Ordenamiento es a través de la construcción de los Derechos Fundamentales, su heredera directa. Esto es singularmente así tanto en los Estados miembros de la UE, como en la propia Unión. Es la Constitución, ya sea en sentido formal en el caso de los Estados miembros, ya sea en el sentido material de la Unión, la que, bajo el instrumento de los Derechos Fundamentales, articula el contenido y la garantía, en definitiva la eficacia de un núcleo fundamental de los Derechos Humanos. Dicho de otro modo, la Constitución, y en concreto la nuestra, otorga a los Derechos Fundamentales

definición y garantía y más allá de eso todo un régimen jurídico, un estatus que en su conjunto y a nivel teórico configura una dogmática perfilada de los mismos: titulares y obligados de los derechos, alcance temporal y espacial, contenido con frecuencia calificado de ‘esencial’ de cada derecho, mandato de respetar el principio de proporcionalidad en las restricciones de derechos, por citar sólo unas pocas de sus notas.

Lo anterior pone de manifiesto cómo lo esencial de esta categoría estriba en su plena inserción en la lógica de lo constitucional como máxima expresión de la autodeterminación de una comunidad política. En otros términos, los Derechos Fundamentales son materialmente Constitución y como tales producto de una decisión del poder constituyente del Estado. La consecuencia necesaria es que la Constitución les dota de la misma fuerza y de las mismas garantías de la que generalmente gozan las prescripciones constitucionales. En este sentido puede decirse que son Derechos Fundamentales los que la Constitución decide que lo sean, teóricamente en las antípodas de la nota de universalidad de los Derechos Humanos.

Esto, sin embargo, es sólo el punto de partida. En la práctica, una Constitución que aspire a ser reconocida como legítima no hará sino elevar un determinado sector de los Derechos Humanos a un nivel superior de efectividad. Pero esa coincidencia no es en modo alguno necesaria. No son escasos los ejemplos de Derechos Fundamentales que tienen su estricto origen en la decisión del constituyente, sin conexión o con una conexión débil con los derechos humanos. Baste citar en nuestro Ordenamiento el conocido caso del derecho a la herencia.

Por otra parte, no se tratará de una decisión carente de toda lógica a la hora de marcar el perímetro de este contenido nuclear como Derechos Fundamentales. Se tratará, por el contrario, de aquellos Derechos Humanos que, por su propia estructura, son susceptibles de recibir esa superior efectividad: en la práctica, se tratará de los derechos que llamamos de libertad junto a los derechos de ciudadanía. Por fin, esta comprensión de los Derechos Fundamentales se extiende a una comunidad política supranacional como es la Unión Europea, dotada como tal de una Constitución en el sentido material de la palabra. No es casual que la CDF de la Unión haya optado precisamente por este término en su cabecera.

El segundo de los procesos que contribuye a explicar la comprensión actual de los Derechos Humanos es complementario del anterior y, como él, sin traducción explícita en el Ordenamiento. No resulta fácil calificarlo pero se le puede describir provisionalmente como la dimensión social de los Derechos Humanos. Dos categorías juegan aquí un papel relevante: Derechos sociales y Dignidad de persona.

En primer lugar disponemos de un dato empírico que muestra cómo los Derechos Humanos aparecen invocados de manera reiterada en contextos de vulnerabilidad y de exclusión social<sup>9</sup>. Es un hecho atestiguado por el perfil predominante de los Observatorios de este nombre que los Derechos Humanos se manifiestan con frecuencia y preferentemente como derechos de la población más débil: de la infancia, de la vejez, de los enfermos, de los pobres sin más<sup>10</sup>, a veces en una combinación de estas circunstancias. Son éstos, en definitiva, derechos que han quedado fuera del núcleo efectivamente garantizado como Derechos Fundamentales. La redacción de los correspondientes preceptos pone de manifiesto la vaguedad de su contenido y la debilidad de sus garantías. Son los que frecuentemente calificamos de Derechos sociales y económicos.

Este dato, sin embargo, ha de ser completado en dos direcciones distintas. En primer lugar, por cuanto estas situaciones de vulnerabilidad se agravan por la afectación de Derechos Humanos que rebasan el ámbito de los Derechos sociales. Con frecuencia en estas situaciones se encuentran en peligro derechos tan básicos como el derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes, el derecho a gozar de personalidad jurídica, el derecho a no ser discriminado por razón de género, entre otros varios. En la doctrina de otros Ordenamientos próximos estos derechos son calificados de absolutos, en el sentido de encontrarse a salvo de cualquier condición o reserva, y así me referiré a ellos en esta sede.

La otra dirección a la que me referiría concierne a la categoría de Dignidad Humana. La Dignidad Humana, en efecto, desempeña una función esencial en el reforzamiento de la condición de todos estos derechos. Así, la integración de la noción de Dignidad Humana en el análisis del alcance de los referidos Derechos sociales elevan la consideración de estos derechos, permitiendo reforzar su fuerza normativa. Es claro que la Dignidad Humana sólo se invocará en situaciones particularmente extremas en lo que a estos Derechos sociales se refiere. Pero ello no resta importancia a esta vinculación de la Dignidad de la persona con las situaciones de vulnerabilidad social. Por lo demás, es claro que, cuando además están en cuestión Derechos Humanos ‘absolutos’, la implicación de la Dignidad humana se produce como cuestión de principio.

Todo esto puede ilustrarse con un par de ejemplos perfectamente conocidos: así, el TEDH fue pionero al llevar a cabo una lectura medioambiental de la inviolabilidad del domicilio<sup>11</sup>. Por su parte, en la jurisprudencia del Tri-

- 
9. Reinhard Damm, Vulnerabilität als Rechtskonzept? Rechtssystematische und medizinrechtliche Überlegungen, *Medienrecht* (2013) 31:201-214.
  10. Franz Merli, Armut und Demokratie, *Journal für Rechtspolitik*, 24 (2016), 107-115; Magdalena Pöschl, Armut und Gleichheit, *Journal für Rechtspolitik*, 24 (2016) 121-134.
  11. Caso *López Ostra c. España*, sentencia de 9 de diciembre de 1994.

bunal de Justicia de la UE cabe notar la referida a las condiciones, incluso en términos de espacio físico disponible, en los centros de reclusión en un Estado miembro ‘de emisión’ en el contexto de una euroorden<sup>12</sup>. Recentísimamente el Tribunal Constitucional ha suspendido un desahucio con fundamento en el derecho a la tutela judicial efectiva<sup>13</sup>.

Llegados al final de este largo recorrido, una primera conclusión se impone: la noción de Derechos Humanos no puede ser reducida a una categoría unívoca, es decir, de forma parecida a como lo hacemos respecto de la de Derechos Fundamentales. Con todo lo que supone de simplificación: (a) Los Derechos Humanos, en su conjunto y como categoría, constituyen en el espacio jurídico europeo un valor que es al mismo tiempo premisa y carácter básico del Ordenamiento. (b) El Derecho internacional, con prolongación en el ordenamiento de la Unión y de los ordenamientos nacionales, constituye la sede privilegiada a la hora de dotar de configuración específica a los Derechos Humanos. (c) Los Derechos Humanos en combinación con la Dignidad humana, constituyen el espacio de refugio de la vulnerabilidad y de la exclusión social. Con esta base, los Derechos Humanos se erigen en una categoría esencialmente compleja pero en todo caso constitucionalmente relevante, en el sentido de que, sin ellos, la Constitución, sea la nacional, sea en el sentido material de la de la Unión, se vería sensiblemente empobrecida. Una adecuada comprensión de los Derechos Humanos, con toda la complejidad que aquí se ha intentado presentar, debiera ayudar a calibrar el alcance de los supuestos que en este Informe son objeto de escrutinio.

## 2. EL INFORME

El Observatorio de Derechos Humanos de la Fundación Profesor Uría inaugura su actividad con un Informe basado en siete ‘catas’ efectuadas en el ingente campo de los Derechos Humanos siempre referidas a su actual estado en España. Como he venido señalando desde el principio, el Informe muestra una impronta jurídica innegable, en consonancia con su origen. En lo que sigue me mantendré apegado a esta identidad del Informe.

El Informe ofrece una estructura formal común a los distintos capítulos abordados: Un planteamiento introductorio de la materia, una exposición de la normativa y un análisis del comportamiento de las autoridades administrativas y en particular de la justicia, para concluir con algunas propuestas dirigidas a remediar o en todo caso a mejorar las situaciones correspondientes. Como

12. Asuntos *Aranyosi y Caldázar*, (C-405/15 y 659/15 PPU), sentencia de 5 de abril de 2015 (ECLI:EU:C:2016:198)

13. STC 126/2024, de 21 de octubre (*Fátima El Kmiri*).

corresponde a la actividad de un Observatorio con esta vocación, su valor añadido se sitúa en la parte referida a la actuación de los poderes públicos, la del poder judicial muy notablemente.

Lo primero que destaca en el Informe es la presencia abrumadora del fenómeno migratorio en el conjunto de los capítulos. En su inmensa mayoría, en efecto, los distintos capítulos del Informe se refieren a personas migrantes. Este es directamente el caso de la situación de la tutela judicial efectiva en los procedimientos de devolución o expulsión de extranjeros, o la referente a la situación de la atención sanitaria en los llamados C.I.E. (centros de internamiento de extranjeros). Lo mismo se diga de las solicitudes de protección internacional por razones de género, los casos recurrentes de los llamados niños “invisibles”, carentes de documentación personal alguna o, por fin el de los menores (“separados”) que han hecho su ingreso en nuestro territorio en la compañía de quienes sin embargo no son sus progenitores.

Más allá de esto, incluso en los supuestos que pueden considerarse prima facie como no específicamente referidos a la migración irregular, su vinculación con esta problemática se encuentra presente. Este es evidentemente el caso del capítulo dedicado a la protección de menores tutelados residentes en centros de protección ante situaciones de violencia sexual. Si los menores nacionales acogidos en estos centros se encuentran en situación vulnerable, tanta mayor es la desprotección de los menores migrantes. Incluso el problema de los obstáculos al empadronamiento por parte de las personas sin hogar encuentra un terreno abonado en el caso de las personas migrantes.

De todo esto ha resultado un Informe focalizado en la migración. En concreto puede decirse que son sólo algunos pocos de los muchos problemas que rodean al fenómeno migratorio. Fuera han quedado, por citar algunos otros posibles capítulos, el concerniente a las relaciones laborales, la reagrupación familiar, la inserción en el sistema educativo, la corresponsabilidad territorial en el acogimiento de los flujos migratorios, o las múltiples situaciones de discriminación en el entorno social. La transversalidad es un dato imperante en el fenómenos migratorio.

Pero aun asumiendo el carácter selectivo de las situaciones analizadas, este Informe pone en evidencia hasta qué punto es recurrente la problemática de la migración irregular cuando tratamos de los Derechos Humanos en nuestro país. Con todo, la amplitud de los campos afectados por el fenómeno migratorio muestra cómo la perspectiva de Derechos Humanos no puede aspirar a ser la única a adoptar en este ámbito, a menos de efectuar un análisis reductor o, por el otro extremo, a abocar a una comprensión del problema en el que, por así decir, todo sean derechos humanos.

La primera cuestión que el Informe trata es singular al situarse en uno de los cuantitativamente más relevantes Derechos Fundamentales, el derecho a la tutela judicial efectiva. Lo que se refleja en el hecho de que sea el único capítulo en el que la jurisprudencia constitucional hace acto de presencia. De las dos situaciones abordadas de comprobadas deficiencias en la asistencia jurídica, el procedimiento de expulsión y los trámites en la devolución de migrantes irregulares, el más preocupante es este último, en tanto el de expulsión se desarrolla con arreglo a un procedimiento administrativo que suele prolongarse en el tiempo. La devolución, por el contrario, tiene lugar de modo en principio mucho más expeditivo. Es en esta modalidad donde se plantean los dos problemas que aquí en particular se analizan, el de la presencia de abogado y el de la duración temporal de la detención hasta la efectiva devolución inmediata o el internamiento en un C.I.E. Esta es la materia abordada en la jurisprudencia constitucional aludida, en un contexto de frecuente interposición del recurso de habeas corpus.

El Informe pone de manifiesto el contraste entre la STC 103/2022, de 12 de septiembre, y la doctrina constitucional dominante (SSTC 179/00, 53/02 y sucesivas) en lo que se refiere a la superación de un enfoque puramente formal de esta asistencia jurídica. La cuestión de más interés interpretativo se refiere a la extensión o no del límite máximo de 72 horas en la duración de la referida situación de detención provisional. El lenguaje del artículo 17 CE a partir de su segundo apartado hace ver que el precepto se sitúa en el contexto de los ilícitos penales: la alusión en el apartado segundo a ‘la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos’ pone fácilmente de manifiesto que los hechos aquí aludidos tienen poco que ver con situaciones derivadas de la migración irregular. Lo mismo se diga del inciso final del último de los apartados, dedicado a la duración máxima de la prisión provisional. Todo esto sin tener en cuenta que el plazo de 72 horas de detención en dependencias policiales ya es en sí mismo extraordinario desde una perspectiva comparada, cuestión en la que no procede entrar aquí.

En conjunto, hay razones para admitir esta interpretación del plazo de detención provisional, ceñida a los ilícitos penales. No obstante, la proclamación de principio es la contenida en el primero de sus apartados al consagrar el principio de libertad personal, aplicable a cualesquiera situaciones, al declarar que ‘toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad’, de tal modo que “(n)adie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y forma previstos por la ley”. Evidentemente, esta declaración traslada inmediatamente el problema a la legislación ordinaria, en este caso a la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita así como a la Ley Orgánica y al Reglamento de Extranjería, con la adición de disposiciones administrativas de inferior rango. Ambos textos legales proclaman el derecho

a la asistencia jurídica, en su caso gratuita, en estos procedimientos. No obstante, es poco lo que precisan en cuanto a la ‘calidad’, por expresarlo así, de esta asistencia. En particular, el Informe echa en falta en este extremo una intervención legislativa en el sentido de establecer en este ámbito algún tipo de plazo máximo de duración de estos tipos de detención. La realidad es que una pauta expresada en términos de duración ‘imprescindible’ se ha revelado insuficiente.

Sin solución de continuidad con la problemática suscitada en el capítulo primero, se sitúa la cuestión de la atención sanitaria en los centros de internamiento de extranjeros (C.I.E.). Se trata ésta de una faceta específica situada en el contexto más amplio de un supuesto de privación de libertad derivada del tratamiento por las autoridades públicas de una migración irregular ininterrumpida. En esta ocasión, la duración temporal sí goza de una previsión legal, concretamente de dos meses. Por este lado no se hacen constar problemas conectados con un incumplimiento de este plazo máximo.

Cuestión distinta, como se verá a continuación, es la relativa a las condiciones en las que se desarrolla el internamiento en estos centros. El Informe se centra, como se ha dicho, en la cuestión de la asistencia sanitaria en los C.I.E. Las posibles deficiencias en la asistencia sanitaria adquieren especial urgencia en situaciones en las que los afectados se encuentran privados de libertad ambulatoria. Su situación es de plena dependencia respecto de los responsables de estos centros. En otras palabras, en estos casos hay poco o ningún espacio para que la persona concernida asuma una propia responsabilidad sobre el cuidado de la salud.

El Real Decreto 162/2014 (Reglamento C.I.E.) desarrollando las previsiones de la L.O. 4/2000 sobre Derechos y Deberes de los extranjeros en España regula de manera pormenorizada las condiciones de estos centros incluida la cobertura de atención médica. En este caso la competencia es del Estado y en particular del Ministerio de Interior.

El Informe da cuenta de la modalidad imperante en la gestión de la asistencia sanitaria. El dato esencial es que se trata de un cuidado no gestionado directamente por la Administración, encontrándose encomendado a entidades privadas. La externalización de la prestación tiene lugar por un procedimiento de licitación con arreglo a un pliego de condiciones (“Pliego de prescripciones técnicas”) en el que se detallan las condiciones personales y materiales. Las deficiencias notorias de estos servicios en España han sido objeto de diversos informes entre los que destaca el resultante de la visita del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura o Tratos Inhumanos o Degradantes ya en 2012, seguidos por multitud de otros.

Como Juzgados de Control de los C.I.E. actúan los Juzgados de Instrucción del partido judicial correspondiente. Su competencia se extiende a la autorización del internamiento así como el sucesivo control de la permanencia en estos centros, conociendo de las peticiones y quejas planteadas por los internos. Los titulares de estos Juzgados han intervenido en la situación emitiendo recientemente un Acuerdo reclamando un total de hasta siete medidas que abarcan desde el abastecimiento de medicamentos hasta la regulación de la presencia de sanitarios durante las 24 horas.

El análisis de esta problemática ha incorporado el seguimiento de un concreto supuesto de atención sanitaria deficiente con resultado de muerte. El caso concierne a una ciudadana de la República Democrática del Congo que fue objeto de internamiento inicial en el Centro de Estancia Temporal de Inmigrantes (CETI) de Melilla, desde donde pasó al CIE radicado en Aluche (Madrid).

Este caso dio lugar en su día al procesamiento por homicidio imprudente del médico del CIE, de cuyo delito resultaría este absuelto al apreciarse lo sucedido como infracción leve de la *lex artis*. Una reclamación por responsabilidad patrimonial llevada a cabo en paralelo daría lugar a un informe del Consejo de Estado que apreció la concurrencia de la misma. En su parte conclusiva, este capítulo centra sus propuestas en la necesidad de mejorar sensiblemente los pliegos de prescripciones técnicas en la licitación del servicio.

Con independencia de lo anterior, lo más llamativo de la situación descrita es el número abrumador de informes desfavorables de todo tipo y origen, tanto internacionales como nacionales, denunciando este concreto problema. Son informes que se desarrollan a lo largo del tiempo sin que aparentemente la situación esté mejorando. El recentísimo episodio producido en Madrid, con igual resultado de muerte, pone de manifiesto que el caso analizado en este Capítulo no es desgraciadamente único<sup>14</sup>.

El Informe ha dedicado tres de sus capítulos a la situación de los menores de edad, en dos casos específicamente referidos al fenómeno migratorio, en un tercero con una relación indirecta. Así, por una parte, el Informe estudia el caso de los llamados ‘niños invisibles’, desprovistos de documentación alguna que recoja su identidad y, por vía de consecuencia, apátridas (cap. IV) y, por otra, el de los menores que entran irregularmente en España, no por sí solos ni acompañados de sus padres, sino en la compañía de terceros, familiares o no (cap. V). El tercero de los problemas analizados, por fin, no puede ser insertado como cuestión de principio en el ámbito de la migración: Se trata de la violencia de tipo sexual ejercida sobre menores en centros de acogida,

---

14. *El País*, 24 de octubre de 2024: “La larga agonía del caso Diallo Sissoko”.

por tanto, con entera independencia de su condición de menores migrantes. La incorporación de este problema a este grupo sólo se justifica en consideración a la frecuencia con la que en estos menores concurre la condición de extranjeros.

El capítulo dedicado a los ‘niños invisibles’ es expresivo de una situación en la que nuestros jueces y tribunales se esfuerzan por encontrar remedio a la situación, si es necesario a partir de una interpretación de la ley nacional decididamente marcada por el interés superior del menor. Esta es una materia regida en primer lugar por la Convención sobre los Derechos del Niño. Su art. 7 dispone que el niño sea ‘inscrito inmediatamente después de su nacimiento’ con derecho a un nombre y a una nacionalidad. Se trata con ello de otorgar al ser humano recién nacido existencia jurídica y con ello el acceso a cualesquiera derechos de los que deba ser titular, comenzando por los Derechos Humanos.

Estos derechos a la inscripción con un propio nombre y a la nacionalidad pueden verse frustrados en el marco de los movimientos migratorios. El estudio parte de las insuficiencias que se han revelado en la reforma del Código Civil llevada a cabo en 1982. En sustancia, esta reforma abrió la nacionalidad española, aplicando el *ius soli* a una serie de supuestos, tales como los nacidos en España de padres extranjeros carentes de nacionalidad o sin posibilidad de recibir la nacionalidad *via ius sanguinis*, o bien cuando no se pueda determinar su filiación. El objetivo constante ha sido el de evitar la apatridia infantil.

Esta reforma no cubrió en su día el supuesto de los niños cuya existencia no consta en registro alguno, típicamente en supuestos de los nacidos en un tercer país en el curso de un proceso migratorio. El Informe ha recogido una pluralidad de sentencias y autos, ya sea de Juzgados de Primera Instancia o de una Audiencia Provincial, frecuentemente en procesos de protección de derechos fundamentales, que han corregido la negativa a inscribir y dotar de nacionalidad a los Estados implicados, entre ellos evidentemente España. Las resoluciones en cuestión imponen el registro de estos menores, reconociéndoles la nacionalidad española.

El análisis de esta problemática pone de manifiesto que la situación está encontrando respuesta por vía de una interpretación judicial, como mínimo no literal, de la normativa aplicable. Implícitamente el Informe aboga por una reforma de la legislación civil que de respuesta expresa a estos supuestos.

El Informe ha dedicado un capítulo a la cuestión de los menores ‘separados’. La cuestión se plantea desde el momento en que la legislación española no contempla esta situación intermedia, de tal manera que su tratamiento habría de ser el de menores que llegan solos, lo que supondría su declaración en

situación de desamparo y su acogida bien familiar o en un centro de menores, con la consecuencia de la separación de la persona acompañante. El enfoque inicialmente prevalente había sido el de considerar en situación de peligro a los menores acompañados de terceros, separándolos consiguientemente de estas terceras personas.

La aplicación automática de la separación se ha revelado perjudicial para el interés del menor en frecuentes circunstancias. La experiencia ha mostrado la autenticidad de los vínculos que pueden unir al menor con la persona, distinta a sus progenitores, que lo acompaña. La situación de riesgo, por tanto, y esto es lo esencial, no puede ser presumida. El Informe pone de manifiesto cómo las autoridades españolas de todo tipo están asumiendo esta evidencia, con el objetivo de no privar a estos menores de este vínculo personal. El Informe concluye con la necesidad de incrementar los recursos, en buena medida de personal cualificado, en situación de examinar con la imprescindible escrupulosidad este género de situaciones, que muestra una fenomenología tan variada.

El Informe dedica un capítulo a los supuestos de violencia sexual ejercida sobre menores, con particular atención a los residentes en centros de protección. De la diversa legislación relevante en esta materia adquiere especial relevancia la reciente Ley Orgánica 8/2021, de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia (LOPVI). Esta ley dispone la obligación de estos centros de protección de implementar protocolos de actuación dirigidos al triple objetivo de prevención, detección y respuesta de este tipo de violencia. La distribución de competencias territoriales en nuestro Estado determina que sean las Comunidades Autónomas las responsables de la implementación de esta ley. En lo que respecta específicamente a la reacción de los poderes públicos respecto de este tipo de violencia, aparte la exigencia de responsabilidad penal, destaca la jurisprudencia sobre responsabilidad patrimonial de los centros de menores, que se ha extendido también a centros escolares. El Informe concluye destacando la necesidad de avanzar en la configuración de un sistema de protección “integral, efectivo y homogéneo” frente a estas situaciones de violencia de género sobre menores, con independencia de que los tribunales dispongan ya de mecanismos para exigir responsabilidad a los responsables de las instituciones de tutela de estos menores.

El Informe efectúa un desplazamiento de su atención desde la migración irregular hacia la problemática del asilo y de la protección internacional, como cuestión dotada de propia autonomía. Cosa distinta es que estos supuestos de solicitud de protección se puedan desarrollar en un contexto de entrada irregular en el país. La concesión de asilo responde a una propia lógica que encuentra regulación en disposiciones específicas en los diversos niveles internacional, supranacional y nacional. El capítulo ha analizado el caso singular

de la persecución en el país de origen por razón de género, esta entendida en un sentido que abarca ocasionalmente la persecución por identidad u orientación sexual.

Se trata ésta de una materia que está dominada por la categoría de pertenencia a un “grupo social determinado” como fundamento de los temores justificados de persecución en el país de origen. Es desde esta perspectiva como el Informe analiza la posibilidad de solicitar la protección internacional con la sola base de género. Del Informe se desprende que se trata ésta de una materia en construcción. Un caso paradigmático es la situación extrema de la población femenina de Afganistán. Recentísimamente, el Tribunal de Justicia de la UE ha interpretado la Directiva 2011/95 en el sentido de que ésta “no se opone” a que un Estado miembro, en situaciones tan extremas como serían las imperantes en este país, pueda acordar la protección internacional sobre la sola base de género<sup>15</sup>. Referido a España, el Informe cita una abundante jurisprudencia de la Audiencia Nacional con arreglo a la cual, con un razonamiento u otro, se deniega el asilo en casos donde el género ocupa una posición dominante.

El último de los temas tratados en el Informe (Cap. 8) se refiere a las dificultades que, en orden a su empadronamiento en un municipio, encuentra la población que carece de hogar, de nuevo una cuestión donde el porcentaje de las personas extranjeras afectadas es superior a la media. En España el empadronamiento en un municipio, es el trámite que da acceso al ejercicio de los derechos de ciudadanía, así como a servicios con repercusión en el disfrute de Derechos Humanos. El Informe ofrece datos recientes del Instituto Nacional de Estadística llamativamente bajos (86 sobre cada 100.000 habitantes). A su vez, de estas personas, el porcentaje de las no empadronadas se elevaría al 6 % en el caso de las españolas y al 24 % en el caso de las extranjeras.

El análisis de esta cuestión ofrece un notable contraste entre unos requisitos de partida y una práctica mucho más laxa. De entrada, el empadronamiento, establecido como un deber de los residentes en un domicilio, requiere en principio la aportación del título que legitima la ocupación de la vivienda correspondiente, siendo aquí donde se plantea el evidente problema de las personas sin hogar. La realidad, sin embargo, es diferente. Es de tener en cuenta que las “Instrucciones técnicas” permiten declarar un “domicilio ficticio” en el municipio, cuando se cumplan determinadas condiciones, no particularmente difíciles de reunir. Lo importante a retener es que, en las ocasiones en las que los Ayuntamientos han sido estrictos en la exigencia de esta condición, los tribunales de justicia, con apoyo en el derecho fundamental a la libertad de residencia, han anulado regularmente la decisión municipal por la que se rechaza la inscripción.

---

15. Asuntos *AH* y *FN* (C-608/22 y 609/22), sentencia de 4 de octubre de 2024 (ECLI:EU:C:2024:828).

El Informe acierta al considerar que las dificultades de empadronamiento, a la vista de lo anterior, reside más bien en la situación de vulnerabilidad en la que con frecuencia se encuentran las personas no empadronadas. Esto supone admitir que la respuesta a este problema no reside tanto en la normativa existente o en su aplicación por las autoridades cuando en un esfuerzo de implicación de los servicios de asistencia social. Dicho lo cual, debe constatarse un déficit de seguridad y de claridad en la regulación de un trámite de innegable relevancia para el ejercicio de los Derechos Fundamentales.

### **3. A MODO DE CONCLUSIÓN**

Sería absolutamente aventurado formular un juicio sobre el estado de los Derechos Humanos en España a partir del en definitiva corto número de problemas en esta ocasión analizados. Esto no quita para que el lector del Informe extraiga, con la mayor cautela, alguna conclusión sobre la materia.

El Informe es expresivo en lo que se refiere a la conexión de las situaciones tratadas con la vulnerabilidad social. Esto no puede sorprender teniendo en cuenta que el Informe es casi un monográfico sobre problemas conectados con la migración irregular. La transversalidad del fenómeno se traduce en la implicación de los derechos de la infancia, del derecho a la salud y en general de la interdicción de discriminación.

La conexión de algunas situaciones con lo que he llamado el núcleo de Derechos absolutos y con la Dignidad Humana es patente en algunos casos, singularmente en el de los casos de violencia sexual en centros de acogida de menores.

Con la excepción de lo que se relata respecto de las reiteradas denuncias acerca de los déficits de la prestación sanitaria en los Centros de Internamiento de Extranjeros (C.I.E.), no aparecen situaciones en las que España haya sido objeto de condena, de la naturaleza que sea, por parte de instancias internacionales.

Dicho esto, hay ciertamente deficiencias en casi todas las cuestiones analizadas, que sin embargo son de muy distinta naturaleza. En ocasiones, el problema comienza ya en la calidad de la legislación correspondiente, sea ésta estatal o autonómica. Hay lagunas legislativas, por ejemplo, en el caso de los niños 'invisibles', como también se echa en falta una legislación de calidad sobre un trámite con trascendencia constitucional como es el empadronamiento en un municipio. La ley tampoco da unas primeras pautas acerca del tratamiento de los menores separados. Por fin, sobre la base de admitir que el plazo de 72 horas del art. 17 CE no se aplica a los trámites de devolución de extranjeros, se echa en falta un plazo alternativo.

En otros casos, los problemas sólo comienzan con la aplicación de la legislación vigente. Esto es típico de la prestación de asistencia jurídica en los procedimientos de devolución y de expulsión de extranjeros en situación irregular. Son casos en los que el procedimiento de habeas corpus no puede ser la única respuesta. Aquí ya comienza a hacer su aparición el problema casi constante de la insuficiencia de los recursos disponibles, ya sea de abogados de oficio, ya sea de asistentes sociales (infancia separada), lo que apunta casi siempre a insuficiencias de recursos económicos.

En el ámbito de la justicia, comprendido el ministerio fiscal, el balance no me ha parecido alarmante, sino más bien esperanzador. Los jueces están haciendo un empeño por cubrir las lagunas legales, típicamente en el caso de los niños invisibles. Ciertamente que están tratando con rigor los casos en los que se plantea una protección internacional basada más o menos específicamente en el género como eventual 'grupo social determinado' en el sentido de la Convención de Ginebra, pero no parece que en este punto nuestros jueces se estén quedando atrás respecto de sus homónimos europeos.

En fin, los distintos capítulos del Informe concluyen con propuestas, esencialmente dirigidas a los poderes públicos, pero sin olvidar a la sociedad en general, que sin duda permitirían elevar los estándares de Derechos Humanos en nuestro país. No obstante, importa señalar que, más allá del deseable eco que encuentren estas propuestas, el trabajo que subyace a los diferentes capítulos de este Informe tiene por sí mismo un valor propio. Gracias a él, sabemos mejor dónde se sitúan algunos de los problemas de los Derechos Humanos en nuestro país. En suma, es de esperar que esta labor de dar a conocer el estado de los Derechos Humanos en España reciba la atención que merece, todo ello en la confianza de que este primer Informe encuentre continuación en los próximos años.

**I.**  
**POSIBLES RESTRICCIONES**  
**A LA EFECTIVIDAD DEL DERECHO**  
**A LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA**  
**EN SITUACIONES DE DEVOLUCIÓN**  
**O EXPULSIÓN DE PERSONAS**  
**EXTRANJERAS**



# 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 últimos<sup>16</sup>. 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 extranjería<sup>17</sup>. 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 TC<sup>18</sup>, 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»*”<sup>19</sup>.

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 litigar<sup>20</sup>.

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 circulares<sup>21</sup> 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>
<b>Instrucción de Detención 2007</b> <sup>22</sup>	<b>Sí.</b>	<b>Sí</b> (establece que la detención no será superior a 72 horas y que se agilizarán las diligencias para no agotar el plazo legal).	<b>Sí</b> , debe cursarse oficio inmediato al Colegio de la Abogacía competente (y reiterarse en caso de que en 3 horas no se haya provisto letrado).	<b>Sí</b> , la comisaría debe poseer impresos de información sobre derechos como detenido en las lenguas más comunes.
<b>Circular 2010</b> <sup>23</sup>	<b>Sí.</b>	<b>Sí</b> , cabe su detención de cara a incoar el procedimiento de expulsión.	<b>Sí</b> , la solicitud de asistencia jurídica gratuita suspende el procedimiento de expulsión si así se informa al instructor.	<b>Sí</b> , 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](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>
<b>Circular 2012</b> <sup>24</sup>	Sí, excepto en caso de situación irregular (siempre y cuando puedan ser identificados y se conozca su domicilio).	No.	No.	No.
<b>Instrucción de Detención 2024</b> <sup>25</sup>	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](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](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**”)<sup>26</sup>, 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 penal<sup>27</sup> 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**”)<sup>28</sup> 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 derecho<sup>29</sup>, 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 414/2023<sup>30</sup> (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 103/22<sup>31</sup>. 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**”)<sup>32</sup>, que es posteriormente reiterada en la STC n.º 53/2002, de 27 de febrero (rec. 2994/94)<sup>33</sup> en un supuesto relativo a la privación de libertad de solicitantes de asilo<sup>34</sup>.

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-administrativa<sup>35</sup> 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 enero<sup>36</sup>. 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 FFCCSE<sup>37</sup>. 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.



**II.**  
**EL DERECHO A LA ATENCIÓN SANITARIA**  
**DE LAS PERSONAS INGRESADAS**  
**EN CENTROS DE INTERNAMIENTO**  
**DE EXTRANJEROS**



## II.

# *El derecho a la atención sanitaria de las personas ingresadas en centros de internamiento de extranjeros*

JOSÉ ALBERTO NAVARRO MANICH  
CAROLINA ALBUERNE GONZÁLEZ  
DANIEL OSORIO ROZO  
CARLOS CERVERA YÑESTA

**Resumen:** *La legislación española reconoce el derecho a la asistencia sanitaria a las personas internadas en los centros de internamiento de extranjeros (CIEs). La prestación de esta asistencia sanitaria es competencia del Ministerio del Interior, que tiene externalizado el servicio. Respecto de la prestación de este servicio, de una parte, la propia Administración General del Estado ha admitido su responsabilidad patrimonial por el fallecimiento de una persona interna como consecuencia de la ausencia de protocolos y de una atención contraria a la lex artis. De otra parte, se han denunciado graves deficiencias por parte de múltiples instituciones, organizaciones no gubernamentales y, muy particularmente, los Juzgados de Control de los CIE. Las citadas instituciones y entidades han solicitado al Ministerio del Interior la revisión de los pliegos de contratación del servicio de asistencia sanitaria para garantizar de forma efectiva el mencionado derecho de las personas ingresadas en CIEs.*

## 1. INTRODUCCIÓN

El ingreso de una persona en un centro de internamiento de extranjeros (“CIE”) es una medida provisional para garantizar la ejecución de una orden de expulsión del territorio nacional acordada por la Administración General del Estado (“AGE”). En la actualidad, existen siete CIE en España, ubicados en Madrid, Barcelona, Valencia, Murcia, Las Palmas, Algeciras y Tenerife.

Este internamiento supone una restricción al derecho fundamental a la libertad (artículo 17 de la Constitución) para la ejecución forzosa de un acto administrativo. Por ello la medida de internamiento se somete a determinadas garantías, como que sea autorizada por el Juzgado de Instrucción competente o que la privación de libertad no pueda prolongarse más de sesenta días. Transcurrido ese plazo, en caso de que la AGE no haya podido ejecutar la orden de expulsión, la persona internada en el CIE será puesta en libertad, cesando la medida de internamiento. Esa persona se encontrará entonces en una situación administrativa de irregularidad y con una orden de expulsión pendiente de ejecución.

Las personas ingresadas en el CIE tienen reconocido el derecho a la asistencia sanitaria por la normativa de extranjería. Se atribuye la competencia para su prestación al Ministerio del Interior. En la práctica, se ha aprobado la externalización del servicio mediante la contratación de empresas que lo presten bajo la responsabilidad de un médico de la AGE.

Los servicios de atención sanitaria en los CIE han sido objeto de denuncias fundadas en supuestas deficiencias por parte de instituciones como el Defensor del Pueblo, los Jueces de Control de los CIE y el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes. En particular, se ha denunciado la insuficiencia de las prestaciones sanitarias de esos servicios en los CIE, la incorrección de los protocolos aplicados y el incumplimiento de la *lex artis* por parte del personal sanitario.

Algunas de estas denuncias se han producido en el marco de algún episodio de fallecimiento de personas durante su internamiento en el CIE. En concreto, puede destacarse que la AGE ha reconocido su responsabilidad patrimonial por el fallecimiento de una persona internada en el CIE de Madrid como consecuencia de las deficiencias del servicio de atención sanitaria y la ausencia de protocolos para atender debidamente ese caso.

La deficiente protección y respeto del derecho a la asistencia sanitaria en los CIE, atendiendo a la situación de privación de libertad de las personas ingresadas en esos centros, puede impactar en el derecho a la vida y a la integridad física (art. 15 de la Constitución). Estas personas carecen de una alternativa a los servicios de los CIE para su atención sanitaria.

En este contexto, los Juzgados de Control de los CIE, encargados de supervisar las condiciones en las que se encuentran los internos, han solicitado recientemente la revisión de los pliegos para la contratación del servicio de asistencia sanitaria en los CIE, en especial, en lo referente a la adopción de medidas para la mejora de la atención médica y de enfermería.

En el presente capítulo se analizarán los estándares de calidad y de prestación del servicio de atención sanitaria en los CIE que la normativa y jurisprudencia

dencia fijan como adecuados y suficientes para el respeto del derecho de las personas internadas en ellos.

## 2. MARCO JURÍDICO APLICABLE

### 2.1. LA NORMATIVA APLICABLE A LOS CIE

El internamiento de una persona extranjera en un CIE es una medida cautelar que puede ser adoptada con el fin de asegurar la futura ejecución de una orden de expulsión. Se trata de una medida de privación de libertad asociada a una infracción administrativa de la legislación de extranjería (como, por ejemplo, la estancia irregular en España), y no al cumplimiento de una pena por la comisión de un delito. Por este motivo, los CIE son establecimientos públicos de carácter no penitenciario donde se priva de libertad a las personas internadas en ellos.

Esta medida de privación de libertad tiene cobertura jurídica en el derecho de la Unión Europea y su correspondiente transposición al ordenamiento español, los cuales la someten a determinadas garantías.

En primer lugar, en cuanto al derecho de la Unión Europea, la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativo a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (“**Directiva de retorno**”), prevé la posibilidad de internamiento con el fin de preparar el retorno, especialmente cuando exista riesgo de fuga o el extranjero intente evitar o dificultar la expulsión. La Directiva de retorno, no obstante, otorga preferencia a medidas que sean igualmente eficaces y suficientes que tengan un carácter menos coercitivo.

Según esta norma, el internamiento puede ser ordenado por las autoridades judiciales o administrativas. En el segundo caso, se prevé la garantía de un control judicial de la decisión.

La Directiva de retorno fija el periodo límite de internamiento en seis meses. Los Estados miembros pueden prorrogar el plazo hasta doce meses más, en los casos en que pese a haber desplegado por su parte todos los esfuerzos razonables, pueda presumirse que la expulsión se prolongará debido a la falta de cooperación del extranjero o a demoras en la obtención de terceros países de la documentación necesaria.

El legislador europeo reconoce una revisión periódica del internamiento, de oficio o a solicitud del extranjero afectado, con el fin de constatar la desaparición, bien de la perspectiva razonable de expulsión, bien de las condiciones que motivaron su ingreso.

Por otro lado, como norma general, el internamiento deberá llevarse a cabo en centros de internamiento especializados (como los CIE). De no ser posible, será en centros penitenciarios, con separación respecto de los presos ordinarios.

En segundo lugar, las anteriores previsiones se concretan en la legislación nacional de extranjería. En España, en la actualidad, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (“**LO 4/2000**”), que regula, en sus artículos 60 a 62 *sexies*, los aspectos más esenciales del funcionamiento de los CIE, y el Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo, por el que se aprueba el reglamento de funcionamiento y régimen interior de los CIE (“**Reglamento CIE**”).

## **2.2. EL INTERNAMIENTO EN LOS CIE COMO MEDIDA CAUTELAR PARA ASEGURAR LA EJECUCIÓN DE UNA ORDEN DE EXPULSIÓN**

La LO 4/2000 configura el internamiento en los CIE como medida cautelar en los procedimientos sancionadores en que puede proponerse la expulsión. Así se determina en su artículo 61.1.e): “*Desde el momento en que se incoe un procedimiento sancionador en el que pueda proponerse la expulsión, el instructor, a fin de asegurar la resolución final que pudiera recaer, podrá adoptar alguna de las siguientes medidas cautelares: [...] e) Internamiento preventivo, previa autorización judicial en los centros de internamiento*”.

En particular, la AGE propone la referida medida al juez de instrucción, quien —previa audiencia del interesado y del Ministerio Fiscal— resuelve mediante auto motivado, en el que tomará en consideración las circunstancias concurrentes de acuerdo con el principio de proporcionalidad.

En especial, el juez debe tener en cuenta el riesgo de incomparecencia por carecer de domicilio o de documentación identificativa, las actuaciones del extranjero tendentes a dificultar o evitar la expulsión, así como la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes. Asimismo, en caso de enfermedad grave del extranjero, el juez debe valorar el riesgo del internamiento para la salud pública o la salud del propio extranjero.

El internamiento en los CIE será por el tiempo imprescindible para los fines del expediente, y su duración máxima será de sesenta días. Transcurrido ese plazo máximo la persona internada, o bien habrá sido devuelta a su país de origen, o bien deberá ser puesta en libertad (en una situación de irregularidad). El artículo 62.2 de la LO 4/2000 prohíbe expresamente el acuerdo de un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previstas en un mismo expediente.

Además, cuando hayan dejado de cumplirse las condiciones que motivaron el ingreso en el CIE, el extranjero será puesto inmediatamente en libertad, sea por la autoridad administrativa que lo tenga a su cargo (poniéndolo en conocimiento del juez que autorizó su internamiento), o por el juez, de oficio o a iniciativa de parte o del Ministerio Fiscal.

Debe tenerse en cuenta que los derechos y libertades de los extranjeros en España no se ven alterados por su internamiento en los CIE. Al extranjero interno se le priva de su libertad de movimiento, sin más límites que los necesarios aparejados a esta restricción.

Así lo reconoce el artículo 62 bis.1 de la LO 4/2000 relativo al régimen jurídico de los derechos de los extranjeros internos: “*Los centros de internamiento de extranjeros son establecimientos públicos de carácter no penitenciario; el ingreso y estancia en los mismos tendrá únicamente finalidad preventiva y cautelar, salvaguardando los derechos y libertades reconocidos en el ordenamiento jurídico, sin más limitaciones que las establecidas a su libertad ambulatoria, conforme al contenido y finalidad de la medida judicial de ingreso acordada*”. Y en el mismo sentido encontramos el artículo 16.1 del Reglamento CIE: “*Todas las actividades desarrolladas en los centros se llevarán a cabo salvaguardando los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros por el ordenamiento jurídico, sin más limitaciones que las que fueran necesarias, conforme al contenido y finalidad de la medida judicial de internamiento acordada*”.

### **2.3. EL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA EN EL ÁMBITO DE LOS CIE**

A los efectos que interesan a este capítulo, los artículos 62 bis.d) de la LO 4/2020 y 16.2.e) del Reglamento CIE reconocen a los internos el derecho “*a recibir asistencia médica y sanitaria adecuada*”. Es una exigencia que también se encuentra en los artículos 4.4.a), 14.1.b) y 16.3 de la Directiva de retorno.

A su vez, el artículo 60.2 de la LO 4/2000 dispone que “*los lugares de internamiento para extranjeros no tendrán carácter penitenciario, y estarán dotados de servicios sociales, jurídicos, culturales y sanitarios*”. Asimismo, según establece el artículo 62 bis.2 de la misma norma, “*los centros dispondrán de servicios de asistencia social y sanitaria con dotación suficiente*”.

Por su parte, el artículo 7.4 del Reglamento CIE reconoce que en cada CIE “*existirá un servicio de asistencia sanitaria con disponibilidad de personal, instrumental y equipamiento necesario para la atención permanente y de urgencia de los internos*”. Con este propósito, el Reglamento CIE dedica íntegramente su artículo 14 (“*Servicio de asistencia sanitaria*”) para la configuración y desarrollo de la prestación en garantía del derecho a la salud de los extranjeros internos.

Por tanto, existen unas disposiciones dirigidas a garantizar el derecho de los internos a una asistencia sanitaria adecuada, junto con las correlativas obligaciones para asegurar que los CIE cuenten con las instalaciones y medios necesarios a estos efectos.

Entre los mencionados preceptos destacan los siguientes:

- Cobertura de atención médica especializada (artículo 1.4 del Reglamento CIE).
- Aseguramiento de condiciones de accesibilidad e higiene, volumen de espacio, ventilación, agua, alumbrado y calefacción de las instalaciones y dependencias (artículo 7.1 del Reglamento CIE).
- Disponibilidad de instrumentos y equipamiento para la atención permanente y de urgencia de los internos (artículo 7.4 del Reglamento CIE).
- Disponibilidad de personal para la atención permanente y de urgencia de los internos (artículo 7.4 del Reglamento CIE).
- Horario para la atención permanente y de urgencia de los internos (artículo 7.4 del Reglamento CIE).
- Independencia en la actuación sanitaria y separación de los roles sanitarios y roles policiales (artículo 14.1 del Reglamento CIE).
- Responsabilidad del servicio por un médico perteneciente a la AGE (artículo 14.1 del Reglamento CIE y Resolución de 21 de diciembre de 2016, de la Subsecretaría, por la que se resuelve el concurso convocado por Resolución de 16 de septiembre de 2016).
- Cobertura de atención farmacéutica (artículo 14.2 del Reglamento CIE).
- Protocolos para la aplicación en el caso de aislamientos de pacientes infecto-contagiosos y prevención de epidemias (artículo 14.2.e del Reglamento CIE).
- Control de dieta alimenticia, aseo e higiene de los internos, supervisión de la higiene, confort y salubridad de sus dependencias, así como medidas para la higiene, calefacción, iluminación y ventilación de las dependencias (artículo 14.2 del Reglamento CIE).
- Prestación del reconocimiento médico (artículo 30 del Reglamento CIE).
- Desplazamientos para consulta médica o ingreso hospitalario y elaboración de informes sanitarios (artículo 35 del Reglamento CIE y Real Decreto 1093/2010, de 3 de septiembre, por el que se aprueba el conjunto mínimo de datos de los informes clínicos en el Sistema Nacional de Salud, artículo 22 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica re-

guladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica).

- Requisitos del personal sanitario que debe prestar el servicio de asistencia sanitaria (Real Decreto 1231/2001, de 8 de noviembre, por el que se aprueban los Estatutos generales de la Organización Colegial de Enfermería de España, del Consejo General y de Ordenación de la actividad profesional de enfermería).

Estos serían algunos de los estándares de calidad y prestación considerados como adecuados y suficientes, desde un punto de vista de la reglamentación, para el respeto del derecho a la atención sanitaria de las personas privadas de libertad en los CIE.

#### **2.4. LA COMPETENCIA Y LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE ASISTENCIA SANITARIA EN LOS CIE**

La competencia para prestar el servicio de asistencia sanitaria corresponde al Ministerio del Interior, de acuerdo con el artículo 4.1 del Reglamento CIE, “*sin perjuicio de que tales prestaciones puedan concertarse con otros ministerios o con entidades públicas o privadas*”, bajo la responsabilidad de un médico de la AGE.

En la práctica, efectivamente, el Ministerio del Interior, a través de la División Económica y Técnica del Cuerpo Nacional de Policía —como órgano de contratación—, ha aprobado la externalización del referido servicio y la contratación de empresas privadas del sector sanitario para su prestación.

De una revisión de las distintas licitaciones convocadas para la prestación del servicio de asistencia sanitaria en los CIE puede observarse el contenido y las actividades que comprenden recurrentemente el objeto de su contrato<sup>38</sup>:

- Reconocimiento médico, que comprende la elaboración de un historial médico (filiación, historia clínica, historia actual y anamnesis sistemática por aparatos) y una exploración general (datos biométricos y exploración física general).
- Asistencia médico-sanitaria continuada, que comprende la atención médico-sanitaria de los internos del CIE durante su estancia en él, así como el reconocimiento médico de salida y aquellos otros que fueran necesario por razones de salud colectiva, y de la asistencia médica especializada.

---

38. En 2023, el Pliego de Prescripciones Técnicas de la licitación “*para la contratación de reconocimientos médicos y asistencia sanitaria en los centros de internamiento de extranjeros*” (expediente de contratación n.º Z23EX001/050).

Disponible en <https://contrataciondelestado.es/wps/wcm/connect/0e1ab0ec-0906-4640-aa81-e014084943be/DOC20230224130613PPTS++TODOS+LOS+LOTES.pdf?MOD=AJPERES>

- Otras obligaciones en materia de redacción de informes y desarrollo de pruebas médicas.

Asimismo, los pliegos de las referidas licitaciones establecen los medios personales y materiales necesarios para la ejecución del contrato<sup>39</sup>:

- Personal: (a) dos médicos/as y tres enfermeros/as y (b) un coordinador general médico entre todos los centros.

Para cada CIE, la asistencia sanitaria se presta presencialmente y en un horario de cobertura (a) para el personal médico, de lunes a viernes de 8 a 20 horas, y sábados, domingos y festivos de 10 a 13 horas; y (b) para el personal de enfermería, de lunes a domingo y festivos de 8 a 22 horas.

- Material técnico necesario para la prestación del servicio, aportado por la adjudicataria<sup>40</sup>.

### **3. LA APLICACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO POR LOS TRIBUNALES Y OTRAS INSTITUCIONES**

Sentado lo anterior, se han denunciado graves deficiencias en los servicios de atención sanitaria en los CIE. En particular, se han producido críticas sobre la suficiencia de las prestaciones sanitarias de esos servicios en los CIE, la corrección de los protocolos aplicados y el cumplimiento de la *lex artis* por parte del personal sanitario.

Lo anterior ha sido denunciado por múltiples instituciones y organizaciones nacionales e internacionales, así como por los jueces de Control de los CIE. También se ha producido el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la AGE por el fallecimiento de una persona internada en el CIE de Madrid.

---

39. Por ejemplo, el mismo Pliego de Prescripciones Técnicas del expediente de contratación n.º Z23EX001/050: <https://contrataciondelestado.es/wps/wcm/connect/0e1ab0ec-0906-4640-aa81-e014084943be/DOC20230224130613PPTS++TODOS+LOS+LOTES.pdf?MOD=AJPERES>

40. En la última licitación del servicio, se listaban los siguientes materiales: un ordenador sobremesa/portátil protegido contra virus, una impresora, un escáner de sobremesa, conexión a Internet, un fonendoscopio personal, un esfigmomanómetro, un otoscopio, un oftalmoscopio, un rinoscopio, un electrocardiógrafo, un diapasón, un martillo de reflejos, un termómetro, un glucómetro y juego de tiras reactivas, una linterna, un equipo de material quirúrgico estéril para curas y suturas, un esterilizador, un equipo para sueroterapia, una lámpara de pie o pared con iluminación directa, un frigorífico, un contenedor de riesgos biológicos.

### 3.1. LOS INFORMES DE INSTITUCIONES Y ORGANIZACIONES NACIONALES E INTERNACIONALES

Son numerosos los informes de instituciones y organismos nacionales e internacionales que han advertido, denunciado y expuesto deficiencias de la prestación del servicio de asistencia sanitaria en los CIE.

Por su trascendencia, pueden destacarse los informes emitidos por el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes y el Defensor del Pueblo:

- *Informes al Gobierno español sobre la visita a España realizada por el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes*, de 2013 (19-22 de junio de 2012)<sup>41</sup>.

Los informes dan cuenta de las deficiencias de la asistencia sanitaria, acusando principalmente a la externalización de su prestación.

Se destaca especialmente el horario reducido de la atención, y se alude al hecho de que en muchos casos las enfermedades crónicas no se atienden debidamente, así como la renuencia a la realización de pruebas diagnósticas para detectar enfermedades, incluidas las de transmisión sexual.

En este sentido, el Comité ha venido recomendando al Estado español la revisión de la provisión de los servicios médicos en los CIE por terceros y la implementación de servicios odontológicos, psiquiátricos y ginecológicos.

- *Recomendación del Defensor del Pueblo a la Dirección General de la Policía de 2014*<sup>42</sup>: El Defensor del Pueblo emitió hasta catorce recomendaciones para la licitación de la asistencia sanitaria en el ámbito de los CIE en relación con la falta de (i) asistencia sanitaria permanente, (ii) historia clínica completa, (iii) asistencia especializada (psicológica, psiquiátrica y bucodental), (iv) emisión de partes de lesiones y (v) derecho al intérprete.
- *Informes del Defensor del Pueblo en su condición de Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura en España (MNP) de 2014 a 2022*<sup>43</sup>: Tras las correspondientes visitas llevadas a cabo, se detectaron diversas deficiencias ocasionadas por la configuración de la licitación de la prestación del

---

41. Disponible en [https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/informesMNPEspania/europa/4\\_INFORME\\_CPT\\_2012.pdf](https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/informesMNPEspania/europa/4_INFORME_CPT_2012.pdf)

42. Disponible en <https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/asistencia-sanitaria-en-los-centros-de-internamiento-de-extranjeros-dotar-a-todos-los-cie-de-asistencia-sanitaria-permanente-2/>

43. Disponible en [https://www.defensordelpueblo.es/informes/resultados-busqueda-informes/?tipo\\_documento=informe\\_mnp](https://www.defensordelpueblo.es/informes/resultados-busqueda-informes/?tipo_documento=informe_mnp)

servicio, entre las que destacan la falta de *(i)* asistencia sanitaria permanente (dado que no incluye horarios nocturnos, ni fines de semana ni festivos); *(ii)* asistencia especializada adecuada (psiquiátrica, psicológica y bucodental); *(iii)* adaptación de la historia clínica al modelo legal; *(iv)* entrega de los partes médicos a los internos; *(v)* realización de analíticas para la detección de enfermedades, especialmente infectocontagiosas, o el consumo de sustancias tóxicas; *(vi)* servicio de intérprete; *(vii)* material; *(viii)* rigor a la hora de realizar exámenes médicos y analíticas; *(ix)* toma en consideración de antecedentes familiares en la historia clínica; *(x)* adopción de medidas para evitar contagios en caso de enfermedad; *(xi)* entrega de una copia de los expedientes a los internos, y remisión al Juzgado de Control respectivo; así como *(xii)* partes de lesiones deficientes e incompletos, *(xiii)* ausencia de fotografías de las lesiones en las historias médicas, y *(xiv)* ausencia de garantía del derecho a la intimidad.

En el último informe de 2023, el Defensor del Pueblo destaca el incumplimiento, salvo en el CIE de Madrid, de la obligación relativa a que el servicio de asistencia sanitaria en los CIE esté bajo la responsabilidad de un médico de la AGE.

En la misma línea pueden encontrarse informes emitidos por otras instituciones y entidades:

- *Informe sobre derechos y libertades de las personas internadas en los centros de internamiento de extranjeros*, de la Comisión de Extranjería del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona, de septiembre de 2011<sup>44</sup>. Detecta las insuficiencias de la asistencia sanitaria de los CIE y establece la necesidad de garantía, como mínimo, de los mismos estándares previstos en el régimen penitenciario.
- *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud de los artículos 16 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*<sup>45</sup>, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 8 de junio de 2012: Al Comité le preocupan los casos de las personas que siguen retenidas en los CIE en condiciones de hacinamiento, e insta en especial al Estado español al acceso de los extranjeros a un servicio adecuado de asistencia sanitaria.

44. Disponible en <https://www.icab.es/export/sites/icab/.galleries/documents-noticies/2011/el-informe-sobre-derechos-y-libertades-de-las-personas-internadas-en-los-centros-de-internamiento-de-extranjeros.pdf>

45. Disponible en <https://www.refworld.org/es/ref/statepartiesrep/cescr/2016/es/115194>

- *Informe CIE Derechos Vulnerados* de Migreurop<sup>46</sup>, de 2012<sup>47</sup>: Migreurop denunció, con respecto al CIE de Capuchinos (Málaga), la insuficiencia de personal sanitario y la falta absoluta y total de servicio médico durante los fines de semana. Además, advirtió que el personal sanitario únicamente se podía comunicar en dos idiomas (español e inglés) y, en el caso de que el interno no los hablara, acudían a otros internos o personal del centro, incumpliendo en todo caso el derecho al intérprete.
- *Informe especial de la visita a España del Relator Especial de la Organización de las Naciones Unidas sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia*, Mutuma Ruteere, de 6 de junio de 2013<sup>48</sup>: Destaca la persistencia de dificultades en relación con el acceso insuficiente a la asistencia sanitaria, en particular la falta de personal médico y atención psicológica y psiquiátrica adecuada, asistencia letrada, servicios de interpretación e información suficiente sobre los derechos de los inmigrantes.
- *Informe sobre la situación del Centro de Internamiento de Extranjeros de Murcia*, de Convivir sin Racismo, de 10 de marzo de 2015<sup>49</sup>: Destaca la inexistencia de asistencia sanitaria permanente que garantice una atención continuada y de una asistencia especializada adecuada en cuanto a atención psicológica, psiquiátrica y bucodental.
- *Informe de la situación actual de los centros de internamiento de extranjeros en España y su adecuación al marco legal vigente*, elaborado por las Clínicas Jurídicas de la Universidad Pontificia Comillas, Universidad de Valencia, Universidad de Barcelona y Universidad de Valladolid para SJM, de junio de 2015<sup>50</sup>: Realiza un estudio de los CIE existentes en el territorio español, acreditando la inexistencia de asistencia sanitaria permanente, la falta de asistencia especia-

---

46. Migreurop es una red euroafricana de asociaciones de defensa de los derechos, activistas e investigadores. Su objetivo es documentar y denunciar las consecuencias de las políticas migratorias europeas sobre las condiciones de vida y el respeto de los derechos de los migrantes, a lo largo de todo su trayecto hacia el exilio (obstáculos a la movilidad, cierre de fronteras, desarrollo de la detención formal e informal, las distintas formas de expulsión, así como la externalización de los controles fronterizos y del asilo practicada por la Unión Europea y sus Estados miembros). De este modo, la red Migreurop contribuye a defender los derechos fundamentales de los exiliados y a promover la libertad de circulación y de establecimiento para todos.

47. Disponible en [https://sosracismo.eu/wp-content/uploads/2016/06/InformeMigreurop\\_a\\_CDHCE\\_161112.pdf](https://sosracismo.eu/wp-content/uploads/2016/06/InformeMigreurop_a_CDHCE_161112.pdf)

48. Disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2015/10141.pdf>

49. Disponible en [https://drive.google.com/a/ucm.es/file/d/0B7\\_UaXcwG1Nfb3o4eE-s1Ujh4WHc/view](https://drive.google.com/a/ucm.es/file/d/0B7_UaXcwG1Nfb3o4eE-s1Ujh4WHc/view)

50. Disponible en <https://ojs.uv.es/index.php/clinicajuridica/article/view/6472/6264>

lizada, la denegación de pruebas médicas y para diagnóstico de detección de consumo de sustancias tóxicas o enfermedades contagiosas, la falta de entrega de partes médicos ni emisión con precisión técnicas, y la existencia de reconocimientos médicos sin garantía de derecho a la intimidad.

- *Política de Médicos del Mundo España*<sup>51</sup> frente a los Centros de Internamiento de Extranjeros (CIE), de 8 de junio de 2016<sup>52</sup>: Entre otros problemas, destaca especialmente la alta prevalencia de personas con problemática de salud mental, así como que las consecuencias del internamiento propician que muchos internos presenten sintomatología ansiosa, depresiva, insomnio e incluso trastorno por estrés postraumático, mientras que los centros carecen de los dispositivos especiales necesarios y de los profesionales adecuados para ello. También constata la vulneración del derecho a la salud sexual y reproductiva, siendo testigos de interrupciones de tratamiento durante su internamiento personas con enfermedades graves y casos de enfermedad mental grave.
- *Informe subsaharianos en el CIE de Aluche: Urge otra mirada, urge otro modelo de acogida*, de la asociación Karibu, Amigos del Pueblo Africano<sup>53</sup>, de 2017<sup>54</sup>: Denuncia la falta de atención permanente y de urgencia debido a la insuficiente prestación derivada de los pliegos de prescripciones técnicas exigidas por la Dirección General de la Policía para la prestación del servicio.
- *Informe Refugiados y migrantes en España: Los muros invisibles tras la frontera sur*, de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR)<sup>55</sup>,

---

51. Médicos del Mundo es una asociación independiente que trabaja para hacer efectivo el derecho a la salud para todas las personas, especialmente para las poblaciones vulnerables, excluidas o víctimas de catástrofes naturales, hambrunas, enfermedades, conflictos armados o violencia política. Los proyectos de Médicos del Mundo se realizan tanto en España como en otros 19 países de América, África, Oriente Medio y Europa. Las personas voluntarias y profesionales que forman parte de Médicos del Mundo tienen como principal misión trabajar para lograr cumplimiento del derecho fundamental a la salud y el disfrute de una vida digna para cualquier persona.

52. Disponible en [https://www.medicosdelmundo.org/sites/default/files/politica\\_cie\\_2.0.pdf](https://www.medicosdelmundo.org/sites/default/files/politica_cie_2.0.pdf).

53. Karibu (Amigos del Pueblo Africano) es una organización no gubernamental española con fines humanitarios y sin ánimo de lucro, así como independiente, aconfesional y apolítica. La asociación proporciona apoyo humanitario integral a refugiados e inmigrantes subsaharianos.

54. Disponible en <https://asociacionkaribu.org/web/wp-content/uploads/2021/10/KARIBU-informeCIE-2017.pdf>

55. La Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR) es una organización sin ánimo de lucro fundada en 1979, de acción voluntaria, humanitaria, independiente y plural. Su objetivo es la defensa del derecho de asilo, defender y promover los derechos humanos y el desarrollo integral de las personas solicitantes de asilo, refugiadas, apátridas y migrantes en situación de vulnerabilidad y/o en riesgo de exclusión social.

de 2017<sup>56</sup>: Manifiesta la falta de asistencia sanitaria permanente y su prestación deficitaria.

- *Informe CIE 2014-2017 ‘Más allá de la frontera de lo humano’*, de SOS Racismo Madrid<sup>57</sup>, de 2017<sup>58</sup>: Remarca el deficiente acceso a la asistencia médica y sanitaria adecuada, la denegación de atención por los servicios del centro a algunas de las personas internas que la requerían, así como la deficiente información aportada en los informes médicos realizados tras ser atendidos.
- *Informe de la Campaña por el Cierre de los Centros de Internamiento para Extranjeros y por el fin de las deportaciones CIE NO*, de 2020<sup>59</sup>: Se subraya la asistencia sanitaria inadecuada, así como el alto índice de desatención y deficiencias médicas, destacando los problemas de salud físicos y mentales surgidos con ocasión del internamiento.
- *Informes CIE de SJM de 2014 a 2023*<sup>60</sup>: En la misma línea, los referidos informes mencionan las deficiencias más destacables de los servicios médico-sanitarios de los CIE, como los horarios insuficientes de atención médica y de enfermería, la falta de pruebas de detección de enfermedades infectocontagiosas, la falta de coordinación interadministrativa para conocer el historial clínico de internos derivados de otras instituciones, las atenciones médico-sanitarias en presencia de agentes de policía, las atenciones sin intérprete, el régimen de aislamiento en casos de COVID-19, la falta de atención a los problemas relacionados con la salud mental, así como la falta de emisión y el envío de partes de lesiones a la autoridad judicial correspondiente.

En definitiva, los informes ponen de manifiesto carencias e insuficiencias de la prestación del servicio en el ámbito de los CIE.

---

56. Disponible en <https://www.cear.es/wp-content/uploads/2018/02/INFORME-FRONTERA-SUR.pdf>

57. SOS Racismo Madrid es una organización sin ánimo de lucro, de acción antirracista, independiente, democrática, multiétnica y plural, conformada exclusivamente por voluntariado, y que se halla enmarcada dentro de la Federación de Asociaciones de SOS Racismo del Estado Español. Sos Racismo Madrid se constituye en el año 1992 con el objetivo de luchar contra el racismo y la xenofobia.

58. Disponible en [https://sosracismo.eu/wp-content/uploads/2018/06/InformeCIE17\\_SOSMadrid.pdf](https://sosracismo.eu/wp-content/uploads/2018/06/InformeCIE17_SOSMadrid.pdf)

59. Disponible en <https://ciesno.wordpress.com/wp-content/uploads/2020/06/cie-de-zapadores-sin-derecho-a-tener-derechos.pdf>

60. Disponibles en <https://sjme.org/informes/>

### **3.2. LAS RESOLUCIONES Y ACUERDOS DE LOS JUECES DE CONTROL DE LOS CIE**

Los Juzgados de Control de los CIE son juzgados de instrucción del partido judicial donde se encuentre el CIE competentes para la autorización del internamiento de extranjeros en dichos centros, así como del control de su estancia en los CIE y en las salas de inadmisión de fronteras. También conocen de las peticiones y quejas que planteen los internos en cuanto afecten a sus derechos fundamentales.

Su figura ha sido reconocida en los artículos 87.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, 62.6 de la LO 4/2000, y en el Reglamento CIE.

Por lo que interesa al presente capítulo, los Juzgados de Control de los CIE han señalado la insuficiencia de las prestaciones sanitarias de esos servicios en numerosas materias:

- Falta de medios personales: Auto del Juzgado de Instrucción n.º 6 de Madrid, de 30 de junio de 2017, y Auto del Juzgado de Instrucción de Algeciras-Tarifa, de 21 de marzo de 2018.
- Falta de medios materiales: Autos del Juzgado de Instrucción n.º 6 de Madrid, de 23 de diciembre de 2009 y de 15 de abril de 2011.
- Confirmación de que el servicio sanitario en el CIE debería ser idéntico al prestado en la sanidad pública: Auto del Juzgado de Control de Valencia de 26 de abril de 2011<sup>61</sup>.
- Falta de intérpretes: Auto del Juzgado de Control de Murcia, de 26 de julio de 2011.
- Falta e insuficiencia de emisión de informes y certificados: Auto de Juzgado de Instrucción n.º 6 de Madrid, de 2 de noviembre de 2011 y de 26 de diciembre de 2013; de Murcia, de 16 de julio de 2013, y de Barcelona, de 15 de enero de 2014.
- Falta e insuficiencia de historial médico: Auto del Juzgado de Instrucción n.º 6 de Madrid, de 20 de diciembre de 2016 y de 12 de enero de 2017.
- Falta de pruebas de detección de posibles enfermedades y deficiencia en su tratamiento: Auto del Juzgado de Instrucción de Algeciras-Tarifa, de 21 de marzo de 2018.

---

61. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/93ee2c067ece7f3f/20180212>

En la misma línea, en mayo de 2022, los Jueces de Control de los CIE de Madrid dictaron un acuerdo gubernativo que ya enfrentaba la vulneración de determinados derechos de los extranjeros internos en los CIE (el “**Acuerdo gubernativo**”)<sup>62</sup>.

Por lo que respecta al servicio de asistencia sanitaria, mediante el Acuerdo gubernativo se requería al director del CIE de Madrid:

- Asegurar la intimidad de los pacientes por la continua presencia policial en las consultas médicas.
- Realización de examen médico previo a la repatriación.
- Entrega de los informes sanitarios a los pacientes.
- Emisión y envío de forma correcta de los partes de lesiones.

Asimismo, los referidos jueces de Control del CIE adoptaron, con fecha 6 de noviembre de 2022, un acuerdo en cuya virtud se solicitaba a la Dirección General de la Policía la modificación del pliego de prescripciones técnicas para la contratación de reconocimientos y asistencia sanitaria en el ámbito de los CIE (el “**Acuerdo**”)<sup>63</sup>.

El Acuerdo se emite tras la solicitud de los jueces de un informe al responsable del Servicio Médico del CIE (perteneciente a la Administración) en el que se expusiera la situación de los servicios prestados por la empresa adjudicataria desde 2012.

Esta solicitud vino motivada por las propuestas sanitarias presentadas por las entidades sociales que denunciaban constantes deficiencias de los servicios ante el elevado número de quejas de las personas internas.

Pues bien, el Acuerdo reconoce deficiencias en la asistencia sanitaria que se presta en los CIE, y se indica que, tal y como se viene prestando hasta el momento, se vulneraría la normativa vigente, tanto la relativa a cuestiones sanitarias como la que regula el funcionamiento de los CIE. En especial, mediante el Acuerdo, se requirió la adopción de hasta siete medidas para la mejora de la atención sanitaria en los CIE:

- (i) Cambio del sistema de abastecimiento de medicación en los CIE y cumplimiento de la normativa relativa a la dispensación de recetas.
- (ii) Medidas oportunas para (a) disponer de metadona para la atención de las personas internas que precisen de dicho tratamiento; (b) con-

---

62. Disponible en: [https://www.mundoenmovimiento.org/wp-content/uploads/2022/11/220512\\_ACUERDO-CONJUNTO-MAGISTRADOS-CONTROL-CIE-.pdf](https://www.mundoenmovimiento.org/wp-content/uploads/2022/11/220512_ACUERDO-CONJUNTO-MAGISTRADOS-CONTROL-CIE-.pdf)

63. Disponible en: <https://www.mundoenmovimiento.org/wp-content/uploads/2022/11/Acuerdo-CIE.pdf>

tar con un turno de enfermería de 22:00 a 8:00 horas para garantizar, al menos, una asistencia sanitaria básica las 24 horas del día; (c) disponer de espacio y medios adecuados para la atención a las personas internadas; y (d) implantación de la historia clínica digital.

- (iii) Especificación de los criterios de calidad asistencial mínimos en el pliego de prescripciones técnicas que debe cumplir la empresa adjudicataria y definición detallada de las labores médicas y de enfermería, de forma separada y más minuciosa para que dicha empresa pueda contratar el perfil sanitario más adecuado.
- (iv) Revisión de la lista del material técnico obligatorio que debe aportar la empresa adjudicataria al servicio médico.
- (v) Celebración de acuerdos, convenios o contratos que cubran la necesidad eventual de hospitalización de los extranjeros internados, así como de asistencia médica especializada.
- (vi) Especificación, en las condiciones de contratación de la empresa adjudicataria, de aportar una estadística completa con datos concretos y desglosados sobre la asistencia sanitaria realizada.
- (vii) Implantación de atención psicológica.

Por lo tanto, dichos parámetros serían los considerados por los jueces de Control de los CIE como adecuados y suficientes para el respeto del derecho a la atención sanitaria de las personas privadas de libertad en estos centros.

### **3.3. EL RECONOCIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA AGE POR LA PRESTACIÓN SANITARIA INSUFICIENTE EN LOS CIE: EL CASO DE LA SRA. SM**

La AGE reconoció su responsabilidad patrimonial por los daños causados como consecuencia del fallecimiento de la Sra. SM durante su internamiento en el CIE de Madrid.

La Sra. SM, ciudadana de la República Democrática del Congo, llegó a Melilla en agosto de 2011 y tuvo acceso al Centro de Estancia Temporal de Inmigrantes (“CETI”)<sup>64</sup>. En el CETI, tras una analítica, se detectó que era por-

64. De conformidad con los artículos 264 a 266 del Reglamento de la LO 4/2000, aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, los CETI de Ceuta y Melilla son establecimientos de la Administración pública, concebidos como dispositivos de primera acogida provisional y destinados a dar servicios y prestaciones sociales básicas al colectivo de inmigrantes y solicitantes de asilo que llegan a alguna de las ciudades con Estatuto de Autonomía, en tanto se realizan los trámites de identificación y chequeo médico previos a cualquier decisión sobre el recurso más adecuado en función de su situación administrativa en España.

tadora del VIH (virus de inmunodeficiencia humana), si bien no se le ofreció tratamiento médico alguno.

Tras tres meses en el CETI, la AGE solicitó al Juzgado de Instrucción de Melilla el ingreso de la Sra. SM en el CIE de Madrid. Ese internamiento en el CIE fue autorizado y en noviembre de 2011 la Sra. SM fue trasladada al CIE de Aluche en Madrid con el objeto de ser expulsada. Desde el segundo día de su ingreso en el CIE de Madrid, la Sra. SM acudió de forma reiterada a los servicios médicos acusando dolores. En los servicios médicos no se le realizaron analíticas ni se le ofreció ningún tratamiento médico. La Sra. SM acudió a los servicios médicos del CIE en diez ocasiones.

El día 19 de diciembre de 2011 acudió por última vez a los servicios médicos del CIE. Viendo el estado en el que se encontraba, se decidió su traslado de urgencia al Hospital 12 de Octubre de Madrid. El traslado se produjo mediante un coche patrulla. A las pocas horas del ingreso hospitalario falleció.

La autopsia concluyó que la causa de la muerte fue una infección oportunista que puede desarrollarse en caso de grave inmunodeficiencia generada por el VIH.

Como consecuencia de su fallecimiento, el Juzgado de Instrucción n.º 38 de Madrid incoó diligencias previas para determinar si el personal sanitario del CIE había incurrido en responsabilidad como consecuencia de su actuación. En fecha 18 de agosto de 2012, se dictó Auto de sobreseimiento provisional, que fue apelado ante la Audiencia Provincial de Madrid.

En junio de 2019, el Juzgado de lo Penal de Madrid, mediante su Sentencia n.º 201/2019, de 10 de junio, absolvió de las acusaciones de homicidio imprudente a uno de los médicos del CIE que atendió a la Sra. SM. Si bien reconoció la negligencia del servicio médico, consideró que se trataba de una infracción leve de la *lex artis* exigida y, por tanto, no punible. Además, la sentencia penal reprocha el funcionamiento deficiente por parte de la Administración y afirma que *“si se hubiera recibido el informe del CETI de Melilla donde se hacía constar que era portadora del VIH, hubiera estado clara la importancia de la enfermedad y la necesidad de ingreso inmediato”*.

En paralelo, con fecha 18 de diciembre de 2012, la madre e hija de la Sra. SM presentaron una reclamación de responsabilidad patrimonial de la AGE por los daños derivados del fallecimiento por su muerte. En particular, solicitaron indemnizaciones por los daños morales provocados por el fallecimiento de la Sra. SM.

Como es sabido, para apreciar la existencia de responsabilidad por parte de la Administración, es necesario que operen de forma cumulativa los ele-

mentos objetivos siguientes: *(i)* lesión en cualquiera de sus bienes y derechos, evaluable económicamente e individualizada con relación a una persona o grupo de personas (daño efectivo); *(ii)* que la lesión sea una consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos (relación causal); *(iii)* ausencia de fuerza mayor; y *(iv)* antijuridicidad de la lesión (ausencia del deber jurídico de soportarlo).

Esta reclamación de responsabilidad patrimonial de la AGE fue objeto del dictamen preceptivo del Consejo de Estado, que se emitió en fecha 18 de junio de 2020<sup>65</sup>. El Consejo de Estado informó favorablemente la reclamación de responsabilidad patrimonial de la AGE, con base en las siguientes consideraciones:

- (i) Los servicios dependientes del Ministerio de Sanidad, competente sobre el Hospital Comarcal de Melilla, no son responsables de los perjuicios del fallecimiento de la Sra. SM, en tanto que el hospital llevó a cabo la actuación que, en virtud de la práctica habitual, le correspondía desempeñar, ajustándose al protocolo aplicable.
- (ii) El Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, competente sobre el CETI de Melilla, es responsable de los perjuicios del fallecimiento de la Sra. SM por la falta de remisión por parte del CETI de la historia clínica de la interna al CIE de destino.

Cuando el personal del CETI tuvo conocimiento de que la Sra. SM iba a ser trasladada al CIE de Madrid, se elaboró un informe médico que se le entregó a la Policía en un sobre cerrado, junto con los efectos personales de la interna. No obstante, no quedó acreditado que el referido informe se le entregara a la Sra. SM o que llegase a ser recibido por el personal del CIE en el que ingresó. En este sentido, el dictamen del Consejo de Estado considera inadmisibles que no existiese ningún mecanismo que permitiese asegurar que una información tan relevante llegase debidamente al lugar al que la residente había sido destinada.

En particular, el Consejo de Estado manifiesta que la *“ausencia de un protocolo de transmisión de datos médicos que garantizase que la situación médica de los internos del CETI de Melilla fuese conocida por el personal sanitario del centro de destino es indicativa de una falta de coordinación entre los organismos implicados constitutiva de un supuesto de funcionamiento anormal de la Administración del que, en este caso concreto, se derivan consecuencias de indudable gravedad”*.

---

65. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2020-205>

*Añade que “aun cuando no puede afirmarse que, de haber sido recibido el correspondiente informe por el personal del CIE, la Sra. SM no habría fallecido, tampoco puede ponerse en duda que el desconocimiento de que era portadora del VIH tuvo una incidencia decisiva en la posterior actuación de los servicios médicos del centro de destino”.*

En definitiva, el dictamen concluye que una adecuada coordinación entre ambos centros, instrumentada a través de un protocolo de transmisión de los datos médicos de los internos, habría facilitado que el personal médico del CIE de Aluche prestase una mejor atención sanitaria a la Sra. SM.

- (iii) El Ministerio del Interior, competente sobre el CIE de Aluche en Madrid, es también responsable de los perjuicios del fallecimiento de la Sra. SM por no asegurar que las personas que ingresan en uno de los CIE reciban una atención y un trato adecuados.

En este sentido, quedó probado que la Sra. SM acudió en diez ocasiones a los servicios médicos del CIE sin que en ninguna de esas visitas se prescribiese, a la vista de su evidente deterioro físico, ninguna prueba diagnóstica que pudiese revelar la causa del empeoramiento de su estado de salud y el motivo por el que acudía reiteradamente a solicitar asistencia sanitaria. La ausencia de tales pruebas impidió conocer la inmunodeficiencia que padecía la Sra. SM y proporcionarle un tratamiento adecuado para la infección que, finalmente, acabó provocando su muerte.

Lo anterior sucedió por el hecho de no contar con la historia clínica de la paciente, lo que se debe a la ausencia de un protocolo de transmisión de los informes médicos de los internos entre los CETI y los CIE.

No obstante, también se reconoce que la actuación desplegada por el personal de los servicios médicos del CIE de Aluche fue insuficiente al prestarse una asistencia sanitaria deficiente.

De acuerdo con el dictamen del Consejo de Estado, se dictó la resolución del Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática del Gobierno de España, de 13 de octubre de 2020, por la que se estimó la reclamación de responsabilidad patrimonial de la AGE en favor de la madre y la hija de la Sra. SM.

La citada resolución concluyó que efectivamente existió un funcionamiento anormal de la Administración por la falta de coordinación entre el Ministerio del Interior —competente sobre el CIE de Madrid— y el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, que gestionaba el CETI de Melilla:

*“Por un lado, el daño imputable a la Administración radica en la falta de coordinación a través de un protocolo de transmisión de datos médicos entre el CETI y el CIE tal que, como se dice en las propuestas de resolución, de haber existido una obligación, de derivación de información sanitaria se habría tenido conocimiento de que la Sra. SM era portadora del VIH desde el ingreso en el centro de internamiento de extranjeros de Aluche y habría permitido prestar una mejor atención sanitaria a la interesada. La obligación de articular dicho instrumento de coordinación para asegurar la transmisión de datos médicos corresponde por igual a ambos ministerios. Por su parte, el CETI, que tenía conocimiento de la patología que sufría, debió asegurarse de que la información sanitaria fuera entregada efectivamente a la interesada o, al menos, de que dicha información llegara al centro de internamiento de Madrid al que iba trasladada. Por su parte, el CIE, ante las dolencias de la Sra. SM, debió reclamar dicha documentación al observar que carecía de la misma”.*

Asimismo, se declara la mala praxis y desatención por parte de la empresa privada prestadora del servicio sanitario del CIE de Aluche, en virtud de contrato adjudicado por el Ministerio del Interior:

*“Y por otro lado, en cuanto a la prestación de la asistencia sanitaria por el personal de [...] empresa contratada por el Ministerio del Interior para la prestación de este servicio, se desprende de la documentación obrante en el expediente que hubo una deficiente actuación en la prestación del servicio médico, ya que ninguno de los facultativos consideró conveniente realizar un análisis clínico a la interesada a pesar de las numerosas dolencias que padecía la Sra. SM por las que se les requirió su asistencia”.*

Lo anterior se tradujo (relación causal) en la muerte de la Sra. SM, por lo que se constató una lesión (daño efectivo), que no respondió a una causa de fuerza mayor, ni en ningún caso tenía el deber jurídico de soportarlo. En este sentido, la Resolución confirma la responsabilidad patrimonial de la AGE por la muerte de la Sra. SM debido a la deficiencias en los servicios de atención sanitaria en el CIE de Aluche, así como a la ausencia de un protocolo de derivación de historias clínicas entre el CETI y el CIE.

Las correspondientes indemnizaciones en favor de la madre y la hija de la Sra. SM se distribuyen a partes iguales entre el Ministerio del Interior, el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, y la empresa privada prestadora de los servicios sanitarios en el CIE.

#### **4. CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS DE PROPUESTAS DE ACTUACIÓN**

Del anterior análisis fáctico, normativo y jurisprudencial, se derivan las siguientes conclusiones:

- I. Los CIE son centros no penitenciarios cuyo ingreso y estancia tienen como finalidad asegurar la ejecución de una orden de expulsión del territorio nacional. Esta medida privativa de libertad tiene cobertura jurídica europea y española, sometida a garantías.
- II. La estancia de todo extranjero en el CIE es temporal. Según la normativa española, tiene una duración máxima de 60 días. Tras este plazo, la persona internada será devuelta a su país de origen o será puesta en libertad en situación de irregularidad administrativa con una orden de expulsión pendiente de ejecución.
- III. La normativa reconoce a todo extranjero interno el derecho a la asistencia sanitaria adecuada y suficiente.

Para ello, se prevén distintas obligaciones, entre las que destacan las siguientes: cobertura de atención especializada; aseguramiento de condiciones de accesibilidad e higiene, volumen de espacio, ventilación, agua, alumbrado y calefacción de las instalaciones y dependencias; disponibilidad de instrumentos y equipamiento para la atención permanente y de urgencia de los internos; disponibilidad de personal para la atención permanente y de urgencia de los internos; horario para la atención permanente y de urgencia de los internos; independencia en la actuación sanitaria y separación de los roles sanitarios y roles policiales; responsabilidad del servicio por un médico perteneciente a la AGE; cobertura de atención farmacéutica; protocolos para la aplicación en el caso de aislamientos de pacientes infectocontagiosos y prevención de epidemias; control de dieta alimenticia, aseo e higiene de los internos, supervisión de la higiene, confort y salubridad de sus dependencias, así como medidas para la higiene, calefacción, iluminación y ventilación de las dependencias; prestación del reconocimiento médico; desplazamientos para consulta médica o ingreso hospitalario y elaboración de informes sanitarios; y requisitos del personal sanitario que debe prestar el servicio de asistencia sanitaria.

- IV. La competencia para la prestación del servicio corresponde al Ministerio del Interior, si bien en la práctica ha aprobado su externalización a empresas privadas, bajo la responsabilidad de un médico de la AGE.

- V. En su prestación se han denunciado graves deficiencias en los servicios de atención sanitaria por parte de (i) múltiples instituciones y organizaciones nacionales oficiales y no gubernamentales, y (ii) los Juzgados de Control de los CIE. En particular, sobre la insuficiencia de las prestaciones sanitarias, la incorrección de los protocolos aplicados y el incumplimiento de la *lex artis* por parte del personal sanitario.
- VI. Por estos motivos, los Juzgados de Control de los CIE han solicitado la revisión de los pliegos que rigen la asistencia sanitaria en los CIE y, especialmente, la adopción de una serie de medidas para su mejora en numerosas áreas (farmacia, suministro de metadona, horario de asistencia sanitaria, estructura física del servicio, historia clínica digital, traslados sanitarios programados, convenios con otras entidades sanitarias, personal sanitario, material técnico y atención psicológica).

Con esto, y las obligaciones referidas, pueden observarse los estándares de calidad y de prestación del servicio de atención sanitaria en los CIE que la normativa y jurisprudencia fijan como adecuados y suficientes para el respeto del derecho de las personas internadas en los CIE.

- VII. En un caso en que las deficiencias del servicio fueron la causa del fallecimiento de una persona internada, la AGE ha reconocido su responsabilidad patrimonial y estimó la reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta por sus familiares.

En particular, se concluye que existió una falta de coordinación entre las Administraciones concurrentes en relación con la enfermedad grave de la Sra. SM, al faltar un protocolo de derivación de historias clínicas entre el CETI y el CIE, y una deficiente prestación del servicio sanitario por la entonces adjudicataria del contrato.

- VIII. El Ministerio del Interior, a través de la División Económica y Técnica del Cuerpo Nacional de Policía como órgano de contratación, debería configurar los pliegos de prescripciones técnicas de la licitación del servicio de manera que aseguren los estándares de calidad y de prestación del servicio de atención sanitaria en los CIE que la normativa y jurisprudencia fijan como adecuados y suficientes. De esta forma se garantizaría de forma efectiva el derecho a la atención sanitaria de las personas ingresadas en estos centros, como han anunciado los Juzgados de Control de los CIE.

**III.  
PROTECCIÓN INTERNACIONAL  
POR PERSECUCIÓN POR RAZONES  
DE GÉNERO**



### III.

## *Protección internacional por persecución por razones de género*

CAROLINA ALBUERNE GONZÁLEZ  
MARIA QUEROL GUILLEN

**Resumen:** *En la actualidad la legislación aplicable en España otorga protección a las personas que sufren persecución o temen ser perseguidas por motivos de género en su sentido más amplio. En este artículo se analizan tres áreas que plantean retos en el marco normativo y en las que los tribunales están ofreciendo interpretaciones integradoras; en concreto, (i) en relación con la acreditación de concurrencia de temores fundados de persecución por razón de género, (ii) las situaciones en que la persecución se lleva a cabo por agentes privados, y (iii) las medidas de protección respecto de personas que todavía se hallan fuera de España. De forma particular, se prestará atención a la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 4 de octubre de 2024, en los asuntos acumulados C-608/22 y C-609/22 que concluye, en relación con la situación de las mujeres procedentes de Afganistán, que en esos casos es viable reconocer la protección internacional fundada en una persecución por motivos de género sin necesidad de una singular acreditación de las circunstancias del caso.*

## 1. INTRODUCCIÓN

El concepto de “refugiado” viene recogido en el artículo 1(A) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 (“**Convención de Ginebra**”), comprendiendo a aquellas personas que tengan “fundados temores de ser perseguida[s] por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas” y:

- (i) que “*se encuentre[n] fuera del país de su nacionalidad*” y “*no pueda[n] o, a causa de dichos temores, no quiera[n] acogerse a la protección de tal país*”; o
- (ii) que, “*careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera[n] su residencia habitual no pueda[n] o, a causa de dichos temores, no quiera[n] regresar a él*”.

Dicho concepto ha evolucionado para adaptarse a las nuevas situaciones por las que las personas con temor fundado a ser perseguidas pueden ser merecedoras de protección internacional.

Pese a que no se ha modificado la Convención de Ginebra para incluirse de forma expresa la persecución por motivos de género, vía interpretativa sí se han incorporado a la Convención de Ginebra las razones de género como motivo de persecución frente a la que puede —y debe— otorgarse la condición de “*refugiado*”, con la consiguiente protección internacional<sup>66</sup>.

El presente capítulo tiene por objeto examinar el estado actual de la protección a personas perseguidas por motivos relacionados con su género, o con temor fundado a serlo, en España.

Adviértase de inicio que el término “género” se utilizará en sentido amplio a lo largo de este trabajo. Así, se examinarán también cuestiones como, por ejemplo, la persecución fundada en motivos de identidad de género o la orientación sexual de las personas solicitantes<sup>67</sup>.

El presente trabajo se centra principalmente en tres problemáticas actuales de la protección internacional por razones de género: (i) concurrencia de temores fundados de persecución por razones de género y acreditación de los elementos personales del caso; (ii) persecución operada por personas privadas, a través de conductas de violencia de género prohibidas por la legislación del país de origen, y (iii) las medidas de protección que pueden otorgarse frente a la persecución por motivos de género cuando las personas solicitantes todavía se encuentran fuera de España, con especial énfasis en las situaciones en que dichos familiares pueden ser perseguidos no solo por las razones que motivan la persecución de los refugiados que ya se hallan en España, sino también por razón de género.

---

66. Esta evolución se examina con más detalle en la Sección 2 del presente capítulo, haciendo especial hincapié en las cuestiones de género en la interpretación del precepto.

67. Por otro lado, no debemos entender la persecución por motivos de género en sentido estricto únicamente como cuestiones que impactan a las mujeres. La persecución de género puede referirse también a hombres cisgénero y heterosexuales en determinados contextos, en muchas ocasiones perseguidos por no conformar con el estándar de “masculinidad” exigido socialmente en el Estado de origen (UN Women, 2021). Aunque, en nuestro análisis de la cuestión actual en España, no hemos encontrado casos que examinen esta problemática, no puede descartarse que en un futuro se lleguen a plantear alegaciones de este tipo.

## 2. MARCO JURÍDICO APLICABLE

Con carácter previo a entrar a examinar el estado actual de la protección internacional por persecución por cuestiones de género en España, resulta preciso clarificar cuál es la base normativa para dicha protección internacional y, más concretamente, qué establece cada una de las normas aplicables en relación con el género de las personas solicitantes de protección.

En España, encontramos cuatro fuentes de normativa relevante para determinar esta cuestión: (i) normativa a nivel internacional; (ii) normativa dimanante del Consejo de Europa; (iii) normativa a nivel de la Unión Europea, y (iv) normativa a nivel nacional. Más allá de la existencia de dichos niveles normativos, los órganos del estado deberán atender no únicamente a la jurisprudencia interpretativa de dichas cuestiones dimanante de los tribunales nacionales, sino que también estarán vinculados por las decisiones de órganos a nivel supra e internacional. Entre dichos órganos, cabe destacar (i) a nivel internacional, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, cuyos dictámenes han sido calificados como vinculantes por el Tribunal Supremo<sup>68</sup>; y (ii) a nivel supranacional, tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

### 2.1. NORMATIVA REGULADORA DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL POR CUESTIONES DE GÉNERO A NIVEL INTERNACIONAL

En el plano internacional, la principal norma reguladora del derecho a la protección internacional es la Convención de Ginebra. El artículo 1(A)(2) de la Convención de Ginebra otorga el carácter de “*refugiado*” a:

[T]oda persona [...] [q]ue, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.

68. En este sentido, ver la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1263/2018, de fecha 17 de julio de 2018 (<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/14ee-f2e1ad3680ea/20180723>); Cervera Yñesta, Carlos; Sánchez Borjas, Diego (2023). Sobre el carácter vinculante de los dictámenes de los órganos de los tratados internacionales de derechos humanos en el ordenamiento jurídico español: a propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2018 y 13 de junio de 2023. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 63, pp. 245-264.

Por medio del Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967 (“**Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados**”), se modificó para eliminar las referencias “*como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951*” y “*a consecuencia de tales acontecimientos*” del citado precepto.

En consecuencia, la versión actual del artículo 1(A)(2) de la Convención de Ginebra define “*refugiado*” como sigue:

[T]oda persona [...] [q]ue, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.

España se adhirió a la Convención de Ginebra y al Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados el 22 de julio de 1978.

Como puede observarse, dicha definición no hace referencia expresa a las cuestiones de género como motivos de persecución, aludiendo únicamente a “*motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas*”. Aunque se planteó la modificación de la Convención de Ginebra para incluir en el texto los motivos de género, se descartó finalmente en pro de una interpretación que incluyese los motivos de género.

Sin embargo, el hecho de considerar el género como factor que hace que una persona pertenezca a un determinado “*grupo social*” no debe inducir a error, por cuanto, más allá de dicho factor, la persona perseguida por motivos de género puede ser simultáneamente perseguida por otro de los motivos previstos en el citado precepto. Así, es importante destacar que una persona puede pertenecer a más de un “*grupo social*” (siendo uno o varios de ellos por motivo de género), y ser perseguida por la pertenencia a todos ellos; de igual modo, también es compatible la persecución fundada en la pertenencia a un “*grupo social*” con aquella por los demás motivos mencionados en el artículo 1(A)(2) de la Convención de Ginebra.

Por último, en este plano merece también especial mención la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979 (“**CEDAW**”), ratificada por España el 16 de diciembre de 1983. Aunque la CEDAW no tenga por objeto la regulación de la protección internacional, el Comité CEDAW emitió la Recomendación General n.º 32 sobre las dimensiones de género del estatuto de refugiada, el asilo, la nacionalidad y la apatridia de las mujeres, de 2014, en que llamaba a los Estados a “*interpretar la*

*definición de ‘refugiado’ que figura en la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados de una manera acorde con las obligaciones de no discriminación e igualdad”, así como a “incorporar plenamente un enfoque que tenga en cuenta las cuestiones de género a la hora de interpretar los motivos reconocidos legalmente”, haciendo mención expresa a (i) la inclusión de los motivos de género en el concepto de pertenencia a un determinado “grupo social”, y (ii) la inclusión del género, sexo, y pertenencia a la comunidad LGBTI en la legislación nacional como motivos que justifican la solicitud de protección internacional. Si bien, a diferencia de los dictámenes, las recomendaciones del Comité CEDAW no son vinculantes, sí serán tenidas en cuenta por el propio Comité para la emisión de dictámenes vinculantes.*

## **2.2. NORMATIVA REGULADORA DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL POR CUESTIONES DE GÉNERO A NIVEL DEL CONSEJO DE EUROPA**

En el marco del Consejo de Europa, del que España es parte, resulta particularmente relevante para la protección internacional por cuestiones de género el Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica, de 11 de mayo de 2011 (el “**Convenio de Estambul**”).

Concretamente, el Capítulo VII recoge ciertas medidas que son de aplicación en materia de migración y asilo, destacando:

- (i) El artículo 59, que regula la obligación de garantizar que las víctimas de violencia doméstica tengan acceso a un estatuto de residente independiente del de su cónyuge o pareja de hecho, así como para evitar que su eventual procedimiento de expulsión dependa de dicho cónyuge o pareja de hecho.
- (ii) El artículo 60, que establece, en relación con las solicitudes de asilo basadas en el género, que:
  1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que la violencia contra las mujeres basada en el género pueda reconocerse como una forma de persecución en el sentido del artículo 1, A (2) del Convenio, relativo al estatuto de los refugiados de 1951 y como una forma de daño grave que da lugar a una protección complementaria o subsidiaria.
  2. Las Partes velarán por la aplicación a cada uno de los motivos del Convenio de una interpretación sensible con respecto al género y por que los solicitantes de asilo puedan

obtener el estatuto de refugiado en los casos en que haya quedado establecido que el riesgo de persecución está basado en uno o varios de esos motivos, conforme a los instrumentos pertinentes aplicables.

3. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para desarrollar procedimientos de acogida sensibles al género y servicios de apoyo a los solicitantes de asilo, así como directrices basadas en el género y procedimientos de asilo sensibles al género, incluidos los relativos a la obtención del estatuto de refugiado y a la solicitud de protección internacional.

### **2.3. NORMATIVA REGULADORA DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL POR CUESTIONES DE GÉNERO A NIVEL DE LA UNIÓN EUROPEA**

Entre los retos actuales a los que se enfrenta la Unión Europea, se encuentra el establecimiento de una política europea común en materia de migración y asilo. Sin perjuicio de las constantes conversaciones que existen a tal efecto entre los Estados miembros, lo cierto es que el acervo comunitario, por medio de directivas, ya recoge en gran medida una política migratoria común y, más concretamente, regula cuestiones relativas al rol del género, sexo, identidad de género y orientación sexual en la concesión de protección internacional.

En este sentido, una de las principales directivas en materia de protección internacional fue la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida. Dicha directiva fue refundida por medio de la Directiva 2011/95/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (la “**Directiva 2011/95**”).

La Directiva 2011/95 contiene una serie de preceptos que contemplan de forma expresa qué rol se debe atribuir al género, orientación sexual e identidad sexual de los solicitantes de protección internacional, entre los que destacamos los siguientes preceptos:

- (i) El artículo 9 de la Directiva 2011/95, encargado de regular qué actos deben calificarse como “*actos de persecución*” a la luz del ya mencionado

artículo 1(A) de la Convención de Ginebra, define dichos actos de la siguiente manera:

Para ser considerados actos de persecución en el sentido del artículo 1, sección A, de la Convención de Ginebra, los actos deberán:

- a) ser suficientemente graves por su naturaleza o carácter reiterado como para constituir una violación grave de los derechos humanos fundamentales, en particular los derechos que no puedan ser objeto de excepciones al amparo del artículo 15, apartado 2, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, o bien
- b) ser una acumulación de varias medidas, incluidas las violaciones de los derechos humanos, que sea lo suficientemente grave como para afectar a una persona de manera similar a la mencionada en la letra a).

Asimismo, dicho precepto recoge expresamente en su apartado 2(f) que “[l]os actos de persecución definidos en el apartado 1 podrán revestir, entre otras, las siguientes formas: [...] actos dirigidos contra las personas por razón de su sexo o por ser niños.”

- (ii) El artículo 10 de la Directiva 2011/95, en su apartado 2(d), al definir qué deben tener en cuenta los Estados a la hora de valorar los motivos de persecución, establece la obligación de considerar como “*un determinado grupo social*” a un grupo que cumpla los siguientes requisitos cumulativos:

- los miembros de dicho grupo comparten una característica innata o unos antecedentes comunes que no pueden cambiarse, o bien comparten una característica o creencia que resulta tan fundamental para su identidad o conciencia que no se les puede exigir que renuncien a ella, y
- dicho grupo posee una identidad diferenciada en el país de que se trate por ser percibido como diferente por la sociedad que lo rodea.

De forma específica, dicho precepto recoge también qué relevancia tienen las cuestiones de género en la definición de “*un determinado grupo social*”, a saber:

En función de las circunstancias imperantes en el país de origen, podría incluirse en el concepto de grupo social de-

terminado un grupo basado en una característica común de orientación sexual.[...] Los aspectos relacionados con el sexo de la persona, incluida la identidad de género, se tendrán debidamente en cuenta a efectos de determinar la pertenencia a un determinado grupo social o de la identificación de una característica de dicho grupo;

- (iii) El artículo 20 de la Directiva 2011/95 incorpora también, como criterio interpretativo a la hora de valorar el contenido de la protección internacional, cuestiones relacionadas con el género que estén derivadas de “*la situación específica de personas vulnerables*”. Como ejemplos de “*personas vulnerables*”, dicho precepto hace referencia expresa a “*las mujeres embarazadas*”, “*los padres solos con hijos menores*” —situación que afecta de forma especial a las mujeres—, “*las víctimas de trata de seres humanos*” —nuevamente, situación que afecta mayoritariamente a mujeres—, o a “*las personas que hayan padecido tortura, violación u otras formas graves de violencia psicológica, física o sexual*” —de nuevo, situaciones que las personas típicamente afectadas por cuestiones de género como mujeres o personas de la comunidad LGBTI sufren con mayor frecuencia—, entre otras. Dichas personas vulnerables, eso sí, deberán tener “*necesidades especiales comprobadas tras una evaluación individual de su situación.*”

Asimismo, y aunque no exclusivamente relacionados con cuestiones de género, los siguientes preceptos, que regulan qué agentes pueden calificarse como “*agentes de persecución o causación de daños graves*” y como “*agentes de protección*”, respectivamente, van a resultar relevantes en nuestro análisis:

- (i) El artículo 6 de la Directiva 2011/95 califica como “*agentes de persecución o causantes de daños graves*”, entre otros, a:
- a) el Estado;
  - b) partidos u organizaciones que controlan el Estado o una parte considerable de su territorio;
  - c) agentes no estatales, si puede demostrarse que los agentes mencionados en las letras a) y b), incluidas las organizaciones internacionales, no pueden o no quieren proporcionar la protección contra la persecución o los daños graves definida en el artículo 7.

Cabe destacar que esta no es una lista exhaustiva, tal y como se desprende de la mención “*entre otros*” previa a listar los tres ejemplos citados que consta en el artículo, y de la literalidad del artículo 6(c).

### III. PROTECCIÓN INTERNACIONAL POR PERSECUCIÓN POR RAZONES DE GÉNERO

(ii) Por su parte, el artículo 7 de la Directiva 2011/95, incluye de forma exclusiva a los siguientes “*agentes de protección*” frente a la persecución o los daños graves:

a) el Estado, o

b) partidos u organizaciones, incluidas las organizaciones internacionales, que controlan el Estado o una parte considerable de su territorio, siempre que quieran y puedan ofrecer protección con arreglo a lo dispuesto en el apartado 2.

A diferencia de los agentes de persecución o causantes de daños graves, la lista de agentes de protección sí es *numerus clausus*.

El artículo 7 de la Directiva 2011/95 establece también cómo debe brindarse dicha protección, así como los criterios para determinar si una organización internacional ostenta el control sobre parte o la totalidad de un Estado:

2. La protección contra la persecución o los daños graves deberá ser efectiva y de carácter no temporal. En general se entenderá que existe esta protección cuando los agentes mencionados en el apartado 1, letras a) y b), tomen medidas razonables para impedir la persecución o el sufrimiento de daños graves, entre otras la disposición de un sistema jurídico eficaz para la investigación, el procesamiento y la sanción de acciones constitutivas de persecución o de daños graves, y el solicitante tenga acceso a dicha protección.

3. Al valorar si una organización internacional controla un Estado o una parte considerable de su territorio y proporciona la protección descrita en el apartado 2, los Estados miembros tendrán en cuenta la orientación que pueda desprenderse de los actos pertinentes de la Unión.

Tanto de la exposición de motivos de la Directiva 2011/95 como de su artículo 3, se desprende que esta es una directiva de mínimos, pudiendo cada Estado miembro “*introducir o mantener disposiciones más favorables*” para los solicitantes de protección internacional que las establecidas en la Directiva 2011/95, siempre y cuando dichas normas más favorables sean compatibles con la Directiva.

Existen, asimismo, otras directivas relevantes en materia de protección internacional, a saber:

(i) La Directiva 2013/32/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (refundición) (la

“**Directiva 2013/32**”). Dicha Directiva regula, entre otras cuestiones, (a) el apoyo al personal que examina las solicitudes de protección internacional por parte de asesores expertos en cuestiones de género (artículo 10.3(d)); o (b) la adopción de medidas especiales para garantizar que quien realiza las entrevistas personales a los solicitantes de protección internacional sea competente para tener en cuenta las circunstancias personales de la persona solicitante y, en particular, “*su género, su orientación sexual, [o] su identidad de género*” (artículo 15.2(a)).

- (ii) La Directiva 2003/86/CE, del Consejo, de 22 de septiembre, sobre el derecho a la reagrupación familiar (la “**Directiva 2003/86**”). En su Considerando 5º, la Directiva 2003/86 establece que “[l]os Estados miembros deben aplicar las disposiciones de la presente Directiva sin ningún tipo de discriminación por razón de sexo, raza, color, origen étnico o social, características genéticas, lengua, religión o ideología, opiniones políticas o de otro tipo, pertenencia a minoría nacional, fortuna, nacimiento, minusvalía, edad u orientación sexual”.

#### **2.4. NORMATIVA REGULADORA DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL POR CUESTIONES DE GÉNERO A NIVEL NACIONAL**

En el marco legislativo nacional, la protección internacional por cuestiones de género se regula en la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (la “**Ley de Asilo**”).

Tras la modificación operada por la disposición final décima de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para a garantía de los derechos de las personas LGTBI, el artículo 3 de la actual Ley de Asilo recoge de forma expresa la persecución ya no únicamente por motivos de género u orientación sexual, sino también aquella fundada en la identidad sexual del solicitante:

La condición de refugiado se reconoce a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género, orientación sexual o de identidad sexual, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país, o al apátrida que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, por los mismos motivos no puede o, a causa de dichos temores, no quiere regresar a él, y no esté incurso en alguna de las causas de exclusión del artículo 8 o de las causas de denegación o revocación del artículo 9.

Asimismo, en su artículo 7, la Ley de Asilo incorpora a la definición de “*grupo social determinado*” las cuestiones de género, orientación sexual e identidad

sexual, con el matiz que dichos aspectos, por sí solos, no pueden dar lugar a la protección internacional:

En función de las circunstancias imperantes en el país de origen, se incluye en el concepto de grupo social determinado un grupo basado en una característica común de orientación sexual o identidad sexual, y, o, edad, sin que estos aspectos por sí solos puedan dar lugar a la aplicación del presente artículo. En ningún caso podrá entenderse como orientación sexual, la realización de conductas tipificadas como delito en el ordenamiento jurídico español.

Asimismo, en función de las circunstancias imperantes en el país de origen, se incluye a las personas que huyen de sus países de origen debido a fundados temores de sufrir persecución por motivos de género y, o, edad, sin que estos aspectos por sí solos puedan dar lugar a la aplicación del presente artículo.

No debemos olvidar, sin embargo, que para que un grupo constituya un “*grupo social determinado*”, deben cumplirse dos requisitos cumulativos, y que también vienen recogidos en el propio artículo 7.1(e), a saber, que:

- las personas integrantes de dicho grupo comparten una característica innata o unos antecedentes comunes que no pueden cambiarse, o bien comparten una característica o creencia que resulta tan fundamental para su identidad o conciencia que no se les puede exigir que renuncien a ella, y
- dicho grupo posee una identidad diferenciada en el país de que se trate por ser percibido como diferente por la sociedad que lo rodea o por el agente o agentes perseguidores.

Teniendo en cuenta la regulación descrita anteriormente, la persecución por motivos de género cuenta con una doble vía de entrada en nuestro ordenamiento actual: (i) como motivo de persecución expresamente reconocido en el artículo 3; y (ii) como parte del concepto de “*grupo social determinado*” del artículo 3 según los criterios interpretativos recogidos en el artículo 7.

Por último, a efectos del presente capítulo, cabe hacer mención expresa al artículo 40 de la Ley de Asilo, en que se regula la extensión familiar del derecho de asilo o de la protección subsidiaria, según corresponda, y que establece que:

1. El restablecimiento de la unidad familiar de las personas refugiadas y beneficiarias de protección subsidiaria podrá garantizarse mediante la concesión, respectivamente, del derecho de asilo o de la protección subsidiaria por extensión familiar, en los siguientes supuestos:

a) Los ascendientes en primer grado que acreditasen la dependencia y sus descendientes en primer grado que fueran menores de edad, quedando exceptuado el derecho a la extensión familiar en los supuestos de distinta nacionalidad.

Las relaciones familiares de los ascendientes y descendientes deberán establecerse mediante las pruebas científicas que sean necesarias, en los casos donde no pueda determinarse sin dudas esa relación de parentesco.

b) El cónyuge o persona ligada por análoga relación de afectividad y convivencia, salvo los supuestos de divorcio, separación legal, separación de hecho, distinta nacionalidad o concesión del estatuto de refugiado por razón de género, cuando en el expediente de la solicitud quede acreditado que la persona ha sufrido o tenido fundados temores de sufrir persecución singularizada por violencia de género por parte de su cónyuge o conviviente.

c) Otro adulto que sea responsable del beneficiario de protección internacional, de acuerdo con la legislación española vigente, cuando dicho beneficiario sea un menor no casado.

d) Podrá también concederse asilo o protección subsidiaria por extensión familiar a otros miembros de la familia de la persona refugiada o beneficiaria de protección subsidiaria siempre que resulte suficientemente establecida la dependencia respecto de aquellas y la existencia de convivencia previa en el país de origen.

2. La Oficina de Asilo y Refugio tramitará las solicitudes de extensión familiar presentadas. Una vez instruidas se procederá, previo estudio en la Comisión interministerial de Asilo y Refugio, a elevar la propuesta de resolución al Ministro del Interior, quien resolverá.

3. La resolución por la que se acuerde la concesión del derecho de asilo o de la protección subsidiaria por extensión familiar conllevará para los beneficiarios los efectos previstos en el artículo 36.

4. En ningún caso se concederá protección internacional por extensión familiar a las personas incurso en los supuestos previstos en los apartados 2 y 3 del artículo 8 y en los artículos 9, 11 y 12 de la presente ley.

### **3. LA APLICACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO POR LOS TRIBUNALES**

Teniendo en cuenta el estado actual de la regulación aplicable en España en materia de protección internacional, no cabe duda de que la normativa prevé que pueda otorgarse protección a las personas que sufren persecución o temen ser perseguidas por motivos de género en su sentido más amplio —como mencionábamos anteriormente, incluyendo cuestiones de identidad de género u orientación sexual en dicha definición—.

Hemos identificado tres áreas en que, por los retos que plantea la aplicación del marco normativo actual y su interpretación por los tribunales, pueden presentar ciertos retos:

- (i) La acreditación del requisito de concurrencia de temores fundados de persecución por razón de género y la acreditación de los elementos personales del caso, cuestión que examinamos en la Sección 3.1.
- (ii) Las situaciones en que la persecución por motivos de género se lleva a cabo por agentes privados en Estados donde existe una prohibición de esas conductas de persecución. La Sección 3.2 trata esta cuestión en detalle.
- (iii) Finalmente, en la Sección 3.3 se analizan las medidas de protección que se conceden a personas que todavía se hallan fuera de España, en especial a familiares de refugiados respecto a quien se solicita extensión de la protección internacional. Más concretamente, se examinan las especificidades de dicha situación cuando los familiares de las personas refugiadas pueden ser perseguidos también por cuestiones de género.

Adviértase que esta lista no pretende ser una enumeración exhaustiva de todos los retos que plantean las cuestiones de género a la hora de examinar solicitudes de protección internacional. Por la propia dimensión de las cuestiones de género, así como la rápida evolución que sufren las formas de persecución por estas causas, el análisis pormenorizado de todos y cada uno de los retos sería inabarcable en el presente capítulo, por lo que nos limitaremos a lo dispuesto en determinadas resoluciones judiciales sobre los antecitados aspectos.

#### **3.1. EL REQUISITO DE CONCURRENCIA DE TEMORES FUNDADOS DE PERSECUCIÓN POR RAZÓN DE GÉNERO Y ACREDITACIÓN DE LOS ELEMENTOS PERSONALES DEL CASO**

##### **3.1.1. El requisito de acreditación de elementos personales relativos al caso concreto en materia de persecución por razón de género**

A la hora de examinar las peticiones de protección internacional basadas en persecución o temores fundados de persecución por razón de género, la juris-

prudencia de nuestro país es consistente a la hora de exigir que se acrediten los elementos personales del caso. Así, de forma general, incluso cuando se acredita pertenencia a un determinado grupo racial, social, político, de género, u otro de los protegidos en la Ley de Asilo, y que dicho grupo es perseguido, ello no es suficiente a efectos de solicitar protección internacional, debiendo acreditarse, además, que en la persona solicitante concurren elementos personales que le llevan a ser perseguido a tener temores fundados de serlo por estas razones.

Este requisito se ha mantenido hasta la actualidad. A modo de ejemplo, reseñamos algunas resoluciones judiciales recientes en que se mantiene dicha exigencia:

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso, Sección 5), de 13 de marzo de 2024 (Recurso n.º 742/2022; Ponente: Margarita Encarnación Pazos Pita; Roj: SAN 1310/2024 - ECLI:ES:AN:2024:1310)<sup>69</sup>. En este caso, la solicitante de asilo era una mujer nacional de Nigeria, estado en que alegaba haber estado perseguida por un hombre de su poblado por negarse a contraer matrimonio con él. Dichos actos de persecución provocaron la huida de la pareja de la solicitante, lo cual causó que ella y sus hijas fueran desahuciadas, al no poder hacer frente a las facturas y el alquiler. Los motivos por los que se desestimó la solicitud fueron las incoherencias del relato de la solicitante, que no permitían tener por acreditado que la solicitante hubiera sufrido personalmente la persecución alegada:

*De dicho relato se desprende la alegación de un motivo de persecución protegible conforme a la Convención y al artículo 7 de la Ley de asilo, cuales son las razones de género, pero lo cierto es que se trata de un relato que no resulta plausible ni verosímil, presentando incoherencias que explica por menorizadamente la Administración, y sobre las que no arroja luz alguna la recurrente en sede de demanda; escrito en el que, además de invocarse la situación de la mujer en Nigeria sin particularización respecto de la solicitante, se añade que el relato “deja entrever que ha podido ser víctima de trata, aunque por miedo y por su educación no lo relate”, lo que sin embargo no deja de ser una alegación que se introduce ex novo y sin mayor desarrollo ni acreditación, siquiera por elemento meramente indiciario.*

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso, Sección 1), de 19 de abril de 2024 (Recurso n.º 177/2022; Ponente: María Luz Lourdes Sanz Calvo; Roj: SAN 1765/2024 - ECLI:ES:AN:2024:1765)<sup>70</sup>. Dicha resolución versa

69. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/8a41de2a593e10a8a0a8778d75e36f0d/20240402>

70. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/9cebf2fbd485a763a0a8778d75e36f0d/20240506>

sobre una solicitud de protección internacional interpuesta por una persona nacional de Argelia, que manifestó ser perseguida por ser homosexual. Pese a que no se discute que las relaciones homosexuales son penadas en Argelia, la Audiencia Nacional concurre con la Resolución de la Directora General de Política Interior, en tanto que:

*[A]unque la efectiva persecución de la homosexualidad en un país es un presupuesto necesario para que pueda apreciarse la necesidad de protección internacional (tal como exige la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2015, Rec. 263/2015), no es en sí misma un elemento suficiente para poder dispensar dicha protección. Ese dato no puede desconectarse de las circunstancias concretas del solicitante, dado que, en caso contrario, bastaría una mera alegación de homosexualidad por parte de cualquier ciudadano procedente de un país en el que las prácticas homosexuales fueran efectivamente perseguidas para obtener, automáticamente la protección internacional. Y aunque esto no significa en ningún caso que sea exigible al solicitante de protección una prueba plena de haber sufrido persecución por tal motivo, lo cierto es que en este caso y según lo que anteriormente hemos expuesto, aquél realizó un relato calificado por la Administración como incoherente, inverosímil e insuficiente y que no permite apreciar la existencia de un fundado temor a ser perseguido por este motivo, criterio que es compartido por ACNUR en el informe sobre la solicitud de reexamen, emitido con fecha 7 de enero de 2022.*

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso, Sección 4), de 24 de enero de 2024 (Recurso n.º 1590/2020; Ponente: Santos Honorio de Castro García; Roj: SAN 976/2024 - ECLI:ES:AN:2024:976)<sup>71</sup>. Dicho caso versaba sobre la persecución que alegaba haber sufrido la persona solicitante de asilo por razón de su identidad de género, primero por su familia en su país de origen (Perú) y, más tarde, en Argentina, como consecuencia de los cambios en su apariencia derivados del tratamiento hormonal. Así, la Sentencia concluyó:

*[A]dmittiendo que la persecución a cargo de agentes no estatales puede alcanzar el nivel de una persecución protegible que da lugar a la protección internacional, en todo caso, como se indica en la STS de 19 de diciembre de 2008 (RC 4407/2005), «esta doctrina general debe ser necesariamente puesta en relación con las específicas circunstancias de cada solicitante de asilo, dado el carácter fuertemente casuístico de esta materia»; pues, incluso en los casos en que se advierte la existencia de actos de persecución imputables a agentes distintos de los estatales, el dato relevante para dar*

71. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/36e272b609ff72ada0a8778d75e36f0d/20240318>

*lugar a la concesión de la protección internacional es si puede considerarse suficientemente acreditada una situación de aquietamiento, pasividad, desidia o impotencia de las autoridades de su país a la hora de investigar los hechos y otorgarle protección.*

*En definitiva, cuando el solicitante de asilo invoca una persecución a cargo de bandas, grupos o estructuras no estatales, le corresponderá justificar -al nivel indiciario requerido en esta materia según constante jurisprudencia- que ha sufrido actos de persecución (en el sentido del artículo 6 de la Ley de Asilo 12/2009); que esos actos de persecución traen causa de, o hacen referencia a motivos de persecución protegibles ( artículos 3 y 7 de la misma Ley), esto es, por fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual; y que las autoridades estatales no quieren o no pueden proporcionar una protección eficaz frente a tales actos ( STS 15 de febrero de 2016 -rec. 2821/2015-).*

En consecuencia, para acreditar que se sufre o puede sufrirse persecución no bastará con acreditar que el estado persiga o tolere la persecución a un colectivo al que se pertenece, sino también qué concretas razones, más allá de su pertenencia a dicho grupo diferenciado, llevan a la persona solicitante a ser perseguida o tener temor fundado de serlo. Debe lograrse la acreditación de la “*situación de aquietamiento, pasividad, desidia o impotencia de las autoridades de su país a la hora de investigar los hechos y otorgarle protección*”.

### **3.1.2. Hacia una protección fundada únicamente por motivos de género sin necesidad de una singular acreditación de las circunstancias del caso: la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 4 de octubre de 2024, en los asuntos acumulados C-608/22 y C-609/22**

Esta cuestión ha sido objeto de una petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo (*Verwaltungsgerichtshof*) de Austria frente al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (asuntos acumulados C-608/22 y C-609/22)<sup>72</sup>, resuelta de forma reciente mediante Sentencia de 4 de octubre de 2024 (“**STJUE de 4 de octubre de 2024**”). La cuestión trae causa de las graves vulneraciones de los derechos a las mujeres que suceden en Afganistán desde la vuelta al poder del régimen talibán, y la consiguiente huida de las mujeres afganas de dicho país, solicitando asilo en muchas ocasiones en Estados miembros de la Unión Europea.

72. Disponible en:

[https://curia.europa.eu/juris/document/document\\_print.jsf?mode=lst&pageIndex=0&docid=279507&part=1&doclang=ES&text=&dir=&occ=first&cid=4990132](https://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?mode=lst&pageIndex=0&docid=279507&part=1&doclang=ES&text=&dir=&occ=first&cid=4990132)  
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:62022CJ0608>

En palabras del Abogado General Richard de la Tour, en las conclusiones emitidas con carácter previo al dictado de la STJUE de 4 de octubre de 2024, “*la situación de las niñas y las mujeres de ese país se ha deteriorado rápidamente hasta tal punto que cabe hablar de la negación misma de su identidad*”. La disyuntiva a la que se enfrentan los estados que reciben peticiones de asilo por motivos de género en casos tan graves como es el de Afganistán es clara: ¿debe otorgarse protección a las mujeres perseguidas únicamente como consecuencia de su género o, por contra, deben examinarse de forma pormenorizada las circunstancias del caso concreto de cada solicitante?

En sus conclusiones, el Abogado General Richard de la Tour abogaba por permitir que los Estados, en uso de su margen de apreciación, prescindieran de dicho análisis pormenorizado en al examinar las solicitudes de protección internacional presentadas por las mujeres provenientes de Afganistán, atendiendo únicamente a razones de género:

72. [...] [L]as solicitudes de protección internacional presentadas por las niñas y las mujeres afganas presentan, en mi opinión, características propias que permiten a las autoridades competentes adaptar los métodos de apreciación de dichas solicitudes.

73. En efecto, las medidas discriminatorias a las que podrían verse expuestas las niñas y las mujeres afganas forman parte de un régimen de segregación y de opresión que se les aplica por el mero hecho de estar presentes en ese territorio, sin tener en consideración su identidad o sus circunstancias personales. Ciertamente, si bien es posible que una solicitante en concreto no se vea afectada por una o varias de las medidas de que se trata debido a unas características específicas, sigue estando expuesta a restricciones y privaciones que, ya sean consideradas aisladamente, ya de manera conjunta, alcanzan un nivel de gravedad equiparable al exigido por el artículo 9, apartado 1, letra a), de la Directiva 2011/95.

[...]

74. En tales circunstancias, nada se opone, a mi juicio, a que una autoridad competente considere, a la luz de toda la información de que disponga, que no es necesario demostrar que la solicitante se ve afectada por unas medidas debido a características distintivas diferentes de su sexo.

[...]

76. Me parece que tales métodos de apreciación se inscriben en el margen de maniobra que el legislador de la Unión otorga a los Estados miembros en el artículo 3 de la Directiva 2011/95. En

virtud de dicho artículo, los Estados miembros pueden introducir o mantener normas más favorables en particular para determinar quién reúne los requisitos para ser reconocido como refugiado, siempre y cuando tales normas sean compatibles con esta Directiva. Como señaló el Tribunal de Justicia en la sentencia de 9 de noviembre de 2021, *Bundesrepublik Deutschland (Mantenimiento de la unidad familiar)*, dichas normas pueden consistir, en particular, en flexibilizar los requisitos que se han de reunir para disfrutar del estatuto de refugiado y no pueden ir en contra del sistema general o de los objetivos de esta Directiva.

77. Pues bien, en mi opinión, esos métodos de apreciación no pueden ir en contra del sistema general y la finalidad de la Directiva 2011/95, siempre y cuando el estatuto de refugiado sea concedido tras un examen adecuado y completo de la necesidad de protección internacional del solicitante, de conformidad con los requisitos establecidos para la concesión de tal estatuto en los capítulos II y III de dicha Directiva.

78. A la luz de estos elementos, considero que el artículo 4, apartado 3, letra c), de la Directiva 2011/95 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que, en el marco del examen de la situación particular y las circunstancias personales de la solicitante, necesario a efectos de la evaluación individual de la solicitud de protección internacional, las autoridades nacionales competentes determinen la existencia de fundados temores a ser perseguida por razón de su sexo, sin necesidad de valorar otros elementos propios de sus circunstancias personales.

En la STJUE de 4 de octubre de 2024, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea señala que las medidas adoptadas por el Estado de Afganistán, en tanto que constituyen una acumulación de medidas discriminatorias contra las mujeres que suponen que estas no cuenten con protección legal alguna contra la violencia de género, la violencia doméstica o el matrimonio forzado, obligándolas a cubrir por completo su rostro y su cuerpo y restringiendo su libertad de movimientos, prohibiendo su acceso al trabajo, a la educación y la práctica de deportes, privándolas de participar en la vida política de forma que menoscaban el respeto a la dignidad humana garantizado por el artículo 1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y que son además medidas impuestas o toleradas por “agentes de persecución” en el sentido del artículo 6 de la Directiva 2011/95, son “actos de persecución” a los efectos del artículo 9.1(d) de la Directiva 2011/95. Para alcanzar dicha conclusión, la STJUE de 4 de octubre de 2024 analiza las medidas adoptadas por el Estado de Afganistán, apreciando que:

42. En el presente asunto, como destaca, en esencia, el Abogado General en el punto 54 de sus conclusiones, no cabe duda de que, con independencia de la represión a la que se exponen las mujeres afganas en caso de inobservancia de las normas impuestas por el régimen de los talibanes —que por sí solas pueden constituir un acto de persecución a efectos del artículo 9, apartado 1, de la Directiva 2011/95—, las medidas discriminatorias a que se refiere el órgano jurisdiccional remitente alcanzan la gravedad exigida, tanto por su intensidad y efecto acumulativo como por las consecuencias que acarrearán para la mujer afectada.

43. Por un lado, algunas de esas medidas deben considerarse por sí solas «actos de persecución» a efectos del artículo 9, apartado 1, letra a), de la Directiva 2011/95. Así sucede, en particular, con el matrimonio forzado, que es asimilable a una forma de esclavitud, la cual está prohibida por el artículo 4 del CEDH, y con la ausencia de protección contra la violencia de género y la violencia doméstica, que constituyen formas de tratos inhumanos y degradantes, los cuales están proscritos por el artículo 3 del CEDH.

44. Por otro lado, aun suponiendo que, observadas aisladamente, las medidas discriminatorias contra la mujer que restringen su acceso a la atención sanitaria, a la vida política y a la educación y su ejercicio de una actividad retribuida o deportiva, o que obstaculizan su libertad de movimientos, o incluso menoscaban su libertad respecto a cómo vestirse, no constituyan una violación lo suficientemente grave de un derecho fundamental a efectos del artículo 9, apartado 1, letra a), de la Directiva 2011/95, dichas medidas, observadas en conjunto, afectan a la mujer de tal manera que alcanzan la gravedad exigida para constituir actos de persecución a efectos del artículo 9, apartado 1, letra b), de dicha Directiva. En efecto, como señala, en esencia, el Abogado General en los puntos 56 a 58 de sus conclusiones, debido a su efecto acumulativo y a su aplicación deliberada y sistemática, dichas medidas conducen a negar de manera flagrante y con encarnizamiento a las afganas, por razón de su sexo, los derechos fundamentales vinculados a la dignidad humana. Tales medidas demuestran el establecimiento de una organización social basada en un régimen de segregación y de opresión en el que la mujer está excluida de la sociedad civil y privada del derecho a llevar una vida cotidiana digna en su país de origen.

45. Esa interpretación se ve corroborada por el artículo 9, apartado 2, de la Directiva 2011/95, que contiene una lista indicativa

de actos de persecución a efectos del apartado 1 del artículo 9 de dicha Directiva, entre los que figuran en las letras a) a c) y f) de dicho apartado los actos de violencia física o psíquica, incluidos los actos de violencia sexual, las medidas legislativas, administrativas, policiales o judiciales que sean discriminatorias en sí mismas o se apliquen de manera discriminatoria, los procesamientos o penas desproporcionados o discriminatorios y los actos dirigidos contra las personas por razón de su sexo.

46. Teniendo en cuenta todos los motivos anteriores, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 9, apartado 1, letra b), de la Directiva 2011/95 debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «acto de persecución» subsume una acumulación de medidas discriminatorias contra la mujer que son adoptadas o toleradas por quien a efectos del artículo 6 de dicha Directiva es un «agente de persecución» y que consisten en particular en provocar que la mujer no disponga de ninguna protección legal contra la violencia de género, la violencia doméstica y el matrimonio forzado, obligarla a cubrir su cuerpo y su rostro por completo, restringirle el acceso a la atención sanitaria y la libertad de movimientos, prohibirle ejercer una actividad retribuida o restringirle el ejercicio de esta, prohibirle el acceso a la educación y a la práctica de deporte alguno y privarla de participar en la vida política, siempre que dichas medidas, por su efecto acumulativo, menoscaben el respeto de la dignidad humana que garantiza el artículo 1 de la Carta.

Asimismo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea concluye también que nada obsta a que los Estados Miembros adopten normas más favorables a la Directiva 2011/95, por lo que, si las medidas a las que puede verse expuesta una mujer por razón de su género en el país de origen constituyen por sí mismas “actos de persecución”, las autoridades nacionales competentes no están obligadas a valorar “*datos propios de [las] circunstancias personales [de las solicitantes de asilo] más allá de los referidos a su sexo o nacionalidad*”. Habiendo concluido que la acumulación de medidas discriminatorias adoptadas o toleradas por agentes de persecución frente a las mujeres constituyen “actos de persecución” a los efectos del artículo 9.1(d) de la Directiva 2011/95, se pronuncia de forma expresa sobre la situación de las mujeres en Afganistán:

57. Siendo ello así, por lo que se refiere a las solicitudes de protección internacional presentadas por mujeres que son nacionales afganas, las autoridades nacionales competentes pueden considerar que actualmente no es necesario acreditar, en el examen in-

dividual de la situación de una solicitante de protección internacional, que esta corre un riesgo efectivo y específico de ser objeto de actos de persecución, si regresa a su país de origen, cuando se hayan acreditado los datos referidos a sus circunstancias personales, como su nacionalidad o sexo.

Esta importante resolución abre la puerta a que, en un caso tan grave como el de Afganistán, los Estados miembros prescindan de un análisis pormenorizado de las circunstancias que concurren en la persona concreta, siendo suficiente la gravedad de su persecución por características tan esenciales a su persona como son las cuestiones de género. Teniendo en cuenta lo reciente que es esta nueva sentencia, queda todavía por ver si su fallo puede hacerse extensivo a otras situaciones de persecución por motivos de género de máxima gravedad más allá de la situación concreta de Afganistán.

Finalmente, cabe señalar que esta no es la única resolución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea recaída en 2024 con una importante relevancia para las mujeres solicitantes de asilo por persecución fundada en el género, y cuyo impacto en la legislación y resoluciones administrativas y judiciales de los Estados Miembros está por ver. El 11 de junio de 2024, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó la sentencia en el asunto C-646/21 (“**STJUE de 11 de junio de 2024**”). En este caso, el Tribunal del Distrito de la Haya preguntó, en esencia, si podía interpretarse la Directiva 2011/95 en el sentido de considerar que las solicitantes de protección internacional que han permanecido durante un periodo considerable de tiempo en un Estado miembro —especialmente durante la infancia— y han adquirido costumbres y valores occidentales constituirían un “determinado grupo social” de ser devueltas a sus países de origen, en la medida en que dichos valores conformarían una parte indisoluble de su identidad.

La STJUE de 11 de junio de 2024 aprecia que dicha circunstancia sí es relevante y debe ser tenida en cuenta a los efectos de la Directiva 2011/95:

44. A este respecto, por una parte, como señala el Abogado General en el punto 34 de sus conclusiones, la identificación efectiva de una mujer con el valor fundamental de la igualdad entre mujeres y hombres, en tanto en cuanto supone la voluntad de disfrutar de dicha igualdad en su vida diaria, implica poder tomar libremente sus propias decisiones en la vida, en particular en lo relativo a su educación y carrera profesional, el alcance y la naturaleza de sus actividades en la esfera pública, la posibilidad de lograr la independencia económica trabajando fuera del hogar, su decisión de vivir sola o en familia, y la elección de su pareja, decisiones que son esenciales para determinar su identidad. En estas circunstan-

cias, la identificación efectiva de una nacional de un país tercero con el valor fundamental de la igualdad entre mujeres y hombres puede considerarse «una característica o creencia que resulta tan fundamental para su identidad o conciencia que no se le puede exigir que renuncie a ella». A tal efecto, carece de pertinencia el hecho de que dicha nacional no crea formar un grupo con las demás nacionales de terceros países o con el conjunto de las mujeres que se identifiquen con este valor fundamental.

45. Por otra parte, la circunstancia de que mujeres jóvenes nacionales de terceros países hayan residido en un Estado miembro de acogida durante una fase de su vida en la que se forja la identidad de una persona y de que, en el transcurso de dicha estancia, se hayan identificado efectivamente con el valor fundamental de la igualdad entre mujeres y hombres puede constituir «unos antecedentes comunes que no pueden cambiarse», en el sentido del artículo 10, apartado 1, letra d), párrafo primero, primer guion, de la Directiva 2011/95.

[...]

48. Por lo que respecta al segundo requisito de identificación de un «determinado grupo social», contemplado en el artículo 10, apartado 1, letra d), párrafo primero, segundo guion, de la Directiva y relativo a la «identidad diferenciada» del grupo en el país de origen, resulta obligado observar que las mujeres pueden ser percibidas de manera diferente por la sociedad que las rodea y se les puede reconocer una identidad diferenciada en dicha sociedad, debido, en particular, a las normas sociales, morales o jurídicas vigentes en su país de origen [sentencia de 16 de enero de 2024, *Intervyuirasht organ na DAB pri MS (Mujeres víctimas de violencia doméstica)*, C-621/21, EU:C:2024:47, apartado 52].

49. Este segundo requisito también lo cumplen las mujeres que comparten una característica común adicional, como la identificación efectiva con el valor fundamental de la igualdad entre mujeres y hombres, cuando las normas sociales, morales o jurídicas vigentes en su país de origen tengan como consecuencia que, debido a esa característica común, la sociedad que las rodea perciba a estas mujeres como diferentes [véase, en este sentido, la sentencia de 16 de enero de 2024, *Intervyuirasht organ na DAB pri MS (Mujeres víctimas de violencia doméstica)*, C-621/21, EU:C:2024:47, apartado 53].

[...]

51. De ello se deduce que, en función de las circunstancias imponderables en su país de origen, puede considerarse que las mujeres, incluidas las menores de edad, que comparten como característica común su identificación efectiva con el valor fundamental de la igualdad entre mujeres y hombres, surgida durante su estancia en un Estado miembro, pertenecen a un «determinado grupo social», en el sentido del artículo 10, apartado 1, letra d), de la Directiva 2011/95.

Aunque la cuestión de si el hecho de que las solicitantes de protección internacional hayan adoptado un modo de vida inspirado en los valores occidentales, convirtiéndose “*en una parte tan fundamental de su identidad que no se les pudiera exigir renunciar a él para escapar a la amenaza de persecución*” también se pone de manifiesto por el Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo de Austria como una de las circunstancias a valorar en los asuntos acumulados C-608/22 y C-609/22, lo cierto es que, en la respuesta ofrecida por la STJUE de 4 de octubre de 2024, el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea opta por no referirse expresamente a esta circunstancia.

### **3.2. PERSECUCIÓN OPERADA POR PERSONAS PRIVADAS, A TRAVÉS DE CONDUCTAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO PROHIBIDAS POR LA LEGISLACIÓN DEL PAÍS DE ORIGEN**

Por otro lado, el hecho que las prácticas que constituyan persecución estén prohibidas por la legislación del Estado de origen no obsta a que dicha persona pueda ser perseguida o tener un temor fundado a serlo con base en dichos motivos. En consecuencia, la protección frente a la persecución por motivos de género no puede excluirse simplemente porque los actos de persecución que se alegan estén permitidos en el Estado de origen. Así, debe prestarse especial atención a aquellos casos en que, pese a que una conducta está prohibida en la legislación del Estado de origen, en la práctica dicha legislación resulta ineficaz para proteger a las personas perseguidas o con fundado temor a serlo. Merece especial mención también el hecho que, en algunas ocasiones, la ineficacia de dicha protección en la práctica puede traer causa de factores de discriminación —e incluso persecución— de los que sí son partícipes los agentes estatales, y que en ocasiones son distintos a aquellos por los que los agentes no estatales persiguen a las personas afectadas.

#### **3.2.1. Persecución operada por agentes no estatales y posibilidad de huida interna**

El hecho que una conducta esté expresamente prohibida en la legislación estatal no siempre equivale a que, en la práctica, dicha legislación sea eficaz en prevenir esa conducta. Sin embargo, en muchos casos, la práctica judicial

española ha venido desestimando las solicitudes de protección internacional por persecución de género cuando las conductas que constituyen persecución están formalmente prohibidas en el país de origen por su legislación. Cabe destacar que, evidentemente, el hecho que se perpetren actos que podrían constituir persecución aun cuando están prohibidos en el Estado de origen no necesariamente supone que, únicamente por ese motivo, la persona esté sujeta a persecución y deba otorgársele protección internacional. En algunos casos, el Estado de origen puede ser ineficaz a la hora de aplicar su legislación de forma que alcancen el estándar de protección previsto. Este es el caso, por ejemplo, de las situaciones de violencia generalizada por parte de grupos armados en algunos estados de América Latina, que han sido calificadas por nuestros tribunales como meras cuestiones de orden interno. Si bien, en dichas ocasiones, las cuestiones de género puedan agravar la situación de algunas de las personas, no se considera que ello constituya persecución en los términos necesarios para otorgar protección internacional.

A este respecto, la jurisprudencia española tiene especialmente en cuenta la llamada “*posibilidad de la huida interna*”; es decir, que, incluso existiendo persecución, la persona solicitante de protección internacional no haya tenido acceso a la posibilidad de reubicarse internamente dentro del propio país en que ha sido perseguida con carácter previo a huir del mismo.

Reseñamos a continuación, a efectos ilustrativos, algunas resoluciones recientes en que, valorándose la existencia de la posibilidad de reubicación o huida interna, se han denegado peticiones de protección internacional fundadas en persecución por motivos de género, al considerarse que la persona solicitante podría haberse desplazado a otra zona del Estado de origen en que la persecución no fuera tan intensa, y no lo hizo:

- Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso, Sección 4), de 15 de marzo de 2024 (Recurso n.º 967/2022; Ponente: D.ª Concepción Mónica Montero Elena; Roj: SAN 1402/2024 - ECLI:ES:AN:2024:1402)<sup>73</sup>. También en un caso de violencia de género y acoso por parte de la expareja de la solicitante en el país de origen, República Dominicana, la Audiencia Nacional desestimó el recurso por no haberse acreditado la posibilidad de la huida interna:

*No se aclara la razón por la que un desplazamiento de la zona donde el recurrente fue amenazado, a otra zona del país, no eliminase el riesgo, o, incluso, que agentes de la autoridad de otra zona del país puedan otorgar protección.*

---

73. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a6da6cadb176fa4ea0a8778d75e36f0d/20240412>

*En resumen, no resulta que las autoridades del país (en la zona de residencia de la recurrente o fuera de ella) hayan omitido la protección necesaria, tampoco se observa que exista una situación de vulnerabilidad que justifique el permiso de residencia en España, porque no existen indicios de los que deducir que el desplazamiento interno era inútil, por lo que pudo acudir a esta solución. Por lo tanto, en la zona de su residencia o en otra dentro del país, la solicitante pudo obtener la protección de las autoridades dominicanas, sin que aporte indicio alguno que nos haga concluir que tal protección es imposible dentro del país.*

- Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso, Sección 8), de 12 de febrero de 2024 (Recurso n.º 1328/2021; Ponente: D.ª Ana Isabel Gómez García; Roj: SAN 973/2024 - ECLI:ES:AN:2024:973)<sup>74</sup>. Este caso versa sobre una solicitud de protección internacional por parte de un matrimonio entre dos nacionales de Bangladesh. Una de los integrantes del matrimonio sufría persecución porque originalmente su familia quería que contrajera matrimonio de forma forzosa con otra persona. Una vez casados, esta persecución por parte de la familia se extendió también al marido, siendo ambos intimidados, agredidos, e incluso amenazados de muerte por la familia de ella. Entre los motivos por los que se desestima la solicitud se encuentran (i) la falta de acreditación de que los motivos de persecución sean realmente de género, como se alega, y (ii) el hecho de no haber agotado la posibilidad de la huida interna, precisando sobre este último extremo que:

*Además, la información de país de origen pone de manifiesto que la huida interna en Bangladés es posible y razonable con carácter general (Country Information Report 2018, Bangladesh; Australian Department of Foreign Affairs and Trade). Bangladés es un país con una cifra de población y de densidad demográfica muy alta -tiene más de 166 millones de habitantes- y una ciudad como Daca, la capital del país, tiene una población estimada de 19 millones de habitantes (la novena más grande del mundo) y recibe fuertes flujos migratorios cada año. Se considera que a los solicitantes les podría haber resultado factible trasladarse internamente, con ciertas garantías de seguridad, teniendo en cuenta que la persecución alegada no procedería de las autoridades de su país, sino de un agente tercero no estatal.*

- Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso, Sección 8), de 26 de enero de 2024 (Recurso n.º 1144/2021; Ponente: Fernando

---

74. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/97b7459f7a0bae2aa0a8778d75e36f0d/20240318>

Luis Ruiz Piñeiro; Roj: SAN 696/2024 - ECLI:ES:AN:2024:696)<sup>75</sup>. En este caso, la solicitante de asilo era una mujer peruana, que sufrió violencia e insultos por parte de su marido al descubrir éste que ella había estado manteniendo una relación con otra mujer. Al producirse estos hechos constitutivos de persecución en el lugar de trabajo de la solicitante, además, esto la obligó a cerrar su negocio. La sentencia concluye

*En cuanto a la homosexualidad que se alega, debemos resaltar que no se hace referencia alguna a episodios de discriminación por esta circunstancia que pudieran provenir del ámbito social, de amistades o familiar. Sólo se hace referencia a la reacción de su expareja frente a ello, lo que impide apreciar una persecución en términos que pudieran tener encaje en la legislación de protección internacional. Por lo demás, el propio relato efectuado por la interesada permite entrever que el país de origen no permaneció inactivo frente a la denuncia de los hechos, y no existe razonada justificación a la imposibilidad de traslado interno -dentro del propio país que permitiera paliar el temor que se alega.*

- Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso, Sección 3), de 20 de febrero de 2023 (Recurso n.º 1472/2021; Ponente: D.ª Ana María Sangüesa Cabezudo; Roj: SAN 599/2023 - ECLI:ES:AN:2023:599)<sup>76</sup>. Esta sentencia examina el caso de una solicitante de protección internacional, originaria de Perú, país del que había huido al ser víctima de violencia de género en el mismo. La solicitud se desestima al considerarse que no existe una verdadera persecución, pese a ser víctima de actos de violencia de género, dada la protección que ofrece la República de Perú frente a dichos actos. Como “razonamiento a mayor abundamiento”, la sentencia valora la posibilidad de “desplazamiento interno de la solicitante”. Sobre dicha posibilidad, concluye que:

*[E]l hecho de que quepa el desplazamiento interno no es si no una razón más, de ahí que las alegaciones que en este punto hace la recurrente sean irrelevantes en el marco del recurso.*

*No obstante, la Sala entiende que considerando que en Perú existe un Programa Nacional contra la Violencia Familiar y Sexual (PNCVFS), que comprende medidas de apoyo, y que los servicios sociales cuentan con Centros de Emergencia de la Mujer (CEM) en todas las provincias, así como una línea de atención telefónica gratuita (línea 1000) y casas de acogida, la medida propuesta resulta proporcionada y razonable en el contexto que describe la demandante.*

75. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/20eeb2e2b2a864eaa0a8778d75e36f0d/20240305>

76. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/ce235d60ac8bbcb0a0a8778d75e36f0d/20230228>

Sin embargo, la exigencia de huida interna ha sido criticada por algunas ONGs<sup>77</sup>, especialmente en los casos en que no se contemplen adecuadamente los criterios establecidos en las Directrices sobre Protección Internacional del ACNUR de 2003<sup>78</sup>, incluyendo el análisis de pertinencia. Dichas directrices concluyen que:

*El concepto de la alternativa de huida interna o reubicación no se menciona explícitamente entre los criterios fijados en el artículo 1A(2) de la Convención de 1951. La pregunta de si el solicitante dispone de una alternativa de huida interna o reubicación, sin embargo, puede surgir como parte de la determinación integral de la condición de refugiado. Sólo es pertinente únicamente en algunos casos, en particular cuando la fuente de la persecución emana de un actor no estatal. Incluso cuando resulta pertinente, su aplicabilidad dependerá del caso y de la razonabilidad de la reubicación a otra zona del país de origen<sup>79</sup>.*

En este sentido, en la mayoría de las resoluciones examinadas, los órganos jurisdiccionales españoles se limitan a constatar que el ACNUR considera posible que se exija la reubicación o huida interna. En consecuencia, en muchos casos se prescinde de un análisis pormenorizado que permita discernir si se han aplicado o no dichas directrices.

Asimismo, la posibilidad de huida interna en los casos de persecución por razones de género resulta difícil en la práctica, por más que en otras regiones dentro del Estado de origen existan condiciones más favorables. Ello es así porque, en muchas ocasiones, se priva a las personas susceptibles de persecución por motivos de género —y, en particular, a mujeres— de acceso a medios económicos. Por otro lado, la aplicación de dichos criterios en casos de persecución a personas de la comunidad LGBTI va asociada al llamado “*requisito de discreción*” (es decir, la expectativa de que dichas per-

77. Comisión Española de Ayuda al Refugiado “*Hacia dónde va el nuevo sistema europeo común de asilo: Retos, amenazas y propuestas*”, Madrid, 2019, p. 18. Disponible en: <https://www.cear.es/wp-content/uploads/2017/03/INFORME-SECA.pdf>

78. Directrices sobre Protección Internacional: La “alternativa de huida interna o reubicación” en el contexto del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, HCR/GIP/03/04, de 23 de julio de 2003. Disponibles en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2004/2551.pdf>

79. Directrices sobre Protección Internacional: La “alternativa de huida interna o reubicación” en el contexto del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, HCR/GIP/03/04, de 23 de julio de 2003, párr. 38. Disponibles en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2004/2551.pdf>

sonas se trasladen internamente en el propio país y oculten su identidad u orientación sexual)<sup>80</sup>.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 16 de enero de 2024 (asunto C-21/21)<sup>81</sup> (“**STJUE de 16 de enero de 2024**”) resulta particularmente interesante. La STJUE de 16 de enero de 2024 abre la puerta a que, a la hora de determinar qué constituye una “*identidad diferenciada*” respecto de la sociedad del país de origen para identificar si una persona pertenece a un “*grupo diferenciado*”, se tenga en cuenta no solo la totalidad de la sociedad del país de origen, sino una parte del mismo. Así, establece que:

Corresponde al Estado miembro de que se trate determinar qué sociedad que las rodea es pertinente para apreciar la existencia de dicho grupo social. Esta sociedad pueda coincidir con la totalidad del tercer país de origen del solicitante de protección internacional o estar más circunscrita, por ejemplo, a una parte del territorio o de la población de ese tercer país.

En consecuencia, si bien el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no impone una obligación a los Estados de interpretar la Directiva 2011/95 en el sentido de considerar respecto a qué “*sociedad*” debe valorarse si un “*grupo*” tiene o no una “*identidad diferenciada*” y, por lo tanto, cada Estado tiene cierto margen de apreciación a la hora de determinar qué interpretación considera más apropiada, valorar dicha “*identidad diferenciada*” frente a una “*sociedad*” que abarque únicamente parte del Estado puede contribuir a valorar las opciones de las personas perseguidas por motivos de género de una forma más realista

80. “*La cuestión por considerar es si el solicitante tiene un temor fundado de ser perseguido, y no si la persona podría vivir en su país de origen sin atraer consecuencias adversas. Esto requiere un examen objetivo de la forma en que el solicitante podría ser tratado si fuera devuelto a ese país. Por lo tanto, no es relevante si la conducta del solicitante con respecto a su orientación sexual se considera “razonable” o “necesaria”. No hay ninguna obligación de ser “discreto” o de adoptar determinadas medidas para evitar la persecución, tales como vivir una vida de aislamiento, o absteniéndose de tener relaciones íntimas. Establecer la discreción como requisito, además, implica que la orientación sexual de una persona se limita a un mero acto sexual, así se pasaría por alto una gama de comportamientos y actividades cotidianas que se ven afectadas por la orientación sexual y la identidad de género de la persona 44 . De hecho, equivaldría a exigir el “mismo comportamiento sumiso y complaciente, la misma negación de un derecho humano fundamental, que el agente de persecución trata de lograr mediante la conducta persecutoria” (traducción libre): ACNUR, “Nota de orientación del ACNUR sobre las solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y la identidad de género”, 21 de noviembre de 2008, pp. 15-16. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/6949.pdf?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2009/6949>*

81. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62021CJ0621>

y acorde a su entorno, mejorando sustancialmente las opciones de acceder a protección internacional de las dichas personas, y evitando, en última instancia, revictimizarlas.

### **3.2.2. Sobre la coincidencia entre los motivos de persecución y los motivos por los que se deniega la protección**

Otro problema que puede surgir a la hora de valorar el otorgamiento de protección internacional en casos en que los actos de persecución están expresamente prohibidos en el Estado de origen —particularmente relevante ante cuestiones de género— es si el motivo por el que la persona es perseguida o tiene temores fundados de serlo debe ser o no coincidente por el motivo por el que se le deniega protección en dicho Estado.

Si bien, ni la literalidad del artículo 1(A) de la Convención de Ginebra, ni la Directiva 2011/95, ni la Ley de Asilo, contemplan expresamente que el motivo de persecución y el motivo por el que la persona no tiene acceso a protección frente a dicha persecución en su propio Estado deban ser los mismos, tampoco resulta evidente que puedan ser distintos.

Precisamente, la STJUE de 16 de enero de 2024 es ilustrativa en relación con este punto. Dicha Sentencia examina el caso de una mujer, nacional turca, de origen kurdo, y que había sufrido persecución por parte de agentes no estatales por su género. Sin embargo, el motivo por el que se le denegó la protección por parte de su estado de origen no fue su género, sino su pertenencia al grupo étnico kurdo.

Así, la STJUE de 16 de enero de 2024 concluye que:

El artículo 9, apartado 3, de la Directiva 2011/95 debe interpretarse en el sentido de que, cuando un solicitante alega que teme ser perseguido por agentes no estatales en su país de origen, no es necesario establecer una relación entre alguno de los motivos de persecución mencionados en el artículo 10, apartado 1, de esta Directiva y los actos de persecución si tal relación puede establecerse entre uno de esos motivos de persecución y la falta de protección contra esos actos por los agentes de protección mencionados en el artículo 7, apartado 1, de dicha Directiva.

Tras dicha Sentencia, queda claro que, a criterio del TJUE, no resulta necesario que el motivo de persecución sea coincidente con el de denegación de protección, siempre que ambos motivos se hallen entre los mencionados en el artículo 7(1) de la Directiva.

### 3.3. MEDIDAS DE PROTECCIÓN FRENTE A LA PERSECUCIÓN POR MOTIVOS DE GÉNERO CUANDO LAS PERSONAS SOLICITANTES SE ENCUENTRAN FUERA DE ESPAÑA

Finalmente, se plantea también la cuestión de qué sucede con la pendencia de las solicitudes de asilo y, más concretamente, si existe la posibilidad de aprobar medidas cautelares positivas de traslado a España de solicitantes de asilo que no se hallan todavía en territorio español<sup>82</sup>.

Resulta novedoso en este sentido el reciente Auto de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) n.º 1582/2023, de 28 de noviembre<sup>83</sup>. En virtud de dicho Auto, se otorga una medida cautelar de traslado urgente a España desde Pakistán, a un grupo familiar de dos ciudadanos afganos a quienes se les ha reconocido el estatuto de refugiado en España. Este grupo familiar tiene pendiente un expediente de extensión de protección internacional por razones familiares. La Audiencia Nacional tiene en cuenta “*muy especialmente, la situación jurídica de las mujeres en dicho país [Afganistán]*”, a donde iban a ser repatriados forzosamente por la policía de Pakistán, puesto que los solicitantes de protección internacional son dos mujeres y varios hijos menores de edad (entre ellos una niña). Asimismo, aprecia las dificultades para subsistir en Afganistán de esas mujeres y los niños a su cargo.

En el mismo sentido, aunque no con base en una solicitud de extensión familiar de protección internacional, sino en una solicitud de protección internacional al amparo del artículo 38 de la Ley de Asilo, se ha dictado también el reciente Auto de la Audiencia Nacional (Sección de lo Contencioso-Administrativo) n.º 265/2024, de 5 de abril<sup>84</sup>, en que se concedía una medida similar para una ex-fiscal afgana y su hija, en situación similar también en Pakistán. La fiscal afgana que solicitó protección había intervenido en procedimientos contra los talibanes por terrorismo internacional, quedando acreditado este extremo en el procedimiento. Así, la situación a la que estarían sujetas de ser devueltas a Afganistán, unida al peligro de deportación a dicho Estado por parte de Pakistán, han motivado el traslado a España de la solicitante y su hija.

82. Navarro Manich, José Alberto; Ramírez Jiménez de Parga, Pablo (2024). El traslado a España de solicitantes de protección internacional en situación de peligro: clarificación del régimen del art. 38 de la Ley 12/2009 en la sentencia del Tribunal Supremo n.º 199/2024, de 6 de febrero. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 64, pp. 197-213 (ISSN: 1578-956X).

83. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/482b9ada6b13f436a0a8778d75e36f0d/20231215>

84. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/20916e96ab5a3f41a0a8778d75e36f0d/20240423>

#### 4. CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS DE PROPUESTAS DE ACTUACIÓN

De nuestro análisis concluimos que, en la actualidad, el marco legislativo aplicable en España ofrece remedios efectivos y reales para proteger a las personas perseguidas o con temores fundados de persecución por motivos de género. Sin embargo, tal y como evidencian los casos examinados en las secciones anteriores, el nivel de protección actual puede ser insuficiente para algunos solicitantes. Por este motivo, y dando respuesta a la problemática concreta que se les presenta en los casos mencionados, tanto el TJUE como la Audiencia Nacional están ofreciendo una interpretación de la normativa vigente que, de consolidarse, podría servir para integrar las lagunas existentes en el sistema actual.

Así, hemos observado las siguientes cuestiones en relación con la protección internacional por persecución fundada en razones de género:

- A) No resulta controvertido que la persecución por motivos de género puede fundar solicitudes de protección internacional. Sin embargo, no basta con la descripción de una situación general en un Estado que fomente dicha persecución, sino que los solicitantes de protección internacional deben acreditar que han sufrido persecución. Teniendo en cuenta los casos de actualidad que se están planteando, tanto a nivel nacional como europeo, es posible que en un caso tan grave como es la situación de las mujeres en Afganistán se prescindiera de esta necesidad de acreditar los elementos personales que hacen que la persona tenga temores fundados de ser perseguida por cuestiones de género.
- B) En casos de persecución por agentes no estatales, no resulta tampoco controvertido que dicha persecución por motivos de género pueda fundar una solicitud de protección internacional, incluso cuando la legislación del Estado de origen prohíbe dicha persecución pero es ineficaz para prevenirla. En estos casos, la jurisprudencia española sigue contemplando la posibilidad de huida interna —que, en el caso de las personas LGTBI, va asociada al requisito de discreción—. Aunque las Directrices del ACNUR permiten que se exija dicha reubicación interna, también indican que dicha posibilidad no siempre es viable, y que debe atenderse a las circunstancias concretas de cada caso para examinar si es pertinente requerirla. En este sentido, sería beneficioso que se explicitaran las circunstancias de cada caso concreto en las resoluciones que la requieren, de cara a incrementar la transparencia en la aplicación de dichos requisitos.

- C) También en casos en que la persecución es operada por agentes no estatales, resulta determinante definir frente a qué “*sociedad*” se considera que un grupo constituye un “*grupo social determinado*”. De acuerdo con la STJUE de 16 de enero de 2024, los Estados pueden optar, al realizar esta valoración, por comparar al grupo frente a la totalidad del Estado de origen o de parte de él.
- D) En casos de persecución por parte de agentes no estatales, la STJUE de 16 de enero de 2024 también ha establecido que, aun cuando la imposibilidad de acceder a la justicia no se deba al mismo motivo de persecución, sino a uno distinto, la persona solicitante tendrá igualmente derecho a recibir protección internacional.
- E) En último lugar, la reciente jurisprudencia de la Audiencia Nacional se ha mostrado favorable a conceder medidas de traslado a España en el concreto caso de mujeres afganas que se hallan en Pakistán, dada la posibilidad de que sean deportadas a Afganistán y los perjuicios que ello causaría. Tanto en casos de extensión de la condición de refugiados concedida a sus familiares que ya se hallan en España, como en casos en que las personas solicitantes lo hacen con base en el artículo 38 de la Ley de Asilo, lo cierto es que estas medidas resultan novedosas y pueden ser especialmente beneficiosas en cuestión de género, por la delicada situación a la que se enfrentarían las mujeres de ser devueltas a Afganistán. En todo caso, dado el estado aún incipiente de esta posibilidad, habrá que continuar observando su desarrollo en el futuro próximo.

**IV.**  
**NIÑOS INVISIBLES Y APÁTRIDAS:**  
**DERECHO A LA IDENTIDAD**  
**Y A LA NACIONALIDAD**



## IV.

# *Niños invisibles y apátridas: derecho a la identidad y a la nacionalidad*

JOSÉ ALBERTO NAVARRO MANICH  
CAROLINA ALBUERNE GONZÁLEZ

**Resumen:** *Los niños que nacen en el curso del trayecto migratorio de sus madres a Europa, por las especiales circunstancias de su nacimiento (ausencia de certificado nacimiento y de su inscripción ante el Registro Civil del país de nacimiento o consular del país de la madre), pueden encontrarse sin identidad y sin nacionalidad reconocidas por ningún Estado con el que tienen vínculo (país de la madre, país de nacimiento y país de residencia —en nuestro caso España—). Se trata de los llamados niños invisibles y apátridas. En España, como país de residencia final, una aplicación estricta y literal de la legislación nacional tampoco permitiría ni la inscripción del nacimiento ni el reconocimiento de la nacionalidad española a esos menores. Sin embargo, las resoluciones judiciales analizadas, en aras del principio del interés superior del menor y de los derechos fundamentales de los niños reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, y sobre la base de una interpretación finalista de las letras c) y d) del artículo 17 del Código Civil, ponen de manifiesto la necesidad de superar esta situación. Postulan el reconocimiento al derecho a la identidad mediante la inscripción del nacimiento en Registro Civil de España, así como el derecho a la nacionalidad española para evitar una situación de apatridia infantil.*

## 1. INTRODUCCIÓN

El presente capítulo analiza las resoluciones judiciales dictadas en España sobre el derecho a la identidad y el derecho a la nacionalidad de un singular colectivo de menores de edad: los denominados niños invisibles y apátridas.

Estos niños se enfrentan a la falta de reconocimiento de una identidad y de una nacionalidad, por ningún Estado, como consecuencia de las especiales circunstancias de su nacimiento. Se trata de niños que nacen en el curso del trayecto migratorio de la madre, entre el país de origen (por ejemplo, de África) y el país de residencia actual (por ejemplo, España). Y por las circunstancias de su nacimiento en tránsito carecen de una partida de nacimiento que certifique el lugar y la fecha del nacimiento, así como la filiación. Tampoco existe la inscripción del nacimiento en el registro de las autoridades del Estado donde nacen o de la representación consular del país de la madre. En consecuencia, no existe prueba del nacimiento, de la identidad y ni tan siquiera de la propia existencia de ese menor de edad.

Posteriormente, estos menores acceden de forma irregular a España acompañando a sus madres. En España no lograrán el reconocimiento de una identidad ni de una nacionalidad. En efecto, las solicitudes formuladas por el menor para la inscripción del nacimiento y la adquisición de una nacionalidad serán desestimadas por las autoridades de los tres países con los que tiene conexión (el país de la madre, el país de nacimiento y el país de residencia). Lo anterior impide a estos niños acceder a una prueba de identidad y de nacionalidad, así como les imposibilita ejercer con normalidad sus derechos fundamentales en el país de residencia. Por ejemplo, en España esta situación les impedirá empadronarse en el municipio de residencia, lo que supondrá a su vez un impedimento para escolarizarse o incluso obtener una tarjeta sanitaria.

Sin el reconocimiento del derecho a la identidad y a la nacionalidad faltará el presupuesto necesario para demostrar la existencia y personalidad jurídica de la persona física afectada, lo que, a su vez, constituye la base esencial para el ejercicio de sus derechos fundamentales. En el caso de estos niños invisibles, la doctrina autorizada ha afirmado que se les niega el “*derecho a tener derechos*”<sup>85</sup>.

## 2. MARCO JURÍDICO APLICABLE

### 2.1. PRINCIPIOS GENERALES: RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE LOS NIÑOS A LA IDENTIDAD Y A LA NACIONALIDAD (CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO)

El artículo 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (“CDN”) establece que “*El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá*

85. BHABHA, Jacqueline. (2009). Arendt’s Children: Today’s Migrant Children Have a Right to Have Rights? *Human Rights Quarterly*, vol. 31, The Johns Hopkins University Press, pp. 410- 451. MANZANEDO NEGUERUELA, Cristina (2019). Menores extranjeros acompañados. La problemática invisible de los niños y niñas migrantes acompañados que llegan a la frontera sur española. *Revista Crítica Penal y Poder*, n.º 18, Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos Universidad de Barcelona, pp. 260-266.

*derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.*

En primer lugar, este precepto reconoce el derecho de todos los niños a la inscripción del nacimiento y a tener un nombre, lo que a su vez constituiría prueba de identidad. Son manifestaciones del derecho a la identidad.

En segundo lugar, también reconoce el derecho de todo niño a la nacionalidad, esto es, el establecimiento de un vínculo jurídico entre una persona (en nuestro caso un niño/a) y un Estado. Los Estados reconocen su nacionalidad a aquellas personas que cumplan con los requisitos o supuestos establecidos por sus respectivas legislaciones. En caso de que una determinada persona no pueda obtener el reconocimiento de la nacionalidad por parte de ningún Estado, esa persona será apátrida<sup>86</sup>.

La identidad y la nacionalidad se configuran como derechos “llave” para poder ejercer otros derechos esenciales de los niños/as. Constituyen la base sobre la que se adquirirán o sobre la que se ejercerán los demás derechos fundamentales<sup>87</sup>.

Pues bien, el artículo 7.2 de la CDN establece el deber de los Estados parte de ese Tratado Internacional (entre ellos el Reino de España) de garantizar esos derechos. Lo establece en los siguientes términos: *“Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos [inscripción del nacimiento y adquisición de una nacionalidad] de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida”.*

Por consiguiente, la CDN no solo establece que los niños tienen derecho a la identidad y a la nacionalidad, sino que también establece una obligación para los Estados parte de la CDN de velar por esos derechos, *“sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida”.* Existe un deber específico de evitar la apatridia infantil.

Dado que el Reino de España es parte del CDN, esta norma ha quedado integrada en nuestro ordenamiento jurídico interno y no puede ser derogada o modificada por la legislación española, la cual deberá respetarla (art. 96 de la Constitución). Además, la Constitución y la legislación española tendrán que ser interpretadas de conformidad con la CDN en lo referente a los derechos

---

86. El artículo 15.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que *“Toda persona tiene derecho a una nacionalidad”.*

87. NAVARRO MANICH, José Alberto; LOZANO GARCÍA, Laura (2021). El derecho de los “niños invisibles” a su inscripción después del nacimiento y a adquirir una nacionalidad. La obligación de evitar la apatridia infantil. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 57, pp. 23-32.

fundamentales, al ser una norma de derecho internacional reguladora de esta materia (art. 10.2 de la Constitución). Por tanto, las previsiones antes citadas del artículo 7 de la CDN se integran en nuestro ordenamiento jurídico, con el máximo rango legal, y exigen que la legislación española se interprete de conformidad con ellas.

El artículo 7 de la CDN constituye una base jurídica esencial para la resolución del problema de los niños invisibles de la falta de reconocimiento de identidad y de nacionalidad por parte de ningún Estado.

## **2.2. DEFINICIÓN DE PERSONA APÁTRIDA (CONVENCIÓN SOBRE EL ESTATUTO DE LOS APÁTRIDAS)**

Como se ha indicado, el artículo 7 de la CDN no se cumplirá cuando un niño sea apátrida al no reconocerle ningún Estado su nacionalidad. Es preciso delimitar la definición de persona apátrida para poder identificar cuándo nos hallaremos ante un niño que incurra en esa situación.

La definición de persona apátrida se establece en el artículo 1.1 de la Convención de 1954 sobre el estatuto de los apátridas (**“Convención de 1954”**): *“el término “apátrida” designará a toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación”*. Para una adecuada interpretación de esta definición de apátrida, es precisa una lectura conjunta del texto en castellano de la Convención de 1954 con las versiones en francés e inglés (las tres son versiones auténticas). La versión en francés establece que *“le terme «apatride» désigne une personne qu’aucun État ne considère comme son ressortissant par application de sa législation”*. Por su parte, la versión inglesa expone la siguiente definición: *“the term “stateless person” means a person who is not considered as a national by any State under the operation of its law”*.

Por tanto, y según se desprende de la lectura conjunta de las tres versiones, una persona será apátrida cuando no sea considerada como nacional de ningún Estado *“por aplicación”* o *“bajo la operación”* de las respectivas legislaciones. No sería suficiente para descartar la apatridia un reconocimiento meramente formal por la legislación de algún Estado de que esa persona podría ser considerada como nacional de ese Estado. Lo relevante será cómo se aplicará esa legislación, de forma práctica y al caso concreto, esto es, si la aplicación de esa legislación por las autoridades nacionales permite un acceso real y viable al reconocimiento de la nacionalidad.

Pues bien, un “niño invisible” será apátrida si se constata la imposibilidad de adquirir *“en origen”* la nacionalidad de su madre y tampoco es posible adquirir la nacionalidad del país de nacimiento, *“bajo la operación”* de las respectivas legislaciones.

De una parte, en el caso de los niños invisibles es probable que la legislación del país de la madre le reconozca formalmente esa nacionalidad (*ius sanguinis*). Pero ese reconocimiento puede carecer de eficacia ante la falta de prueba de nacimiento, de inscripción en registro y de prueba de identidad por las circunstancias de movilidad. Estas circunstancias pueden suponer la denegación de la inscripción del nacimiento y el reconocimiento de la nacionalidad por parte de las autoridades consulares del país de la madre en el país de residencia.

De otra parte, es improbable que el país de nacimiento reconozca su nacionalidad *ius soli*. En todo caso, este hecho no será muy relevante, atendiendo a que los niños invisibles no tienen prueba de nacimiento y, por tanto, no pueden acreditar su conexión con el país de nacimiento (motivo por el que ese país no reconocerá los hipotéticos derechos anudados al nacimiento).

A la vista de lo anterior, el niño invisible se encontrará en una situación de apatridia, lo que se suma a su invisibilidad por la falta de prueba de nacimiento y de identidad. Bajo la operación de la legislación del país de la madre, o del país de nacimiento, el niño invisible no podrá acceder a las respectivas nacionalidades.

### **2.3. EL RECONOCIMIENTO EN ORIGEN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA PARA EVITAR SUPUESTOS DE APATRIDIA INFANTIL (ARTÍCULO 17 DEL CÓDIGO CIVIL)**

Cada Estado, a través de su legislación, regulará los supuestos y requisitos en que una persona será considerada nacional de ese país. Esas legislaciones determinarán qué personas obtendrán en origen la nacionalidad de ese Estado. Unos países tienen una tradición de *ius sanguinis* (el niño adquiere en origen la nacionalidad de sus progenitores) y otros de *ius soli* (el niño adquiere en origen la nacionalidad del país en el que ha nacido).

España ha sido un país tradicionalmente de *ius sanguinis*, con reconocimiento de la nacionalidad española a los nacidos de padre o madre españoles (art. 17.1.a del Código Civil).

No obstante, a los efectos que aquí interesan, la legislación española ha integrado supuestos de adquisición de la nacionalidad en origen por *ius soli*, con el objetivo de evitar supuestos de apatridia infantil. Debe destacarse que la legislación española se considera especialmente avanzada en este ámbito.

En concreto, las letras c) y d) el artículo 17.1 del Código Civil establecen que “*Son españoles de origen: [...] c) Los nacidos en España de padres extranjeros, si ambos carecieren de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad. d) Los nacidos en España cuya filiación no resulte determinada. A estos efectos, se presumen nacidos en territorio español los menores de edad cuyo primer lugar conocido de estancia sea territorio español*”.

Estos supuestos fueron introducidos por la Ley 51/1982, de 13 de julio, de modificación de los artículos 17 al 26 del Código Civil, con el objetivo de cumplir con las obligaciones internacionales que había asumido España para luchar contra la apatridia.

Pues bien, y en primer lugar, el artículo 17.1.c) del Código Civil establece que serán españoles los nacidos en España de padres extranjeros si ambos carecieren de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad. A partir de la introducción del supuesto como forma de adquisición de la nacionalidad, en atención al principio *favor nationalitatis*, la Dirección General de los Registros y del Notariado (“DGRN”, actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública) desarrolló una doctrina que extiende la aplicación de este precepto a los casos en que la legislación del país de los progenitores exige que estos lleven a cabo un “*acto posterior*” al nacimiento para la adquisición de la nacionalidad por el menor. En estos casos, la DGRN considera que se produce una “*apatridia originaria*” que debe ser colmada por las obligaciones asumidas en España (con expresa referencia en muchas ocasiones al artículo 7 de la CDN) y conforme al artículo 17.1.c) del Código Civil<sup>88</sup>.

En segundo lugar, el artículo 17.1.d) del Código Civil establece que serán españoles los nacidos en España cuando no se pueda determinar la filiación (esto es, cuando los progenitores sean desconocidos). Y, adicionalmente, se presumirá que han nacido en España los menores de edad cuando el primer lugar conocido de estancia sea el territorio español. Son menores en una situación de evidente vulnerabilidad y se pretende evitar que incurran en una situación de apatridia. Este supuesto persigue solucionar la imposibilidad de adquisición de la nacionalidad *ius sanguinis* de los progenitores extranjeros del menor incluyendo a tales efectos la presunción del nacimiento del menor en España cuando este fuera su primer lugar conocido de estancia.

88. A modo de ejemplo, se puede citar la resolución de la DGRN de 17 de enero de 2009 [JUR 2010\99143], en la que reconoce la nacionalidad española a un menor, dada su situación de apatridia originaria al no poder adquirir la nacionalidad de Guinea-Bissau, sino tras un acto posterior al nacimiento: “[...] *los hijos de nacionales de Guinea-Bissau nacidos en el extranjero no adquieren automáticamente por el solo hecho del nacimiento la nacionalidad de dicha República, la cual solo puede adquirirse por un acto posterior [...]. Se da, por lo tanto, una situación de apatridia originaria en la cual la atribución de la nacionalidad española iure soli se impone. No ha de importarse que el nacido pueda adquirir más tarde iure sanguinis la nacionalidad de sus progenitores, porque este solo hecho no puede llevar consigo la pérdida de nacionalidad atribuida ex lege en el momento del nacimiento*”. “*Tal conclusión, como se ha dicho reiteradamente, se ve reforzada por la aplicación del artículo 7 de la Convención de los Derechos del Niño, en cuanto que establece que el niño tendrá desde su nacimiento derecho a adquirir una nacionalidad y que los Estados Partes velarán por la aplicación de este derecho, «sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida»*”.

Los supuestos de las letras c) y d) del artículo 17 del Código Civil persiguen evitar la apatridia infantil reconociendo la nacionalidad española *ius soli* cuando el niño no pueda acceder a la nacionalidad de sus progenitores.

Ahora bien, estos preceptos no encajan con la definición de los niños invisibles. El artículo 17.1.c) del Código Civil no sería *a priori* aplicable, puesto que el niño no habría nacido en España. El artículo 17.1.d) del Código Civil tampoco sería aplicable, ya que la filiación sí sería determinable al estar acompañado por su madre (sin perjuicio de que España sea el primer lugar de estancia reconocido al no existir prueba del nacimiento).

Por consiguiente, los niños invisibles, aunque se ven privados del acceso a la nacionalidad de sus progenitores ante la falta de prueba de nacimiento y de identidad, no estarían cubiertos ni amparados por la literalidad estricta del vigente artículo 17.1 del Código Civil —a pesar de que esta norma tiene por finalidad evitar la apatridia en niños—. Sin perjuicio de lo anterior, y como se expondrá en el presente capítulo, órganos jurisdiccionales españoles han admitido la aplicación de estos preceptos a los niños invisibles, de conformidad con las normas de derecho internacional aplicables, los derechos fundamentales de los niños y una interpretación finalista de las letras c) y d) del artículo 17.1 del Código Civil.

#### **2.4. EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO CONSIDERACIÓN PRIMORDIAL AL ADOPTAR DECISIONES SOBRE MENORES DE EDAD (CDN Y LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR)**

Adicionalmente a lo anterior, al analizar la problemática de los niños invisibles deberá tenerse en cuenta el principio del “*interés superior del menor*”. Este principio está consagrado en el artículo 3 de la CDN y el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. Estas normas exigen que, en cualquier decisión que deba adoptar una autoridad en relación con el menor, su interés superior constituirá una “*consideración primordial*”.

Es relevante destacar que el Tribunal Supremo ha declarado que el principio del interés superior del menor constituye un concepto jurídico indeterminado que el legislador introduce “*para ampliar los márgenes de la ponderación judicial*” (sentencia del Tribunal Supremo n.º 835/2013 de 6 de febrero<sup>89</sup>), tratándose del “*criterio que debe presidir la decisión*” cuando esta se refiere a un menor (sentencia del Tribunal Supremo n.º 15/2016 de 1 de febrero<sup>90</sup>). De modo

89. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/bac2bad54153bf37/20140214>

90. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/d932ea104cf0fdc4/20160216>

que la aplicación que se haga a los casos de los “menores invisibles” de nuestra legislación deberá estar presidida por el interés superior del menor que tendrá que atender al reconocimiento de la identidad del menor, así como a su derecho a ejercer sin obstáculos sus derechos fundamentales esenciales.

Este principio es la referencia fundamental en la adopción de cualquier decisión que afecte a menores de edad. Además, supone una aplicación individualizada a cada caso según sus circunstancias y conforme al ordenamiento jurídico. Como comprobaremos a continuación, este es un principio que ha tenido una especial relevancia en la resolución del problema de falta de reconocimiento de identidad y nacionalidad de los niños invisibles.

### 3. LA APLICACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO POR LOS TRIBUNALES

#### 3.1. SENTENCIA N.º 341/2022 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE GUIPÚZCOA: RECONOCIMIENTO A UNA NIÑA INVISIBLE Y APÁTRIDA DEL DERECHO A LA INSCRIPCIÓN DEL NACIMIENTO EN EL REGISTRO CIVIL ESPAÑOL Y DEL DERECHO A LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA EN ORIGEN

En el presente apartado analizaremos la sentencia n.º 341/2022 de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, de fecha 11 de mayo de 2022 (recurso n.º 2000ko PZL 2209/2022)<sup>91</sup>, según la cual se reconoce la nacionalidad española a una niña invisible y apátrida para reparar la vulneración de sus derechos fundamentales. Esta sentencia confirma la sentencia n.º 310/2021 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de San Sebastián, de 24 de noviembre<sup>92</sup> (procedimiento de protección de derechos fundamentales n.º 450/2021)<sup>93</sup>.

##### 3.1.1. Antecedentes de hecho

El supuesto de hecho es el de una niña que carecía de certificado de nacimiento, prueba de identidad o nacionalidad, debido a las especiales circunstancias de su nacimiento. Nació en Marruecos en el curso del viaje migratorio de la madre (de nacionalidad camerunesa) a Europa, sin que se expidiera

91. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/d97b184cae8a7d8fa0a8778d75e36f0d/20220708>

92. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/3ea5caf70c6d0067a0a8778d75e36f0d/20220621>

93. NAVARRO MANICH, José Alberto, MANZANEDO NEGUERUELA, Cristina. (2022). Spanish Court Recognises the Spanish Nationality of a Stateless ‘Invisible Child’ in Order to Remedy the Violation of Her Human Rights. *The Statelessness & Citizenship Review*, 4(2), 316-322.

ningún certificado de nacimiento ni se inscribiera el nacimiento en ningún registro (ni de Marruecos ni consular de Camerún).

Una vez en España, se denegó a la niña la inscripción en el padrón municipal del municipio de residencia, debido a la falta de prueba de identidad. Lo anterior le impedía el acceso tanto a los servicios y prestaciones públicas —en consecuencia, se le privaba del ejercicio pleno de sus derechos fundamentales— como a la educación o al servicio nacional de salud (la falta de empadronamiento le impedía escolarizarse o la obtención de una tarjeta sanitaria).

La falta de documentación identificativa conllevó las siguientes respuestas por los tres Estados con los que la menor tenía algún vínculo:

- País de la madre: La Embajada de Camerún en España constató que la niña no había nacido en España y que, por lo tanto, no era competente para conocer de ese caso. Por consiguiente, la Embajada de Camerún en España se inhibió en relación con la solicitud de inscripción del nacimiento de la niña y de reconocimiento de la nacionalidad camerunesa por filiación (*ius sanguinis*). La Embajada señaló que este caso debía dirigirse a la Embajada de Camerún en Marruecos (lugar de supuesto nacimiento) o al Ministerio de Justicia de Camerún. Esta respuesta implicaba requisitos adicionales imposibles de cumplir. En efecto, la niña no podía viajar a esos países, debido al impedimento de obtener un pasaporte o documentos de viaje.
- País de nacimiento: Se presentó una solicitud similar ante la Embajada de Marruecos en España, que no fue contestada.
- País de residencia: El Registro Civil español denegó la inscripción del nacimiento por no haberse producido en territorio español. También denegó el reconocimiento de la nacionalidad española —con valor de simple presunción— al considerar que la niña era camerunesa por filiación —*ius sanguinis*— de conformidad con la legislación del país de la madre.

En conclusión, las autoridades de los tres Estados denegaron la inscripción del nacimiento y el reconocimiento de las respectivas nacionalidades.

### **3.1.2. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de San Sebastián**

Con base en los hechos anteriores, se presentó demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de San Sebastián, a través del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales. El Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de San Sebastián falló a favor de las demandantes, declarando que:

- (i) La niña era apátrida.
- (ii) Se habían vulnerado sus derechos fundamentales.

- (iii) La ley española debía aplicarse extensivamente de acuerdo con los principios y derechos fundamentales de los niños establecidos por el derecho internacional (principio del interés superior del menor y art. 7.1 de la CDN que declara el derecho de todo niño a ser inscrito después de su nacimiento y a adquirir una nacionalidad). Esta interpretación extensiva permitió reconocer la nacionalidad española a la menor, como único remedio para evitar su apatridia y la vulneración de sus derechos fundamentales.

Por ello, la sentencia ordenó a las autoridades españolas que inscribieran el nacimiento de la menor y su nacionalidad española en el Registro Civil.

El Abogado del Estado recurrió en apelación la sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de San Sebastián. Como veremos a continuación, la Audiencia Provincial de Guipúzcoa desestimó el recurso y confirmó la sentencia anterior en todos sus extremos. La sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa no fue impugnada y, por tanto, es firme.

### **3.1.3. La sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa**

En primer lugar, la Audiencia Provincial de Guipúzcoa confirmó la conclusión del Juzgado de Primera Instancia de que la niña era apátrida, con referencia a la interpretación proporcionada por un perito del ACNUR —que se aportó como prueba—. La Audiencia Provincial también señaló que el Abogado del Estado, en su recurso de apelación, no impugnó esta conclusión.

El Juzgado de Primera Instancia de San Sebastián había concluido que la niña era apátrida porque ningún Estado la reconocía como nacional “por nacimiento”. En este caso concreto, se demostró que la niña no sería reconocida automáticamente como nacional camerunesa “por nacimiento”. De hecho, la Embajada de Camerún en España exigió trámites adicionales para adquirir la nacionalidad que eran imposibles de cumplir (la niña debía comparecer ante las autoridades de Camerún en Marruecos o en Camerún, cuando ella no podía viajar por carecer de pasaporte o documentos de viaje).

El Juzgado de Primera Instancia también concluyó que el país de nacimiento (Marruecos) no reconocería su nacionalidad a la niña. Según la legislación marroquí, la nacionalidad no puede adquirirse *ius soli*.

Por lo tanto, la sentencia determinó que la niña era apátrida por nacimiento: su nacionalidad no era reconocida ni por el Estado de origen de la madre ni por el Estado del país de nacimiento.

En segundo lugar, el derecho español ha de ser interpretado de forma extensiva, conforme al derecho internacional, que permita el reconocimiento de

la nacionalidad española a la menor, a fin de remediar su situación de apatridia y la vulneración de los derechos humanos.

Por un lado, y como se ha expuesto, existen dos referencias principales del derecho internacional público que constituyen principios hermenéuticos para la interpretación extensiva de la ley española:

- (i) El principio del interés superior del menor (art. 3.1 de la CDN).
- (ii) Artículo 7 de la CDN, que declara el derecho de todo niño a ser inscrito después de su nacimiento y a adquirir una nacionalidad. También establece la obligación de los Estados partes (como España) de garantizar esos derechos “*en particular cuando, de no ser así, el niño sería apátrida*”.

Por otro lado, aunque la nacionalidad española se ha adquirido tradicionalmente *ius sanguinis*, el Código Civil español fue modificado —mediante la Ley 51/1982, de 13 de julio— para permitir supuestos de *ius soli* que eviten situaciones de apatridia a los niños nacidos en España. En concreto, la letra c) del apartado 1 del artículo 17 del Código Civil español establece el reconocimiento de la nacionalidad española a los hijos nacidos en España de padres apátridas o incapaces de transmitir su nacionalidad. Esta disposición se inspira en el principio de *favor nationalitis* y se introdujo en respuesta a las obligaciones contraídas por España en virtud de tratados internacionales con el fin de evitar en la medida de lo posible la existencia de situaciones de apatridia. Además, la DGRN ha desarrollado una doctrina que reconoce la nacionalidad española a los niños nacidos en España que no adquieren “automáticamente” la/s nacionalidad/nacionalidades de sus progenitores porque deben seguirse determinados trámites burocráticos tras su nacimiento.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Audiencia Provincial de Guipúzcoa consideró que el artículo 17, apartado 1, letra c), del Código Civil español podía aplicarse de forma extensiva en este caso. Las circunstancias específicas del caso sustentan esta conclusión. En particular, la sentencia apreciaba que “*se ha hecho un esfuerzo genuino por parte de la demandante por remover los obstáculos para intentar el reconocimiento de la nacionalidad camerunesa de la menor*”; y que el primer lugar oficial conocido de estancia del niño fue España.

La sentencia concluyó que el reconocimiento de la nacionalidad española a la niña es “*el único mecanismo que permite dar cumplimiento a las previsiones legales contenidas en los tratados internacionales de los que España es parte respetando y cumpliendo de manera efectiva el interés superior de la menor*”. La Audiencia Provincial de Guipúzcoa añadía que la niña no puede permanecer apátrida (un limbo jurídico) y que no podía ser discriminada respecto a otros niños, lo que constituía una violación de sus derechos básicos y fundamentales. De hecho, se con-

sideraba probado que la situación de apatridia de la menor ponía en peligro su derecho fundamental a acceder a la educación y a los servicios públicos de salud.

La sentencia concluyó que debía reconocerse la nacionalidad española en origen de la niña, y declara que esa nacionalidad española y el nacimiento deben ser inscritos en el Registro Civil de España.

### **3.2. AUTO DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.º 2 DE MONTILLA, DE 15 DE OCTUBRE DE 2021: RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A INSCRIPCIÓN DEL NACIMIENTO DE UNA NIÑA INVISIBLE EN EL REGISTRO CIVIL DE ESPAÑA**

Este caso reúne unas circunstancias muy similares al anterior: madre camerunesa que dio a luz a una niña en Argelia. La niña carece de partida de nacimiento y de inscripción en ningún registro (ni de Argelia ni consular de Camerún).

En este caso se presentó una solicitud ante el Registro Civil español (en este caso de Montilla —Córdoba—) que se refería únicamente a la inscripción del nacimiento de la niña.

Debe destacarse que el Registro Civil de Montilla sí adoptó la decisión de inscribir a la menor. La resolución judicial objeto de estudio es el auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Montilla, de 15 de octubre de 2021, en su condición de responsable del Registro Civil.

Este auto reconoce el derecho a la inscripción en el Registro Civil de Montilla del nacimiento de una niña de madre camerunesa, a pesar de haberse producido en Argelia y de no existir prueba de ese nacimiento. El auto declara que la inscripción del nacimiento es un “*derecho de naturaleza elemental o básica, inherente a las sociedades mínimamente civilizadas, es un derecho de naturaleza prestacional, en el sentido de que los Estados deben procurar por todos los medios posibles que todo ser humano sea registrado, como instrumento indispensable para reconocer, respetar y proteger todos los demás derechos y libertades que le son inherentes por su nacimiento. Las humanidad, consciente de la necesidad de proclamarlo de forma certera, instrumentó éste y otros imperativos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos al consagrar que todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica (artículo 6) y, de forma específica, en el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño - Instrumento de Ratificación de España publicado en BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1991-, el cual proclamó que el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos*”. El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Montilla prosigue recordando que estas normas de derecho internacional pú-

blico son obligatorias, vinculantes y de aplicación directa por todos los jueces y tribunales.

Aunque el auto identifica que el nacimiento de la niña de madre camerunesa es un hecho inscribible que afecta a extranjeros y ocurrido fuera de España, considera que *“debe practicarse en el Estado Español la inscripción inmediata del nacimiento y que el primero tiene competencia para ejecutar el asiento registral en los libros a su cargo. Desde la simple óptica de los derechos humanos, nos encontramos a una niña que para el Derecho no existe, porque no ha sido inscrita. El Estado de Argelia no ha realizado la inscripción de su nacimiento. No consta tampoco que el Estado de Camerún lo haya hecho.”* Por lo que *“Casi parece un callejón sin salida: si la niña no llega a ser inscrita en España, no le será reconocida su personalidad jurídica ni, por ende, podrá ser sujeto de derechos, aun de los más elementales, pero ni siquiera podría ser retornada a ningún otro país, porque, al no haber sido registrada, tampoco consta ser nacional de ningún Estado”*.

A la vista de lo anterior, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Montilla declara que el Estado español tiene la obligación de inscribir a la niña, por ser el país donde reside y en atención a las obligaciones impuestas a España por Tratados Internacionales —sin que pueda España excusar esa obligación remitiendo a la niña a que formule su solicitud ante Argelia o Camerún—.

Con estas premisas el auto concluye que nuestro derecho positivo debe interpretarse de conformidad con esas obligaciones de derecho internacional público y la obligación de velar por los derechos fundamentales de la niña. En concreto, considera aplicable lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 9 Ley del Registro Civil, cuando dispone que igualmente se inscribirán los hechos y actos que hayan tenido lugar fuera de España cuando las correspondientes inscripciones sean exigidas por el derecho español. Este precepto se considera aplicable porque *“el Derecho Español está integrado, no sólo por las normas de Derecho interno, sino también por el Derecho de la Unión Europea y por todas aquellas normas internacionales establecidas en Tratados y Convenios en los que España es parte (artículo 96.1 CE), por lo que la inscripción viene exigida de forma directa por la norma internacional que obliga a los Estados, entre ellos España, a inscribir de inmediato a cualquier niño nacido que no haya sido inscrito antes en otro Estado”*.

En conclusión, también en este caso se efectúa una interpretación flexible y extensiva de la legislación española en virtud de los derechos fundamentales de los niños y las normas de derecho internacional público. En principio, la Ley del Registro Civil no contempla la inscripción del nacimiento en el extranjero de niños que no son españoles. No obstante, por los criterios interpretativos antes indicados, el juez del Registro Civil de Montilla constata que la única solución que permite nuestro ordenamiento jurídico es la inscripción de este nacimiento en España, puesto que el derecho español integrado en las

normas de derecho internacional así lo exigiría. Por tanto, la previsión genérica del artículo 9 de la Ley de Registro Civil puede operar como base jurídica para inscribir ese nacimiento y, de este modo, reconocer a esa niña invisible su derecho a la identidad.

### **3.3. AUTO DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE ROQUETAS DE MAR, DE 13 DE NOVIEMBRE DE 2023**

Este caso trata del nacimiento de una niña en Argelia sin certificado de nacimiento ni inscripción en ningún registro. El auto no especifica cuál es la nacionalidad de la madre, aunque se infiere que podría ser argelina.

El auto explica que la madre de la niña renunció a ella a favor de otras personas que ejercen la guarda de hecho. Los guardadores de hecho solicitaron al Consulado de Argelia en España el reconocimiento a la niña de la nacionalidad argelina, a lo que no obtuvieron respuesta.

A continuación, los guardadores de hecho iniciaron un expediente de inscripción del nacimiento fuera de plazo y la adquisición de la nacionalidad española ante el Registro Civil de Roquetas de Mar.

En virtud de auto del Juzgado de Primera Instancia de Roquetas de Mar se reconoce la nacionalidad española en origen de la niña y acuerda la inscripción de su nacimiento en el Registro Civil de Roquetas de Mar. Esta conclusión se alcanza tras citar e incorporar de forma plena lo dispuesto en las antes mencionadas sentencias n.º 341/2022 de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, de fecha 11 de mayo de 2022 (recurso n.º 2000ko PZL 2209/2022), y n.º 310/2021 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de San Sebastián, de 24 de noviembre (procedimiento de protección de derechos fundamentales n.º 450/2021).

El auto cita para fundamentar su conclusión el artículo 7 de la CDN, el concepto de persona apátrida del artículo 1.1 de la Convención de 1954, el principio del interés superior del menor, el artículo 17.1 del Código Civil y la doctrina de la DGRN relativa al apartado c) de ese precepto.

Todo lo anterior le lleva a concluir que no debe aplicarse una interpretación rigorista de las letras c) y d) del artículo 17.1 del Código Civil, sino una interpretación extensiva (como en las sentencias antes indicadas) para permitir el reconocimiento de la nacionalidad española en origen de una niña invisible.

El auto destaca que la solicitud presentada por los guardadores de hecho ante el Consulado de Argelia en España (para que expidiera certificación de la nacionalidad argelina de la menor conforme a su legislación civil) no había recibido respuesta y, además, adelanta que lo más probable es que la respuesta del Consulado de Argelia fuera que los trámites deben realizarse en territorio

argelino, lo cual no sería posible para la menor al carecer de documentación identificativa para cruzar la frontera y de medios económicos.

Por tanto, se trata de una resolución de un Juez responsable de un Registro Civil por la que se reconoce la nacionalidad española en origen, en virtud de la fundamentación expuesta por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa y el Juzgado de Primera Instancia de San Sebastián. Resulta particularmente relevante este caso porque pone de manifiesto que la conclusión del reconocimiento de la nacionalidad española en origen a un niño invisible no requiere, necesariamente, de un procedimiento judicial con prueba plena, sino que ese resultado puede obtenerse en un procedimiento ante el Registro Civil, el cual puede asumir las conclusiones alcanzadas en ese caso.

Por otro lado, es destacable que este auto reconoce la nacionalidad española en origen en virtud de la letra d) del artículo 17.1 del Código Civil —y no en virtud de la letra c) como ocurría en el caso de San Sebastián—. Puede entenderse que las circunstancias del caso permitía aplicar aquí el supuesto de “*d) Los nacidos en España cuya filiación no resulte determinada. A estos efectos, se presumen nacidos en territorio español los menores de edad cuyo primer lugar conocido de estancia sea territorio español*”. La renuncia de la madre a la patria potestad, en el marco de las circunstancias singulares del caso, podría haber permitido encuadrar el caso en este supuesto más favorable a la presunción de nacimiento en España cuando el primer Estado de estancia conocido fuese nuestro país (lo que sería aplicable ante la ausencia de prueba del nacimiento en Argelia).

#### 4. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE ACTUACIÓN

Los niños invisibles y apátridas constituyen una categoría singular de menores de edad a quienes ningún Estado reconoce el derecho a la identidad y el derecho a la nacionalidad. Ello es debido a las especiales circunstancias de su nacimiento en tránsito, sin certificado de nacimiento, ni prueba de nacimiento o de identidad, ni inscripción en ningún registro estatal o consular.

Estos niños tienen vínculos con tres Estados: el país de la madre, el país de nacimiento y el país de residencia (en nuestro caso España). Pero el análisis individualizado de la legislación de cada uno de estos Estados conduce a estos niños a un limbo jurídico. La aplicación estricta de las respectivas legislaciones hace en la práctica inviable que los niños obtengan el reconocimiento de una identidad y nacionalidad.

Al encontrarse físicamente en el país de residencia y carecer de pasaporte o documentación de viaje, les resultará imposible viajar al país de nacimiento o al país de la madre. En el país de residencia (España) solamente podrán

acudir a las autoridades consulares de esos países, los cuales, probablemente, se declararán incompetentes a favor de las autoridades sitas en el país de nacimiento o en el país de la madre.

En el país de residencia (España) la legislación tampoco, *a priori*, permitirá (i) la inscripción del nacimiento y el reconocimiento de esa nacionalidad —la regulación del Registro Civil no contemplaría la inscripción de nacimientos fuera de plazo cuando se trata de nacimientos ocurridos fuera de España de personas que (de nuevo en principio) no son españolas—; ni (ii) el reconocimiento de la nacionalidad española en origen porque no concurrirían de forma literal los requisitos de ninguno de los supuestos del artículo 17.1 del Código Civil.

Las resoluciones judiciales analizadas ponen de manifiesto la necesidad de superar una interpretación rigorista y estrictamente literal de la legislación española sobre inscripción del nacimiento y sobre reconocimiento de la nacionalidad española. Es precisa la aplicación de una interpretación amplia de dicha legislación conforme al principio del interés superior del menor, a normas de derecho internacional, como el artículo 7 de la CDN, y a una interpretación finalista de las letras c) y d) del artículo 17.1 del Código Civil precisamente introducidas para cumplir con normas de derecho internacional de prevención de la apatridia infantil. Y todo lo anterior debe interpretarse junto con el deber de protección de los derechos fundamentales de los niños, bajo la premisa de que, sin reconocimiento de identidad y de nacionalidad, se encontrarán obstáculos para el ejercicio de los derechos fundamentales esenciales de los niños (como la educación o el acceso a los servicios de salud). Esto supondría una vulneración de los derechos fundamentales de los niños, además de una discriminación de estos niños, que no sería admisible para nuestro ordenamiento jurídico.

Atendiendo a lo anterior, resulta preciso apuntar los siguientes elementos adicionales:

En primer lugar, las resoluciones judiciales analizadas dan una novedosa respuesta a la realidad de estos niños invisibles que es importante visibilizar para que pueda ser debidamente identificada por las autoridades y entidades que se encuentran con ellos. Sin una correcta identificación de esta realidad es posible que no se logre la plena protección de los derechos fundamentales de estos niños invisibles y apátridas.

En segundo lugar, mientras que el legislador no establezca una regulación específica para identificar y tutelar los derechos de estos niños invisibles y apátridas resulta adecuado aplicar las interpretaciones de la legislación española (Código Civil y Ley del Registro Civil) amplias para ofrecer una respuesta adecuada para proteger los derechos fundamentales de estos niños, ofreciendo un reconocimiento del derecho a la identidad y del derecho a la nacionalidad.

En tercer lugar, las resoluciones judiciales analizadas no se plantean que estos niños apátridas tuviesen que tutelar sus derechos mediante la solicitud del reconocimiento de un estatuto de apátrida conforme a la Convención de 1954 y la legislación española que regula el procedimiento correspondiente. El estatuto de apátrida se contempla como una forma de protección internacional de las personas a quienes ningún Estado reconoce la nacionalidad. Pero esta fórmula de protección podría no ser adecuada para estos niños invisibles.

De una parte, estos niños no solo carecen de nacionalidad, sino, y quizá más importante, de identidad. La falta de prueba de identidad podría generar obstáculos de obtención de permisos e inscripciones ante las autoridades españolas que se acreditaron en el caso de la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa.

De otra parte, estos casos también han evidenciado que las autoridades españolas, en un primer momento, negaban que estos niños fuesen apátridas, al afirmar que tenían la nacionalidad de la madre conforme a la legislación civil del correspondiente país. Siguiendo ese mismo razonamiento, el estatuto de apátrida podría negarse por los mismos motivos.

Finalmente, el reconocimiento del estatuto de apátrida a un niño no sería en todo caso una solución adecuada conforme al art. 7 de la CDN. El mencionado precepto impone que los Estados parte de la CDN “*velarán por la aplicación*” del derecho a la inscripción del nacimiento y adquisición de una nacionalidad “*sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida*”, por lo que el reconocimiento de un estatuto de apátrida supondría no haber sido eficaz en la salvaguarda de esos derechos para evitar, precisamente, la apatridia infantil.



**V.**  
**INFANCIA SEPARADA:**  
**MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE NIÑOS**  
**QUE LLEGAN A ESPAÑA ACOMPAÑADOS**  
**DE ADULTOS QUE NO SON**  
**SUS PROGENITORES**



V.

*Infancia separada: medidas de protección de niños  
que llegan a España acompañados de adultos  
que no son sus progenitores*

JOSÉ ALBERTO NAVARRO MANICH  
BELÉN ADELL TRONCHO  
ANA SUÁREZ CAPEL

**Resumen:** *La situación jurídica de los menores que llegan a España acompañados de una persona adulta que no es su progenitor o tutor legal no ha sido objeto de regulación específica hasta la fecha. Esto ha supuesto la aplicación de decisiones diversas, e incluso contradictorias, por parte de las autoridades competentes en materia de protección de menores. Tradicionalmente se ha aplicado como medida de protección la separación automática del menor y la adulta. Sin embargo, sobre la base de algunas actuaciones judiciales y de la fiscalía recientes, en este artículo se aboga por una valoración individualizada, ponderada y fundamentada de cada caso, en atención al principio de interés superior del menor, su derecho a ser escuchado y el derecho a la vida en familia.*

## 1. INTRODUCCIÓN

Los niños/as extranjeros que llegan a España pueden clasificarse en tres categorías: (i) niños/as acompañados, esto es, aquellos que viajan junto con sus progenitores o tutores legales; (ii) niños/as no acompañados; y (iii) los niños/as que llegan a España acompañados de una persona adulta que no es su progenitor/a o tutor legal y que, en adelante, denominaremos menores separados o infancia separada.

Las dos primeras categorías son objeto de una detallada regulación por nuestro ordenamiento jurídico. En el primer caso, los niños acompañados de

sus progenitores o tutores se encuentran bajo la figura de la patria potestad o tutela, instituciones reguladas en nuestra legislación civil. En el segundo caso, los menores extranjeros no acompañados se encuentran en situación de desamparo, la Administración competente (autonómica) asumirá su tutela por mandato legal y adoptará una decisión sobre su guarda (acogimiento familiar o ingreso en un centro de menores), de conformidad con la normativa de protección de menores y de extranjería.

En cuanto a la tercera categoría, la de los menores separados, no ha sido objeto de regulación específica. No hay ninguna previsión normativa ni institución establecida con el objetivo de dar respuesta a esta realidad, que es diferente a la de los niños extranjeros acompañados (sujetos a patria potestad de progenitores o tutela legal) y a la de los menores extranjeros no acompañados, puesto que sí están acompañados y no estarán en situación de desamparo si son debidamente cuidados y atendidos por la persona adulta que los acompaña. Otra circunstancia relevante es que estos niños y las personas adultas que los acompañan están realizando un trayecto migratorio cuyo destino final puede estar fuera de España. Por tanto, pueden estar solo de tránsito en nuestro país.

La ausencia de una regulación específica para la infancia separada ha supuesto la aplicación de decisiones diversas, e incluso contradictorias, por parte de las autoridades —administrativas y judiciales— competentes en materia de protección de menores.

De una parte, la llegada de niños acompañados de una adulta que no es su madre biológica ha sido considerada como una situación de riesgo para el niño/a (constituye un indicador de trata del niño/a e incluso de la adulta que lo acompaña). Por este motivo, históricamente y con carácter general, a la llegada de estos niños a España se ha aplicado como medida de protección la separación automática del menor y la adulta por parte de las autoridades competentes para la protección de menores (Ministerio Fiscal y los servicios autonómicos de protección de menores). Esta separación supone, también automáticamente, la declaración de desamparo del menor y la asunción de la tutela y guarda provisional por la Administración autonómica.

De otra parte, y recientemente, han empezado a producirse decisiones que evitan aplicar la medida de separación automática. La casuística es diversa: en algunos casos, (i) el Ministerio Fiscal ha adoptado decisiones a la llegada de estos niños separados a Canarias, por las que autoriza la continuación del viaje del niño acompañado de la persona adulta a la península (para la estancia en un centro de atención especializada de niños y mujeres en movilidad); y, en otros casos, (ii) jueces de la jurisdicción civil han reconocido la guarda de hecho de la persona adulta sobre el niño separado, o incluso han acordado la tutela, de modo que se reconoce que el menor no está en una situación

de desamparo, está debidamente atendido y cuidado, y por consiguiente no estaría justificada una separación por parte de las autoridades de protección de menores.

La decisión de no separar a estos niños de las personas adultas que los acompañan se fundamenta, normalmente, en que el vínculo entre el menor y la persona adulta es seguro y positivo. Lo anterior requiere de una comprobación del vínculo afectivo y de cuidado entre ambos, así como si puede existir algún peligro para el menor. Asimismo, la decisión de separar automáticamente, en casos de vínculo positivo, podría ser traumática, inadecuada y resultar contraria a los principios del interés superior del menor y de proporcionalidad, así como al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar.

En este sentido resulta de interés la nota interna de la Fiscalía General del Estado, enviada en fecha 8 de junio de 2022 a los fiscales delegados provinciales, con el título *Menores de edad extranjeros ucranianos en situación de riesgo activo*, sobre los menores desplazados procedentes de Ucrania como consecuencia de la guerra sufrida en ese país. En ese documento, aunque centrado en el caso de menores procedentes de Ucrania, la Fiscalía General del Estado declara la improcedencia de aplicar una medida de separación automática entre los menores y las personas adultas que los acompañan (cuando no son sus familiares biológicos o tutores), así como la necesidad de tener en cuenta la opinión de las ONG.

Lo anterior pone de manifiesto las profundas diferencias en el tratamiento y protección de los niños separados, debido a la falta de una regulación específica que fije unos parámetros normativos claros. Esto puede permitir, o incluso requerir, la aplicación a los niños separados de otras instituciones generales diseñadas para otras realidades, y previstas en la legislación de protección de menores (declaración de riesgo o declaración de desamparo) y en la legislación civil (guarda de hecho o tutela). Pero esta aplicación deberá realizarse atendiendo a las circunstancias singulares y diferenciales de estos casos, así como a los principios generales del derecho (de forma destacada, el principio del interés superior del menor y el principio de proporcionalidad).

En consecuencia, la decisión sobre la aplicación de una medida de separación respecto de la persona adulta que lo acompaña debería estar fundada en la comprobación de las circunstancias concretas de cada caso, ponderando la existencia de posibles peligros para el niño (que sin duda justificarían la separación), así como la posible existencia de medidas alternativas menos gravosas que causen un menor perjuicio para el niño y para su interés superior.

## 2. MARCO JURÍDICO APLICABLE

### 2.1. INSTRUMENTOS ESTABLECIDOS EN LA LEGISLACIÓN DE PROTECCIÓN DE MENORES: ACTUACIÓN INMEDIATA, SITUACIÓN DE RIESGO, DECLARACIÓN DE DESAMPARO Y OTRAS MEDIDAS DE GUARDA

Como se ha expuesto, los menores separados han sido considerados como niños en una situación de posible peligro, al no ser la persona adulta que los acompaña un progenitor o tutor legal. Ese posible peligro es el que ha fundado las medidas de separación automática.

Ante la falta de una regulación específica de la realidad de los menores separados, es preciso indicar las instituciones generales de protección de menores extranjeros previstas en nuestro ordenamiento jurídico.

Estas medidas de protección de los menores extranjeros están reguladas en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (“LOPJM”), que viene a completar el Código Civil en lo que se refiere a la guarda y acogimiento de los menores, y la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (“LOEX”), que se refiere en particular a la protección de los menores extranjeros no acompañados. Estas medidas de protección son las siguientes:

- (i) *Actuaciones de atención inmediata*: Los poderes públicos tendrán la obligación de prestar la atención inmediata que precise cualquier menor, pudiendo la entidad pública a la que esté encomendada la protección de los menores asumir la guarda provisional de un \* menor, mediante resolución administrativa (no es necesaria la previa declaración de desamparo). La guarda podrá ser ejercida por (a) un centro de acogimiento residencial habilitado por la entidad pública; (b) acogimiento familiar (se prioriza al residencial, especialmente para los menores de seis años, y de manera casi absoluta para menores de tres años, salvo en supuestos de imposibilidad o cuando responda al interés superior del menor).

Con carácter general, la entidad pública competente es la autoridad de protección de menores de la comunidad autónoma.

- (ii) *Situación de riesgo*: Situación en que el menor se vea perjudicado en su desarrollo personal, familiar, social o educativo de forma que sea precisa la intervención de la Administración pública para garantizar los derechos del menor, pero sin que se alcance la intensidad o persistencia que fundamentarían su declaración de situación de desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la ley. Es una medida

compatible con la permanencia del menor en el entorno familiar. Es imprescindible valorar adecuadamente la situación de riesgo del menor mediante la elaboración de un proyecto de intervención social en el que se promuevan las medidas de protección.

Con carácter general, la entidad pública competente para la situación de riesgo son los servicios sociales del Ayuntamiento.

- (iii) *Declaración de desamparo*: Cuando la entidad pública constata una situación de desprotección grave del menor, (a) deberá declarar el desamparo del menor mediante la tramitación del procedimiento administrativo oportuno<sup>94</sup>, (b) asumirá la tutela del menor por ministerio de la ley y (c) deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda. Cuando se trate de menores extranjeros no acompañados, se procurará, además, la búsqueda de su familia y el restablecimiento de la convivencia familiar, siempre que se estime que dicha medida responde a su interés superior y no coloque al menor o a su familia en una situación que ponga en riesgo su seguridad.

La entidad pública competente para la declaración de desamparo es la comunidad autónoma.

La declaración de desamparo del menor constituye el último recurso al que debe acudir la Administración cuando, tras haber valorado adecuadamente la situación de riesgo de un menor, llegue a la conclusión que este se encuentra en una situación de desamparo.

- (iv) *Otras medidas de guarda*:

- **Guarda voluntaria (o guarda administrativa)**: Los progenitores o tutores de un menor pueden solicitar voluntariamente que la entidad pública sea la que asuma su guarda cuando se acredite la existencia de circunstancias graves y transitorias que los justifiquen (por un plazo máximo de dos años, pudiendo prorrogarse por causas justificadas). Transcurrido este plazo, el menor deberá regresar con sus progenitores o tutores o, si no se dan las circunstancias adecuadas

---

94. La entidad pública deberá poner esta situación en conocimiento del Ministerio Fiscal y, en su caso, del juez que acordó la tutela ordinaria. En este sentido, la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal establece la obligación del Ministerio Fiscal de velar por la protección del menor, debiendo orientar su actuación a la satisfacción del interés superior de este. A continuación, la resolución administrativa que declare la situación de desamparo y las medidas adoptadas se deberá notificar tanto a los progenitores, tutores o guardadores como al menor afectado, incluyendo las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y los efectos de la decisión adoptada.

para ello o los progenitores no quieren asumirla, ser declarado en situación legal de desamparo.

- Guarda judicial: Se trata del proceso judicial por el cual un menor pasa a estar protegido por los tribunales. La guarda judicial constituye una medida de carácter cautelar acordada por el juez en virtud de la cual se delega la tutela del menor en familiares o, si no los hay, en la entidad pública, cuando existe inmediata necesidad de protección del menor al encontrarse sus progenitores o tutores inmersos en procesos penales.

Cualquier medida de protección del menor no permanente que se adopte debe ser revisada cada tres meses respecto de menores de tres años, y respecto de mayores de esa edad cada seis meses.

Como se ha indicado, ninguno de los instrumentos anteriores ha sido diseñado para dar respuesta a la realidad específica de los menores separados. Por ejemplo, la declaración de desamparo (que lleva aparejada la separación) requiere de la acreditación de una situación de desprotección grave del niño, lo que no ocurrirá si la persona adulta que lo acompaña le ofrece el debido cuidado y afecto. Por tanto, no puede ser una medida de aplicación automática, sino una medida de *ultima ratio* cuando se acredite esa desprotección grave y peligro para el niño.

Por su parte, la situación de riesgo gestionada por los servicios sociales municipales podría ser una medida más acorde con la realidad de los niños separados, atendiendo a que esa medida de protección puede permitir comprobar cuáles son las circunstancias concretas del caso, el vínculo entre el niño y la persona adulta, así como determinar el interés superior del menor en ese caso. En función de las conclusiones alcanzadas, se podrá instar una declaración de desamparo (con la consiguiente separación) cuando exista una desatención grave del menor, o bien finalizar la situación de riesgo si se considera que el niño está debidamente cuidado y atendido. No obstante, la situación de riesgo se encuentra con un obstáculo: está pensada para familias que residen en un concreto municipio con un carácter de permanencia, lo que permite a los servicios sociales municipales desarrollar su trabajo. En un contexto de infancia en movilidad, donde la estancia en un municipio podría ser meramente temporal, la declaración de una situación de riesgo podría no desplegar todos sus efectos, atendiendo a que la situación de riesgo (a diferencia del desamparo) no permite *a priori* medidas coercitivas de restricción de la movilidad del menor.

En definitiva, los instrumentos de protección de menores previstos con carácter general en nuestra legislación requerirían de una debida adaptación en su aplicación para atender las circunstancias singulares y diferenciales de la infancia separada y en movilidad.

## 2.2. SOBRE LA MEDIDA DE SEPARACIÓN AUTOMÁTICA DEL NIÑO SEPARADO RESPECTO DE LA PERSONA ADULTA QUE LO ACOMPAÑA

La medida de separación automática del menor respecto de la persona adulta que lo acompaña no está prevista en ninguna disposición de carácter general. Tiene su origen en la aplicación de los Dictámenes 2/2012<sup>95</sup> y 5/2014<sup>96</sup>, y del Protocolo Marco de la Fiscalía General del Estado<sup>97</sup>.

El Dictamen 2/2012, así como el posterior Dictamen 5/2014, inciden en la necesidad de separar al menor que entra en territorio nacional del adulto no progenitor que lo acompaña, aunque en ninguno de los dos casos se indica expresamente su prevalencia frente a otras medidas menos lesivas.

La aplicación estricta de estos pronunciamientos ha dado como resultado que, en la práctica, la separación entre el menor y el adulto acompañante se haya producido en muchos casos de manera prácticamente automática. Y ello aun cuando el Dictamen 5/2014 concluye de forma expresa que la separación del menor respecto del adulto *“no se trata de una medida inexcusable, en tanto que la separación del niño es por principio una medida extrema y excepcional; sólo debe acordarse cuando las circunstancias del caso revelen un riesgo “inminente”*.

Por otro lado, la posible separación del menor respecto de la persona adulta que lo acompaña —que no es progenitor ni tutor legal— también se contempla en el Protocolo Marco de la Fiscalía General del Estado, de acuerdo con el cual la separación del menor del adulto que lo acompaña deberá acordarse solo cuando se aprecie una situación de riesgo. No debe ser aplicada de forma automática. En otras palabras, no procede la separación por

---

95. Dictamen 2/2012 de la Unidad de Extranjería de la Fiscalía General del Estado sobre tratamiento a menores extranjeros acompañados cuya filiación no resulte acreditada (“Dictamen 2/2012”) (<https://bienestaryproteccioninfantil.es/dictamen-2-2012-sobre-tratamiento-a-dar-a-menores-extranjeros-acompanados-menas-cuya-filiacion-no-resulta-acreditada/>).

96. Dictamen 5/2014 de la Unidad de Extranjería de la Fiscalía, sobre protección de menores extranjeros que acceden irregularmente al territorio en compañía de personas sin vínculo acreditado de parentesco y/o en riesgo de victimización (“Dictamen 5/2014”) (<https://www.fiscal.es/documents/20142/157164/DICTAMEN+5-2014+sobre+protecci%C3%B3n+de+menores+extranjeros+que+acceden+irregularmente+al+territorio+en+compa%C3%B1a+de+personas+sin+v%C3%ADn+culo+acreditado+de+parentesco+y+o+en+riesgo+de+victimizaci%C3%B3n.pdf/f77fdb3f-3e6f-d150-1669-efb1a4c5a619?version=1.1>).

97. Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con menores extranjeros no acompañados, de 22 de julio de 2014, aprobado por el Ministro de Justicia, la Ministra de Empleo y Seguridad Social, la Ministra de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, el Fiscal General del Estado, el Secretario de Estado de Seguridad y el Subsecretario del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación (el “Protocolo Marco”) (<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2014-10515>).

el solo hecho de que el adulto que acompaña al menor carezca de vínculos filiales. Para que prospere la separación, deberá evaluarse si, en el caso en concreto, el menor es víctima (o existe el riesgo de que sea víctima) de abuso, violencia o trata.

Además, el Protocolo Marco dispone que en los casos en que haya una situación de riesgo (no inminente) “*se promoverán por el Ministerio Fiscal las acciones pertinentes ante el Juzgado de Guardia o Juzgado de Primera Instancia competente para asegurar que mientras se está evaluando la situación de riesgo, el menor no abandone el centro en compañía del adulto, sin autorización judicial*”. Por tanto, aun en casos donde pueda existir una situación de riesgo para el menor, y siempre que este no sea inminente, podrían justificarse medidas alternativas a la separación.

Sobre esta cuestión la Fiscalía es más clara y apunta hacia esa dirección en la nota interna que emitió el 8 de junio de 2022 a la que antes nos hemos referido. En esta nota interna, se establecen las directrices que deben tener en cuenta los fiscales de menores delegados provinciales en relación con los menores de edad procedentes de Ucrania en situación de riesgo activo y se aboga por la escucha del menor y la protección de su interés superior. La medida de separación del menor del adulto que lo acompaña debe ser, de acuerdo con la nota interna, una medida de *ultima ratio*.

Los anteriores instrumentos pueden complementarse, a efectos interpretativos, con las Directrices 2021 de ACNUR para evaluar y determinar el interés superior de la niñez, que recogen una serie de pautas y procedimientos a modo de recomendaciones para todos aquellos actores involucrados en la protección de los menores migrantes<sup>98</sup>. Entre ellas, destacan los siguientes:

- (i) El nombramiento del adulto familiar acompañante como tutor del menor, excepto en caso de abusos.
- (i) La separación del menor respecto del adulto que lo acompaña cuando no es su progenitor debe regirse por el principio del interés superior del menor en términos equivalentes a la separación del menor de los que sí son sus progenitores.
- (iii) El niño no debe ser separado de sus progenitores (o del adulto que lo acompaña, en este caso) contra su voluntad.
- (iv) El procedimiento de evaluación de los menores extranjeros para la determinación de su interés es más eficaz cuando forma parte de un programa integral de protección de la infancia que atiende a todos sus objetivos. Se recomienda que la evaluación de la situación del menor se realice desde un enfoque multidisciplinar. Será crucial en este

98. <https://www.refworld.org/es/pol/posicion/unhcr/2021/es/122648>

sentido la detección de situaciones de abuso para derivar a los menores que lo necesiten a los programas de protección de la infancia.

En el siguiente apartado se tratarán con mayor detalle los principios más relevantes que deben servir de base para la aplicación de cualquier medida de protección al menor extranjero que llega a España acompañado de una persona adulta con la que no tiene un vínculo de filiación.

### **2.3. PRINCIPIOS QUE DEBEN MODULAR LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN PREVISTAS EN LA LEGISLACIÓN Y, EN CONCRETO, LA MEDIDA DE SEPARACIÓN AUTOMÁTICA**

#### **2.3.1. Principio del interés superior del menor y el derecho a ser escuchado: la Convención sobre los Derechos del Niño**

El principio del interés superior del menor está consagrado en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (la “CDN”): “*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores y otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas*”. En el ordenamiento nacional, este principio se consagra en el artículo 2 de la LOPJM.

Por tanto, este principio rector exige que, en cualquier decisión que deba adoptar una autoridad en relación con el menor, su interés superior constituirá una “*consideración primordial*”.

Por su parte, el artículo 12 de la CDN establece la obligación de los Estados de garantizar que el menor involucrado en cualquier tipo de procedimiento que afecte a sus intereses pueda opinar, y que estas opiniones deban tenerse en cuenta debidamente en función de la edad y la madurez del menor.

Es de vital importancia apuntar el hecho de que la jurisprudencia también reconoce este principio como el pilar que debe regir en todo procedimiento concerniente a los menores. Así, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“TJUE”) en su sentencia de 14 de enero de 2021, C441/2019 (ECLI:EU:C:2021:9)<sup>99</sup>, consagra el interés superior del menor al determinar que “*en todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o por instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial*”.

---

99. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62019CJ0441>

También lo han hecho los tribunales españoles. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sección 1.ª, de 4 de diciembre de 2012 (ECLI:ES:TSJAR:2012:1134)<sup>100</sup>, relaciona la importancia del interés superior del menor con la formalidad de los procesos y reconoce que “*La jurisprudencia ha proclamado como principio rector de los procesos sobre medidas de protección de los menores la necesidad de que prevalezca su interés como principio prioritario, evitando que la formalidad de la controversia procesal pueda perjudicarlo (SSTS 21[sic] de diciembre de 2001 (RJ 2002, 3100), 12 de julio de 2004 (RJ 2004, 5356), 23 de mayo de 2005 (RJ 2005, 4139))*”.

Su aplicación implica una evaluación de la situación concreta a la que se enfrenta el menor, ya que solo así podrá conocerse cuál es su interés superior (que dependerá de cada situación). Así lo indica la Observación General N.º 14 (2013) de la CDN<sup>101</sup> cuando señala que “*la evaluación del interés superior del niño es una actividad singular que debe realizarse en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada niño [...]*”.

Asimismo, se indica que son relevantes el “*contexto social y cultural del niño o los niños, por ejemplo, la presencia o ausencia de los padres, el hecho de que el niño viva o no con ellos, la calidad de la relación entre el niño y su familia o sus cuidadores, el entorno en relación con la seguridad y la existencia de medios alternativos de calidad a disposición de la familia, la familia ampliada o los cuidadores*”.

Por tanto, a la hora de evaluar la conveniencia de aplicar la medida de separación del menor extranjero llegado a España acompañado de un adulto no progenitor deberá atenderse siempre al interés superior del menor, y el menor deberá ser escuchado.

### **2.3.2. Derecho a la vida en familia: Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales**

El artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (“CEDH”) consagra el derecho al respeto por la vida privada y familiar: “*Toda persona tiene derecho al respecto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia*”.

En términos similares se regula, como hemos visto, en el artículo 16 de la CDN: “*Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación*”.

100. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/f4f68d3d-6f34cdf8/20130408>

101. <https://www.refworld.org/es/ref/polilegal/crc/2013/es/95780>

En este contexto, la Observación General N.º 14 (2013) también realiza la familia como unidad fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y bienestar de sus miembros, en particular, de los niños. El preámbulo de la Observación indica que *“la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad. Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”*.

El término *familia* debe interpretarse en un sentido amplio que incluya a los padres biológicos, adoptivos o de acogida o, en su caso, a los miembros de la familia ampliada o la comunidad, según establezca la costumbre local (artículo 5 de la CDN). En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (“**TEDH**”) ha entendido que, aunque una relación no alcance el nivel de *“vida familiar”*, se puede acudir al concepto de vida privada para proteger ciertas relaciones, como declaró la sentencia Znamenskaya c. Rusia, de 25 de marzo de 2004<sup>102</sup>. Bajo este concepto se han reconocido vínculos estrechos entre un menor acogido y su tutora, por ejemplo. De igual forma, el TJUE en su sentencia 26 de marzo de 2019 (C-129/18) aceptó que un menor bajo la tutela de un ciudadano de la Unión Europea en régimen *kafala* (una figura de tutela propia de la legislación de Argelia) tenía derecho a residir en la Unión Europea para mantener la unidad familiar en sentido amplio<sup>103</sup>.

También las Directrices 2021 de ACNUR abogan por un concepto amplio de familia. En el apartado 4.3.1. de las Directrices se indica que *“el término “familia” debe interpretarse en un sentido amplio de acuerdo con las costumbres locales y, dependiendo del contexto, puede incluir a los miembros de la familia ampliada o a otras personas de la comunidad con las que vive el niño o niña”*, y apuestan por una equiparación de las figuras de los progenitores con la de los adultos acompañantes.

Este es un elemento esencial en el análisis de las medidas de protección del menor separado. La “familia” como bien jurídico protegido no se limita únicamente a la “familia biológica” del menor. Ante la ausencia de un concepto claro de “menores separados” en la normativa europea e internacional, debe abogarse por un entendimiento amplio del concepto de “vida familiar” que permita tomar en consideración la existencia de otros vínculos familiares diferentes a los biológicos e igualmente válidos.

---

102. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#\(22itemid%22:\[22001-23822%22\]\)](https://hudoc.echr.coe.int/eng#(22itemid%22:[22001-23822%22]))

103. <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=BE6C62A2A65C5AFD95185599C78C835F?text=&docid=219294&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1950474>

### **2.3.3. Principio de proporcionalidad: búsqueda de medidas menos gravosas para el menor**

El principio de proporcionalidad es un principio general de aplicación en nuestro ordenamiento jurídico. Será de aplicación también, pues, a la hora de adoptar las medidas de separación del menor extranjero a su llegada a España. Este principio exige que las medidas restrictivas de derechos cumplan siempre con un triple test, consagrado por nuestro Tribunal Constitucional:

- (i) principio de adecuación: la medida debe ser susceptible de cumplir con el fin perseguido;
- (ii) principio de necesidad: no existe otra medida alternativa menos gravosa que sea capaz de cumplir con el fin perseguido; y
- (iii) principio de proporcionalidad en sentido estricto: los perjuicios causados no son mayores que los beneficios conseguidos.

Por tanto, en aplicación de este principio, si existe una medida alternativa que sea menos lesiva para el menor y, aun así, capaz de conseguir el fin pretendido, deberá adoptarse la medida menos gravosa.

Similar es el análisis de la medida de separación que exige el principio *do no harm*. Se trata de un principio de acción humanitaria (*soft law*) comúnmente aceptado en el ámbito internacional derivado del interés superior del menor y de proporcionalidad. Este principio exige que las medidas adoptadas no pueden afectar negativamente a los menores ni que les expongan a más daños.

## **2.4. INSTITUCIONES DE LA LEGISLACIÓN CIVIL EN MATERIA DE INFANCIA: GUARDA DE HECHO Y TUTELA**

En nuestro ordenamiento jurídico dos instituciones de la legislación civil en materia de infancia pueden tener alguna relevancia para el supuesto de los niños separados: la guarda de hecho y la tutela. En este apartado se darán algunas de las notas más relevantes de ambas instituciones en lo que afecta al tema tratado en este capítulo.

### **2.4.1. La guarda de hecho**

La guarda de hecho es una medida de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica respecto de un menor o persona con discapacidad que ejerce *de facto* una persona, sin que haya sido nombrada judicialmente. Se regula en los artículos 250 y 263 y ss. del Código Civil.

De este modo nuestro ordenamiento regula la figura de la guarda de hecho como una medida de protección para los menores, ejercida por quien, de for-

ma voluntaria, asume las labores de atención y cuidado del menor de edad sin ser titular de la patria potestad o de la tutela.

Una de las notas características de esta institución es que aquel que ejerce la guarda de hecho del menor no tiene reconocidas facultades de representación, por lo que necesitará la autorización judicial para la toma de decisiones que afecten directamente al menor. Así, el artículo 264 del Código Civil indica que *“cuando, excepcionalmente, se requiera la actuación representativa del guardador de hecho, este habrá de obtener la autorización para realizarla a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria, en el que se oirá al menor”*.

Esta situación genera inseguridad en las relaciones entre la adulta y el menor porque jurídicamente no tiene reconocida la tutela del niño. Por ello, de acuerdo con el artículo 237 del Código Civil, *“[...] cautelarmente, mientras se mantenga la situación de guarda de hecho y hasta que se constituya la medida de protección adecuada, si procediera, se podrán otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores”*.

El reconocimiento judicial de la guarda de hecho disminuye el riesgo de una eventual declaración de la situación de desamparo del menor. A estos efectos, conviene recordar que el artículo 94.3 de la Ley 4/2021, de 27 de julio, de Infancia y Adolescencia de Andalucía establece que *“Las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en una situación de guarda de hecho no serán declarados en desamparo si se constata que se les presta la adecuada atención y no concurren circunstancias que requieran la adopción de medidas de protección. En estos casos la Entidad Pública lo pondrá en conocimiento del juzgado correspondiente a los efectos previstos en el artículo 237 del Código Civil”*.

Este precepto positiviza una larga línea jurisprudencial por la que se han declarado contrarias a derecho medidas de separación de menores respecto de guardadores de hecho que les daban el cuidado necesario. Basta citar a estos efectos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 22 de diciembre de 2004 (rollo de apelación núm. 133/2004)<sup>104</sup>. Debe destacarse el carácter garantista de la legislación andaluza que ha acogido en su articulado esta previsión, precisamente, para evitar separaciones innecesarias de menores respecto de sus guardadores de hecho (*vid.* Auto núm. 86/2023 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Montilla, de 27 de junio de 2023, que reconoce la guarda de hecho de una adulta respecto de su hermano menor de edad).

Del mismo modo, la reforma del Código Civil en materia de guarda de hecho de menores (llevada a cabo por la Ley 8/2021, de 2 de junio, y cuya entra-

---

104. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/84cfa915ec4bca79/20060118>

da en vigor se ha producido el 3 de septiembre de 2021) se ha hecho eco de la línea jurisprudencial antes mencionada. Así, mediante la remisión del artículo 238 del Código Civil (“*Serán aplicables a la guarda de hecho del menor, con carácter supletorio, las normas de la guarda de hecho de las personas con discapacidad*”), el artículo 263 del Código Civil dispone que “*Quien viniere ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de una persona con discapacidad continuará en el desempeño de su función incluso si existen medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial, siempre que estas no se esté aplicando eficazmente*”.

De la regulación que nos brinda el Código Civil, se desprende que la guarda de hecho ha sido configurada no como una institución con vocación transitoria, sino como una medida de apoyo estable y duradera.

#### **2.4.2. La tutela**

La tutela se regula en los artículos 172 y ss. y 200 y ss. del Código Civil. Se trata de una medida de protección del menor en situación de desamparo. Las funciones tutelares constituyen un deber y se ejercen siempre en beneficio del tutelado y bajo la salvaguarda de la autoridad judicial (art. 200 del Código Civil).

El tutor representará al menor solo en aquellos actos en los que no pueda actuar por sí solo en los que solo necesite asistencia. En todo caso, el tutor tiene el deber de actuar siempre de acuerdo con el interés del menor, con su personalidad y respetando sus derechos (arts. 225 y 227 del Código Civil).

A los efectos que interesan al presente capítulo, pueden destacarse cuatro previsiones del Código Civil en materia de tutela ordinaria:

- (i) Las Administraciones autonómicas tienen encomendada la asunción de la tutela de los menores desamparados en su territorio por ministerio de la ley (artículos 172.1 y 222.1 del Código Civil).
- (ii) No obstante, si existiesen personas que, por sus relaciones con el menor u otras circunstancias, pudiesen asumir la tutela en interés del menor, se promoverá el nombramiento de ese tutor (artículos 172.4 y 222.2 del Código Civil)
- (iii) El juez designará al tutor a quien, por sus relaciones con el tutelado y en beneficio de este, considere más idóneo (artículos 214 y 215 del Código Civil).

Por tanto, la regulación de nuestro Código Civil aboga por que la tutela recaiga en una persona cercana al menor, siempre que pueda asumir su tutela. El Estado actúa como garante del cumplimiento de las funciones de la tutela y el respeto a los derechos del menor, que permanece con su tutor legal.

### **3. LA APLICACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO POR LOS TRIBUNALES Y OTRAS INSTITUCIONES**

Se han localizado dos expedientes muy recientes a la fecha de emisión de esta publicación que, en la práctica, suponen un paso adelante importante, pues en ellos no se ha procedido a la separación automática cautelar del menor de edad que llega a España acompañado de un adulto sin vínculo de filiación biológico, sino que se han iniciado expedientes de protección de menores en situación de riesgo que han concluido, como ahora veremos, en sendos informes de apego positivo y seguro que recomiendan que la unidad familiar no sea separada.

Además, existen al menos dos pronunciamientos judiciales en los que, tras un abordaje integral y especializado del vínculo entre el menor y el adulto de referencia (sin vínculos de filiación biológicos) realizado sin separación de la unidad familiar, los órganos jurisdiccionales han acordado medidas de protección como la guarda de hecho o la tutela. Incluso, en uno de ellos, el Auto 3/2024 al que luego nos referiremos en detalle, se autoriza la salida de España de la menor con la adulta que la acompaña, y a la que se le reconoce como tutora de la menor, estableciendo como única medida de control la información al juzgado cuando vaya a iniciarse la salida de España.

#### **3.1. EXPEDIENTE DE PROTECCIÓN DE MENORES EN SITUACIÓN DE RIESGO 2649/2023 DE LA FISCALÍA PROVINCIAL DE LAS PALMAS, ARCHIVADO POR LA EXISTENCIA DE APEGO DEL MENOR CON LA PERSONA ADULTA QUE LO ACOMPAÑA**

HECHOS.– Dña. WM y tres menores de edad WB, BI y BD, nacidos en Senegal, llegaron a Tenerife en octubre de 2023 en una embarcación tipo patera. A su llegada a España fueron trasladados y acogidos en un centro gestionado por Cruz Roja. WM comunica a las autoridades que los tres menores son sus sobrinos y que ha ejercido funciones de referente y madre desde el nacimiento de los menores. Ante la necesidad de protección de los menores, la Fiscalía Provincial de las Palmas inicia un expediente de protección de menores en situación de riesgo al que Cruz Roja aporta un informe de apego positivo y seguro entre WM y los tres menores, valorándose negativamente la separación de los menores de su figura de referencia actual.

SITUACIÓN ACTUAL.– Recibido el informe de Cruz Roja, la Fiscalía Provincial de las Palmas decreta el archivo definitivo del expediente de protección de menores en situación de riesgo. Así mismo, a solicitud de Cruz Roja, la Consejería de Bienestar Social, Igualdad, Juventud, Infancia y Familias de la Dirección General de Protección a la Infancia del Gobierno de Canarias autoriza el desplazamiento de WM y los tres menores un centro

de acogida para continuar con el análisis de las circunstancias y el inicio de un procedimiento judicial sobre el posible reconocimiento de la guarda de hecho o tutela de los tres menores en favor de WM. A la fecha de emisión de esta publicación, WM y los tres menores están acogidos en el Centro Ödos<sup>105</sup>.

### **3.2. EXPEDIENTE DE PROTECCIÓN DE MENORES EN SITUACIÓN DE RIESGO 307/2024 DE LA FISCALÍA PROVINCIAL DE LAS PALMAS, ARCHIVADO ANTE LA AUSENCIA DE INDICADORES DE RIESGO**

HECHOS.– Dña. BK y dos menores de edad, sobrina e hijo, KM y KA, nacidos en Guinea, llegaron a la isla de Fuerteventura en febrero de 2024 en una embarcación tipo patera, huyendo de un matrimonio forzosos y de la necesidad de proteger a KM de la práctica de la mutilación genital femenina. A su llegada a España fueron trasladados y acogidos en un centro gestionado por Cruz Roja. BK comunica a las autoridades que KM no es su hija biológica, pero manifiesta su deseo de continuar ejerciendo la función de su referente y madre. Ante la necesidad de protección de la menor, la Fiscalía Provincial de las Palmas inicia un expediente de protección de menores en situación de riesgo al que Cruz Roja aporta un informe de apego positivo, seguro y favorecedor entre KM y BK, considerando adecuado que la unidad familiar permanezca unida.

SITUACIÓN ACTUAL.– Recibido el informe de Cruz Roja, la Fiscalía Provincial de las Palmas decreta el archivo definitivo del expediente de protección de menores en situación de riesgo. Así mismo, a solicitud de Cruz Roja, la Consejería de Bienestar Social, Igualdad, Juventud, Infancia y Familias de la Dirección General de Protección a la Infancia del Gobierno de Canarias autoriza el desplazamiento de BK junto con KM y KA al Centro Ödos para continuar con el análisis de las circunstancias y el inicio de un procedimiento judicial sobre el posible reconocimiento de la guarda de hecho o tutela de KM en favor de BK.

---

105. El Centro Ödos, ubicado en Montilla (Córdoba), forma parte del Programa Ödos de la Fundación Emet dirigido a proteger los derechos de las mujeres, niños y niñas en movilidad. Se trata de un centro de acompañamiento e intervención integral que permite observar y evaluar el vínculo entre los menores y las mujeres que les acompañan (cuando no son sus familiares biológicos o tutores) antes de adoptar ninguna medida de protección del menor. La actividad de este centro permite comprobar las circunstancias concretas de cada caso, y sus conclusiones son un elemento de referencia esencial que permite a las autoridades fundamentar, cuando procede, las medidas oportunas de protección de los menores.

**3.3. AUTO 86/2023, DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA  
E INSTRUCCIÓN N.º 2 DE MONTILLA (CÓRDOBA)  
EN EL QUE SE ACUERDA RECONOCER LA GUARDA DE HECHO  
A UNA MUJER ADULTA DE UN MENOR DE EDAD (SU HERMANO)  
Y ATRIBUIRLE LAS FUNCIONES PROPIAS DE LA TUTELA**

HECHOS.– Dña. YA y su hermano menor de edad, CB, nacidos ambos en Costa de Marfil, llegaron a España en febrero de 2022 procedentes de Marruecos. Tras un periodo de cuarentena (motivado por la situación de pandemia), fueron acogidos en un centro gestionado por una fundación, donde permanecieron siete meses. En noviembre de 2022, YA y CB fueron trasladados al Centro Ödos de la Fundación Emet. Allí siguieron un plan de atención integral en las áreas jurídica, social, educativa y sanitaria. Ambos se empadronaron en la ciudad de Montilla, obtuvieron las tarjetas sanitarias del sistema sanitario andaluz y CB está escolarizado. Además, ambos reciben clases de español e informática y atención psicológica individualizada. Tanto YA como CB han manifestado en numerosas ocasiones su deseo de permanecer juntos en España.

En abril de 2023 se promovió una solicitud de reconocimiento de guarda de hecho de YA para con su hermano CB.

En el curso del procedimiento y para acreditar la situación de hecho de YA y CB se aportaron al juzgado (i) los resultados de ADN que confirman la situación de hermandad, (ii) las entrevistas mantenidas por los hermanos con el personal del Centro Ödos y con los Servicios Sociales del Ayuntamiento de Montilla, donde se constata la labor de responsable que YA ha ejercido, y que continúa ejerciendo, para con su hermano, velando por su protección y la satisfacción de sus necesidades básicas desde que abandonaron su país de nacimiento, estando siempre juntos durante todo el trayecto migratorio, (iii) el informe psicosocial del Centro Ödos donde se recoge que la figura de referencia de CB es su hermana y que ha estado a su cargo en los últimos años, (iv) las pautas de crianza de YA respecto de su hermano: supervisa y acompaña a su hermano en el proceso escolar, acude a las tutorías, infunde hábitos de alimentación e higiene y le acompaña a las visitas médicas.

El informe psicosocial del Centro Ödos resalta (i) que CB ha expresado su deseo de continuar viviendo con su hermana y comenzar ambos una vida independiente en España, (ii) que YA, por su parte, ha manifestado su interés de estudiar y vivir en España, y (iii) que el vínculo entre los dos hermanos es una relación afectiva positiva.

El informe psicosocial del Centro Ödos concluye que YA es la persona más adecuada para ejercer la guarda de CB y ser su referente en España.

La Fiscalía Provincial de Córdoba informó positivamente al juzgado sobre el nombramiento de YA como guardadora de hecho de su hermano CB.

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS.**– El juzgado considera que en el presente caso quedan acreditados dos hechos fundamentales. Por un lado, que YA ha cuidado de su hermano CB desde que su madre los abandonó en busca de recursos con que alimentarlos. Que ha estado presente y ha tomado las mejores decisiones posibles para CB, protegiéndole de la violencia y llevándolo consigo, mientras hacía todo lo necesario por alimentarlo y educarlo. Por otro lado, que YA es la mejor persona posible para CB por su vínculo familiar, y por ser la única persona que ha antepuesto su interés personal al interés de su hermano.

**ACUERDO.**– El juzgado acuerda reconocer a YA como guardadora de hecho de CB atribuyéndole las funciones propias de la tutela, precisando de autorización judicial únicamente para los actos establecidos en el artículo 271 del Código Civil.

**3.4. AUTO 3/2024, DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN N.º 1 DE MONTILLA (CÓRDOBA) Y JUZGADO DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER EN EL QUE SE ACUERDA CONSTITUIR LA TUTELA DE UNA MENOR DE EDAD A FAVOR DE UNA MUJER ADULTA (QUE NO ES SU MADRE BIOLÓGICA), ATRIBUYÉNDOLE TODAS LAS FUNCIONES PROPIAS DE LA TUTELA**

**HECHOS.**– Dña. SA y la menor de edad, CF, nacidas ambas en Guinea Conakry, llegaron a España en febrero de 2023 procedentes de Marruecos. Fueron inicialmente acogidas en un centro gestionado por Cruz Roja y posteriormente en el Centro Ödos. SA salió de su país de origen huyendo del matrimonio forzoso al que su familia la quería someter. CF y SA tienen un vínculo familiar. SA quiere trasladarse con CF a Francia.

En el curso del procedimiento y para acreditar la situación de hecho de SA y FK, se aportó al juzgado (i) informe de Cruz Roja en el que se reconocen como adecuados los vínculos afectivos entre CF y SA, a quien considera su figura de referencia, proponiendo que permanezcan juntas; (ii) empadronamiento de SA y CF y certificado de escolarización, e (iii) informe de situación del Centro Ödos en el que se confirma que la relación entre SA y CF es acorde a un vínculo maternofamiliar y favorable para el desarrollo de CF. Añade que se ha obtenido y contrastado información y documentación en Guinea Conakry, España y Francia que son coherentes y de las que puede concluirse que SA y CF tienen un plan de acogida razonablemente seguro en Francia.

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS.**– El juzgado considera que en el presente caso quedan acreditados dos hechos fundamentales. Por un lado, que SA ha cuidado de CF desde que su madre falleció. Que ha estado presente y ha toma-

do las mejores decisiones posibles para CF, protegiéndola y llevándola consigo, mientras hacía todo lo necesario por alimentarla y educarla. Por otro lado, que SA es la mejor persona posible para CF por su vínculo familiar, y por ser la única persona que ha antepuesto su interés personal al interés de la niña, actuando en todo momento como la mejor de las madres posibles.

ACUERDO.— El juzgado acuerda constituir la tutela de CF a favor de SA, atribuyéndole todas las funciones propias de la tutela, precisando de autorización judicial únicamente para los actos establecidos en el artículo 271 del Código Civil, y estableciendo como medida de control la necesidad de información al juzgado cuando se vaya a iniciar la salida de territorio nacional.

#### **4. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE ACTUACIÓN**

España no cuenta con una normativa específica que regule las concretas medidas que se deben aplicar (y cómo deben ser aplicadas) en aquellos casos en los que un menor llega a nuestro país acompañado de una persona adulta sin vínculo de filiación biológico. Precisamente la ausencia de regulación específica es la que abre la puerta a la inseguridad jurídica y a la posible aplicación automática de la medida de separación del menor del adulto que lo acompaña, o la autorización de continuación del viaje migratorio sin adoptar ninguna medida de comprobación o intervención.

Ambas decisiones, si no se toman con la debida cautela, ponderación y fundamentación, pueden resultar en perjuicio del menor. Por un lado, aplicar automáticamente la separación del menor del adulto es una medida de gran impacto que puede llegar a ser traumática para el niño. Por otro lado, la decisión sin las debidas comprobaciones de no separar al menor del adulto también entraña sus riesgos y podría ser perjudicial.

La medida más adecuada será aquella que se haya tomado teniendo en consideración todos los elementos que rodean a la situación del menor: la relación con la adulta que lo acompaña, los vínculos que le unen a ella, su propia situación personal, la atención a sus necesidades materiales y afectivas, etc. Solo analizando con atención las singulares circunstancias de cada caso se podrá tomar la decisión que mayor protección le otorgue, siempre teniendo como base el principio del interés superior del menor.

En este sentido, las dos últimas actuaciones de la Fiscalía Provincial de las Palmas y la Consejería de Bienestar Social, Igualdad, Juventud, Infancia y Familias de la Dirección General de Protección a la Infancia del Gobierno de Canarias, a las que ya nos hemos referido (expedientes 2649/2023 y 307/2024), son muy relevantes, pues suponen un cambio de inercia a la medida de separación automática del menor y el adulto que le acompaña. En ambos casos, en

lugar de acordarse de forma automática la separación, se iniciaron expedientes de protección de menores en situación de riesgo. Ambos, el menor y el adulto, fueron acogidos en un centro de acogida temporal y Cruz Roja realizó un proceso de evaluación de la relación entre ambos, concluyendo que existía un apego positivo, seguro y favorecedor y que la unidad familiar debía permanecer unida. Tras esta evaluación, la Fiscalía Provincial de las Palmas archivó ambos expedientes y la Dirección General citada autorizó el desplazamiento de los menores y los adultos que los acompañan a otro centro para continuar con el análisis de las circunstancias y el inicio de un procedimiento judicial para concretar las medidas de protección definitivas del menor (guarda de hecho o tutela).

Por su parte, las resoluciones judiciales analizadas (autos 86/2023 y 3/2024) son un claro ejemplo de como una evaluación detallada de la relación y el vínculo de los menores con los adultos que los acompañan permite acordar una medida de protección de los menores sin necesidad de pasar por una separación previa. En ambas resoluciones un análisis de la relación entre el menor y el adulto que lo acompaña permite concluir si el menor está en situación de desamparo y, en consecuencia, adoptar la medida de protección necesaria (guarda de hecho o la tutela) sin pasar por una separación que podría ser traumática, contraria a los principios del interés superior del menor y de proporcionalidad, así como al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar.

Ciertamente, la evaluación detallada de la relación y el vínculo de los menores con los adultos que los acompañan, y que constituyen la base de los expedientes y resoluciones citadas, debe realizarse en un centro de acogida o acompañamiento especializado y ser realizada por una entidad profesional. Lo anterior requiere la dedicación de recursos económicos y sobre todo de tiempo, pero ateniendo a las resoluciones observadas parecen que son recursos necesarios para la protección de estos niños separados, puesto que pueden evitar una separación traumática, a la vez que se garantiza la protección del niño frente a los posibles peligros a los que podría verse expuesto.

**VI.**  
**PROTECCIÓN DE MENORES TUTELADOS**  
**RESIDENTES EN CENTROS**  
**DE PROTECCIÓN ANTE SITUACIONES**  
**DE VIOLENCIA SEXUAL**



## VI.

### *Protección de menores tutelados residentes en centros de protección ante situaciones de violencia sexual*

REBECA LARENA PÉREZ  
ANDREA MARTÍN ALACID  
ALMUDENA RUIZ DE LA HERAS  
NOELIA JIMÉNEZ PIRIS  
FLORBELA BESSADA

**Resumen:** *En el presente capítulo se analizará el marco normativo que regula la responsabilidad (penal, civil y patrimonial) de los centros de protección ante situaciones de explotación sexual de menores tutelados, así como los relevantes precedentes judiciales dictados en la materia. Se abordará, en particular, el estado de implantación del sistema de protección integral del menor (desde la triple perspectiva de prevención, detección y reacción) propugnado en los tratados internacionales ratificados por España, en la normativa dictada en el ámbito de la Unión Europea y en la normativa estatal (particularmente, en la Ley Orgánica de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia), junto con las dificultades a las que se enfrentan los órganos judiciales para dotar de efectividad ese inconcluso marco normativo, o, lo que es igual, para ofrecer una respuesta efectiva, proporcionada y disuasoria no solo ante quienes ejercieron de forma directa violencia contra menores, sino también ante los centros que debieron adoptar medidas de protección del menor y no lo hicieron.*

## 1. INTRODUCCIÓN

Los menores (en general) conforman un grupo social especialmente vulnerable ante la violencia sexual, que es particularmente predicable de los menores tutelados y, en especial, de aquellos que residen en centros de protección.

Con carácter general, se trata de menores en situación de desamparo, lo que es susceptible de provocar carencias afectivas y emocionales, baja autoestima y ausencia de referentes, así como ambigüedad y/o dificultades para la aceptación e imposición de límites. Por otro lado, en no pocas ocasiones, el desamparo deriva de situaciones previas de violencia, que pueden llegar a ser percibidas por el menor como situaciones cotidianas.

Además, en ocasiones, los centros residenciales acogen a un número elevado de menores, lo que puede conllevar una especial desprotección individual. En el caso de las menores (mujeres), particularmente vulnerables ante situaciones de violencia sexual, hay que señalar que estas representan un porcentaje muy inferior (36 %) al de varones (64 %) en el sistema de acogimiento residencial<sup>106</sup>, lo que es susceptible de generar situaciones de violencia sexual entre menores tutelados, así como de dificultar la comprensión y prevención del fenómeno desde el enfoque de género.

Estos factores generan dificultades para dotar a los menores tutelados residentes en centros de acogimiento (destacadamente a las menores tuteladas) de una protección efectiva ante situaciones de violencia sexual, así como para que (una vez producidas esas situaciones) se preste una adecuada atención psicológica para la reparación del daño<sup>107</sup>. A ello se une el difícil acceso a la información necesaria para adoptar medidas efectivas (pues un porcentaje elevado de menores afectados no denuncian la situación)<sup>108</sup>.

106. Pág. 28 del *Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia y la adolescencia* ([https://observatoriodelainfancia.mdsocialesa2030.gob.es/estadisticas/estadisticas/PDF/BOLETIN\\_Proteccion\\_ANO\\_2021\\_ACCESIBLE.pdf](https://observatoriodelainfancia.mdsocialesa2030.gob.es/estadisticas/estadisticas/PDF/BOLETIN_Proteccion_ANO_2021_ACCESIBLE.pdf)).

107. Como expresa el Plan de acción contra la explotación sexual de menores acogidos, aprobado el 5 de mayo de 2022 por el Ministerio de Igualdad, *“la explotación sexual es uno de los grandes desafíos que debemos enfrentar como sociedad. Una violencia, especialmente dirigida a mujeres y niñas, que explota las desigualdades y que tiene como principales responsables a los perpetradores y las redes de explotación. Nuestro principal esfuerzo debe dedicarse a lograr un cambio cultural que acabe con esta violencia, al tiempo que quien la ejerza responda siempre ante la justicia. No obstante, de manera inmediata, debemos detectar a las potenciales víctimas, especialmente a las más vulnerables, y asegurarles una reparación integral que les permita vivir una vida digna y sin violencia. En este sentido, no podemos negar que, aunque la infancia en general puede estar expuesta a este tipo de violencia y debemos evitarlo, las niñas y las adolescentes, y, aunque en menor medida, también los niños y adolescentes del sistema de protección, son un blanco de preferencia para los abusadores, proxenetas o explotadores sexuales. Un desafío al que no se enfrenta una única CC.AA. de forma aislada, sino que está latente en el conjunto del sistema de protección español, habiéndose reportado y reconocido casos en toda Europa”*.

108. Así lo ha hecho constar el Defensor del Pueblo, que en el ejercicio 2023 *“inició una actuación de carácter general con las administraciones competentes en materia de protección de menores con el fin de conocer la experiencia de cada territorio con relación a los casos de menores que, encontrándose en régimen de protección, han podido ser víctimas de abusos o explotación sexual”* ([https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2024/03/Defensor-del-Pueblo\\_Informe-anual-2023.pdf](https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2024/03/Defensor-del-Pueblo_Informe-anual-2023.pdf)).

De un tiempo a esta parte, los medios de comunicación se han hecho eco de distintas problemáticas que afectan a los menores residentes en centros de protección. Por un lado, se han denunciado redes de explotación sexual que reclutan a menores tutelados en centros de acogimiento residencial<sup>109</sup>. Por otro lado, se han denunciado actos de violencia sexual contra los menores tutelados cometidos en los propios centros de protección de menores tanto por trabajadores del centro<sup>110</sup> como por otros menores residentes<sup>111</sup>.

Al respecto, el reto al que se enfrenta el ordenamiento jurídico en relación con la protección de los menores tutelados residentes en centros de protección ante situaciones de violencia sexual radica en la necesidad de desarrollar un sistema de protección integral, efectivo y homogéneo, por medio del cual se adopten medidas específicas idóneas para prevenir, detectar y atajar la violencia sexual ejercida contra los menores tutelados.

En el presente capítulo se analizará el marco normativo que regula esta cuestión y se abordarán algunas resoluciones judiciales en que se ha analizado la responsabilidad de los centros frente a los menores tutelados ante situaciones de violencia sexual.

## 2. MARCO JURÍDICO APLICABLE

### 2.1. INTRODUCCIÓN

La Constitución española recoge en el artículo 39 la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de los menores de edad, de conformidad con los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

La competencia en materia de protección de menores no aparece expresamente mencionada en los artículos 148 y 149 de la Constitución, como competencia exclusiva del Estado, por lo que se trata de una materia que las Comunidades Autónomas pueden asumir a través de los Estatutos de Autonomía. En consecuencia, a excepción de la regulación penal (art. 149.1.6.º CE) y civil común (art. 149.1.8.º CE), la competencia del Estado se circunscribe a la aprobación de una normativa básica estatal, destinada a garantizar un mínimo de

---

109. [https://www.eldiario.es/sociedad/abusar-sexualmente-menor-tutelado-facil-centros-enfrentan-problema-creciente-magnitud-desconocida\\_1\\_10790124.html](https://www.eldiario.es/sociedad/abusar-sexualmente-menor-tutelado-facil-centros-enfrentan-problema-creciente-magnitud-desconocida_1_10790124.html)

<https://www.publico.es/sociedad/menores-tuteladas-centros-acogida-desamparadas-mafias-prostitucion-falta-voluntad-politica.html>

110. [https://www.elconfidencial.com/espana/galicia/2023-10-08/centro-menores-11-anos-prision-trabajadora-social\\_3749932/](https://www.elconfidencial.com/espana/galicia/2023-10-08/centro-menores-11-anos-prision-trabajadora-social_3749932/)

111. <https://www.elcorreo.com/bizkaia/denuncian-violacion-hija-anos-menor-centro-tutelado-20231129002042-nt.html>

homogeneidad en el tratamiento de la materia en todo el territorio del Estado (art. 149.1.1.º CE). Pero, para la aplicación de esa normativa, será necesario el desarrollo e implementación por parte de las Comunidades Autónomas, en relación con sus respectivos territorios.

Por ello, en el análisis de la respuesta que ofrece el ordenamiento jurídico a la problemática objeto de estudio debe atenderse, además de al contenido de los acuerdos internacionales adoptados en materia de protección de menores, a la normativa estatal y autonómica, sin olvidar la regulación de la materia en el ámbito de la Unión Europea.

## 2.2. MARCO SUPRANACIONAL

Los instrumentos internacionales más destacables en cuanto a la adopción de medidas para la protección de menores ante situaciones de explotación y abuso sexual son los siguientes:

- La *Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989*<sup>112</sup> (la “Convención sobre los Derechos del Niño” o la “Convención”). La Convención sobre los Derechos del Niño insta a los Estados a proteger a los menores de la trata, explotación y abuso sexual. El artículo 34 compromete a los Estados a prevenir la incitación y coacción de menores a actividades sexuales, la explotación en prostitución y la participación en pornografía. Los artículos 35 y 36 promueven medidas nacionales e internacionales para proteger a los niños de la trata y explotación. El artículo 39 aboga por la recuperación física y psicológica de los menores víctimas de abandono, explotación, abuso o conflictos armados, en un entorno que respete su dignidad. La Convención incluye un Protocolo Facultativo sobre la venta de niños, prostitución infantil y pornografía, vigente en España desde 2002. Este protocolo reconoce la vulnerabilidad de ciertos grupos, especialmente niñas, y promueve la penalización de estas conductas, junto con medidas de prevención, cooperación y sensibilización social.
- *El Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007*<sup>113</sup> (el “Convenio de Lanzarote” o el “Convenio”). Entre otros, el capítulo II del Convenio<sup>114</sup> recoge medidas preventivas que deberán adoptar los Estados parte para formar a las personas que desarrollen actividades en contacto directo con los menores con el objetivo de que puedan detectar

112. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1990-31312>

113. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-17392>

114. Artículos 5, 6 y 8 del Convenio de Lanzarote.

casos de explotación y abuso sexual, así como para seleccionar a esos profesionales evitando que “*hayan sido condenados por actos de explotación o abuso sexual de niños*”<sup>115</sup>. Asimismo, el capítulo IV del Convenio de Lanzarote insta a los Estados parte a garantizar la prestación de servicios de apoyo, asistencia y asesoramiento para las víctimas y sus familiares, y a garantizar la implantación de canales de denuncia de casos de explotación o abuso sexual a menores<sup>116</sup>.

Estos tratados han de ponerse en relación con otros instrumentos internacionales (también ratificados por España), que dotan al ordenamiento de medidas adicionales que, aun no estando previstas para la exclusiva protección del menor, inciden en ella<sup>117</sup>.

En el ámbito de la Unión Europea destacan (i) la *Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011*, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil<sup>118</sup>, que contiene normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las penas, y disposiciones para mejorar la prevención de dichas conductas y la protección de las víctimas; (ii) la *Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011*, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, que contiene medidas preventivas basadas en la sensibilización social, la educación de los menores y la formación de los profesionales, y se refiere específicamente a la particular vulnerabilidad de los menores, poniendo en el foco la necesidad de proteger a las víctimas; y (iii) la *Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos*<sup>119</sup>, que pretende, en relación con las víctimas menores de edad, que prime el interés superior del menor y que dicho interés sea objeto de una evaluación individual.

115. Art. 5.3 del Convenio de Lanzarote.

116. Art. 13 del Convenio de Lanzarote.

117. Se está haciendo referencia a (i) la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, publicada en Nueva York el 18 de diciembre de 1979 y en vigor en España desde 1991; (ii) la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, y en vigor para España desde 2008, que contiene disposiciones específicamente destinadas a la protección frente a la explotación, la violencia y el abuso, desde un enfoque intersectorial, que insta a tener en cuenta la edad, el género y la discapacidad; (iii) el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011; (iv) el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Convenio n.º 197 del Consejo de Europa), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005; o (v) el Convenio sobre la Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001.

118. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2011-82637>

119. <https://www.boe.es/doue/2012/315/L00057-00073.pdf>

Los tratados internacionales ratificados por España y la normativa dictada en el ámbito de la Unión Europea promueven el desarrollo de un sistema de protección integral del menor desde la triple perspectiva de prevención, detección y reacción. La *prevención* implica formar a las personas que trabajan directamente con menores para que puedan detectar casos de explotación y abuso sexual, sensibilizar a la sociedad y a los menores sobre los riesgos relacionados, y asegurar una adecuada selección de profesionales evitando la contratación de personas condenadas por estos delitos. La *detección* se centra en garantizar la existencia de canales de denuncia para casos de explotación o abuso sexual de menores, evaluar el riesgo de estos delitos y registrar y almacenar datos sobre delincuentes sexuales. La *reacción* incluye la tipificación y sanción efectiva, proporcionada y disuasoria de las conductas sexuales con menores, así como la prestación de servicios de apoyo, asistencia y asesoramiento a las víctimas y sus familias, con énfasis en su recuperación física y psicológica y su reintegración social.

### 2.3. REGULACIÓN ESTATAL

Los compromisos asumidos en el marco de los acuerdos internacionales, la normativa de la Unión y la creciente preocupación generada por el incremento de casos relacionados con la explotación sexual de menores (particularmente, de menores tutelados residentes en centros de protección) han dado lugar a un desarrollo normativo estatal que también se articula desde la triple perspectiva de prevención, detección y reacción:

- *Código Penal*<sup>20</sup>. La tipificación de la violencia sexual contra menores se ha visto afectada por las reformas operadas por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio y la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.

El artículo 177 bis del Código Penal español tipifica la trata de seres humanos, con agravantes si la víctima es menor de edad o si el autor se aprovecha de su posición de autoridad. El título VIII aborda las agresiones sexuales a menores de 16 años (arts. 181 a 183 bis) y delitos relacionados con la prostitución, explotación sexual y corrupción de menores (arts. 187 a 189 ter). El artículo 184 tipifica el acoso sexual, con agravantes si el culpable abusa de una posición de superioridad o comete el acto en centros de protección de menores.

Por su parte, los artículos 177 bis. 9 y 184.5 del Código Penal prevén la responsabilidad penal de las personas jurídicas, excluyendo al Estado y ciertas entidades públicas. Las personas jurídicas pueden quedar exentas

---

120. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-9953>

de responsabilidad si adoptan y ejecutan eficazmente modelos de organización y gestión para prevenir delitos similares (sistemas de *compliance*).

El Código Penal también sanciona la omisión de impedir la prostitución o corrupción de menores cuando se tiene su custodia y se conoce su situación, y la omisión de evitar un delito contra la libertad sexual o de informar a las autoridades si se tiene conocimiento de su comisión.

- *Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor*<sup>121</sup>. Los artículos 11 y 12 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor han sido modificados por medio de la Ley Orgánica 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia.

El artículo 11 de la Ley de Protección Jurídica del Menor, tras su reforma, obliga a las Administraciones públicas a facilitar a los menores la asistencia necesaria para ejercer sus derechos, incluyendo los recursos de apoyo necesarios. Asimismo, deben desarrollar políticas integrales para la infancia y adolescencia, permitiendo a los menores acceder a los servicios adecuados directamente o a través de sus tutores, quienes deben usarlos en interés de los menores. Además, las Administraciones públicas deben regular y supervisar adecuadamente los espacios, centros y servicios donde los menores permanecen habitualmente, asegurando buenas condiciones físico-ambientales, higiénico-sanitarias, de accesibilidad y diseño universal, recursos humanos adecuados, proyectos educativos inclusivos y la participación de los menores.

El artículo 11.2 establece principios rectores para la actuación de los poderes públicos en relación con los menores, destacando la supremacía del interés superior del menor. El artículo 11.3 obliga a los poderes públicos a desarrollar acciones para la sensibilización, prevención, detección, notificación, asistencia y protección contra cualquier forma de violencia hacia la infancia y adolescencia. Esto debe hacerse mediante procedimientos que aseguren la coordinación y colaboración entre diversas Administraciones, entidades colaboradoras y servicios competentes, tanto públicos como privados, para garantizar una acción integral.

Por su parte, el artículo 12 menciona, entre las acciones de protección de los menores, la prevención, detección y reparación de situaciones de riesgo, priorizando las medidas familiares sobre las residenciales, las estables sobre las temporales y las consensuadas sobre las impuestas. Además, se garantiza que los tutores desarrollen adecuadamente sus responsabilidades, facilitándoles servicios accesibles de prevención, asesoramiento y acompañamiento en todas las áreas que afectan al desarrollo de los menores.

---

121. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1996-1069>

- *La Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia* (“LOPIVI”<sup>122</sup>). La LOPIVI establece medidas que permitan anticipar y abordar proactivamente situaciones de riesgo. A tal efecto, la Ley promueve medidas de sensibilización y formación especializada, así como la creación de protocolos de actuación para identificar, prevenir y enfrentar posibles situaciones de violencia en todas sus manifestaciones (incluida la violencia sexual) contra menores.

La LOPIVI apunta a la prevención, a la denuncia y a la coordinación de actores como pilares básicos para erradicar la vulneración de los derechos de los menores y, a tal efecto, mandata a las Administraciones públicas a dotarse con una estrategia de erradicación de la violencia contra la infancia, en la que se integra el *Plan de acción contra la explotación sexual de menores acogidos, aprobado el 5 de mayo de 2022 por el Ministerio de Igualdad*<sup>123</sup>. Ese Plan de acción expresa que “*la detección, protección y atención integral a las víctimas de violencias sexuales menores de edad requiere una respuesta interinstitucional coordinada homogénea que, desde un enfoque común, conecte a todos los niveles de la Administración Pública*”.

Por lo que se refiere específicamente a los *centros de protección de menores*, el título IV de la LOPIVI establece la obligación de esos centros de implementar protocolos de actuación para la prevención, detección y reacción ante situaciones de violencia contra menores. La Ley dispone que la eficacia de estos protocolos deberá ser evaluada periódicamente y establece la necesidad de prestar una atención reforzada a las acciones específicas de prevención, detección temprana e intervención en posibles casos de abuso, explotación sexual y trata de personas menores de edad que residan en centros residenciales.

- *Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual*<sup>124</sup>. La Ley, además de reformar los delitos sexuales contenidos en el Código Penal, cuenta con un amplio contenido preventivo y de intervención.

Contempla que las Administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, impulsen medidas destinadas a evitar las conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en instituciones residenciales, en centros penitenciarios, de detención o de internamiento

---

122. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-9347>

123. [https://violenciagenero.igualdad.gob.es/wp-content/uploads/Plan\\_Accion\\_contra\\_ESI\\_sistema\\_proteccion.pdf](https://violenciagenero.igualdad.gob.es/wp-content/uploads/Plan_Accion_contra_ESI_sistema_proteccion.pdf)

124. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-14630>

involuntario de personas; proporcionar formación al personal; y arbitrar procedimientos específicos para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular las víctimas. También para estos centros se requieren protocolos específicos de detección de prácticas de violencia sexual y procedimientos de investigación de los casos detectados, garantizando el acompañamiento y protección de las víctimas y la tramitación de las denuncias o reclamaciones que procedan.

La Ley prevé que el deber de diligencia debida de los poderes públicos ante las violencias sexuales se extenderá a todas las esferas de la responsabilidad institucional, tales como la prevención, protección, asistencia, reparación a las víctimas y promoción de la justicia (art. 2); y establece la responsabilidad institucional de detección de las violencias sexuales (art. 18.2). Además, el artículo 53 aborda el deber de indemnización a las víctimas satisfecha por la o las personas civil o penalmente responsables.

#### **2.4. MEDIDAS AUTONÓMICAS ADOPTADAS TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LOPIVI**

A excepción de la regulación penal (art. 149.1.6.º CE) y civil común (art. 149.1.8.º CE), la competencia del Estado en materia de protección de menores se circunscribe a la aprobación de una normativa básica, destinada a garantizar un mínimo de homogeneidad en el tratamiento de la materia en todo el territorio del Estado (art. 149.1.1.º CE). Sin embargo, esa normativa requiere de desarrollo e implementación por parte de las Comunidades Autónomas, que han asumido la competencia normativa en materia de protección de menores en sus Estatutos de Autonomía en relación con sus respectivos ámbitos territoriales.

Por tanto, las previsiones de la LOPIVI en relación con los protocolos de actuación que deben adoptarse en los centros de protección de menores (art. 53 LOPIVI) requieren de implementación y desarrollo normativo por las Comunidades Autónomas, atendiendo a las necesidades específicas de los centros de protección ubicados en su territorio. Sin embargo, al amparo de la falta de previsión legal de un plazo para la creación e implementación de medidas y protocolos de actuación en los centros de protección de menores<sup>125</sup>, *el desarrollo autonómico de las medidas previstas en la LOPIVI está siendo lento y desigual*:

---

125. A lo que se ha unido la ralentización producida en la corrección de un error de redacción del artículo 132 de la LOPIVI (relativo al cómputo del plazo de prescripción de los delitos contra la libertad del menor).

CCAA	Instrumentos y protocolos adoptados <sup>126</sup>
<b>Andalucía</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Procedimiento sobre actuaciones formativas específicas. Además, está desarrollando un protocolo.</li> <li>• Proyecto piloto para menores víctimas de trata.</li> <li>• La Consejería de Inclusión Social, Juventud, Familias e Igualdad, a través de la Dirección General de Infancia, Adolescencia y Juventud, va a formar a 1.500 profesionales en materia de prevención y detección de explotación sexual con fines de trata a menores de edad tutelados. Estos cursos, que se van a desarrollar en modalidad semipresencial entre los meses de octubre y diciembre en todas las provincias andaluzas, van dirigidos a profesionales que trabajan en el Sistema de Protección de Personas Menores<sup>127</sup>.</li> </ul>
<b>Aragón</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Protocolo de actuación contra la violencia de género y sexual en el ámbito educativo<sup>128</sup>.</li> </ul>
<b>Principado de Asturias</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Programa de Educación Sexual que se desarrolla en los centros de protección de menores desde 2004.</li> <li>• Guía de actuación para profesionales, aprobado en 2021.</li> <li>• Formación de menores y personal educador en el uso de las TIC.</li> <li>• Manuales sobre detección de situaciones de maltrato.</li> <li>• Creación de un grupo de trabajo para revisar y elaborar un protocolo de actuación sobre abuso y agresiones sexuales, explotación sexual y trata de menores formado por profesionales del ámbito de los servicios sociales, de la salud, de la justicia, de educación y de igualdad, y de fiscalía.</li> </ul>
<b>Islas Baleares</b>	<p>Los <i>consells</i> de cada una de las islas tienen asumida la competencia en materia de protección:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Ibiza y Formentera: no tienen protocolos específicos.</li> <li>• Mallorca y Menorca: sin información.</li> </ul>

126. La mayor parte de la información se recoge en el Informe Anual 2022 del Defensor del Pueblo (<https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2023/06/Separata-infancia-y-adolescencia-.pdf>). No se ha obtenido información de Galicia ni de la Ciudad Autónoma de Ceuta.

127. <https://www.juntadeandalucia.es/presidencia/portavoz/social/186662/Consejeria-de-InclusionSocial/profesionales/prevencion/deteccion/explotacionsexual/menorestutelados>

128. <https://educa.aragon.es/-/protocolo-actuacion-violencia-genero-y-violencia-sexual>

CCAA	Instrumentos y protocolos adoptados <sup>126</sup>
<b>Canarias</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Desde junio de 2017, desarrollo de programa de atención a menores víctimas de violencia sexual y sus familias, destinado a la prevención, intervención y formación de distintos colectivos.</li> <li>• En julio de 2020 (provincia de Las Palmas), y en abril de 2021 (provincia de Tenerife), desarrollo del Programa Alondra: para la visibilidad, prevención e intervención con menores, que hayan sido, estén siendo o puedan ser víctimas de explotación sexual. El programa ofrece un abordaje integral, donde prima el trabajo en red y la coordinación entre instituciones y organismos, favoreciendo una intervención centrada en las necesidades del joven, siempre con objetivo de su integración en la sociedad.</li> </ul>
<b>Cantabria</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Elaboración de un informe sobre el riesgo de abuso y de explotación sexual de los niños, niñas y adolescentes en los centros de acogimiento residencial del sistema de protección a la infancia.</li> </ul>
<b>Castilla y León</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Protocolo de actuación en situaciones de violencia contra menores del sistema de protección, especializado en casos de violencia sexual.</li> <li>• Actividades de formación referentes a la prevención y detección de la explotación sexual en menores dirigida a profesionales de servicios sociales, sanidad, educación, ocio, deporte y tiempo libre, y colegios profesionales.</li> <li>• Programa de tratamiento psicológico a la infancia maltratada en el sistema de protección.</li> </ul>
<b>Castilla-La Mancha</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Ley 7/2023, de 10 de marzo, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia de Castilla-La Mancha<sup>129</sup>.</li> </ul>
<b>Cataluña</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• En 2022, creación de una comisión de trabajo integrada por la Dirección General de Atención a la Infancia y la Adolescencia, la Dirección General de Policía y los Mossos d'Esquadra para mejorar la detección, protección y atención integral a las víctimas de violencia sexual, incluyendo las víctimas de trata y la explotación sexual de los menores.</li> </ul>

129. <https://www.boe.es/buscar/pdf/2023/BOE-A-2023-8710-consolidado.pdf>

CCAA	Instrumentos y protocolos adoptados <sup>126</sup>
<b>Comunidad Valenciana</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Instrucción 5/2017, sobre medidas en caso de posible hecho constitutivo de delito<sup>130</sup>.</li> <li>• Instrucción 2/2020, sobre la comunicación de situaciones, hechos e incidentes relevantes ocurridos en hogares o residencias de protección de niños, niñas y adolescentes de esta comunidad, hogares de emancipación y unidades externas de emancipación; el Protocolo Sanitario de atención a víctimas de agresiones sexuales de la Conselleria de Sanidad y Salud Pública<sup>131</sup>.</li> <li>• Instrucción 4/2021, de 30 de junio de 2021, de la Dirección General de Infancia y Adolescencia, sobre la derivación, seguimiento e intervención en casos de sospecha o certeza de abusos y/o agresiones sexuales al servicio de atención a abusos a niños, niñas y adolescentes (SAANNA) para personas menores de edad que se encuentren en territorio de la Comunitat Valenciana<sup>132</sup>.</li> <li>• Subvención de diversos programas para la prevención, sensibilización y actuación profesional como el Programa de prevención del maltrato y abuso sexual infantil, y el Programa de actuaciones preventivas de apoyo.</li> <li>• El Gobierno formará a los trabajadores de centros de protección de menores para evitar casos de abusos sexuales. El plan aprobado entre el Ejecutivo y las comunidades autónomas también contempla la creación de centros donde las víctimas puedan ser atendidas y un protocolo de detección, derivación y actuación ante estos casos<sup>133</sup>.</li> </ul>
<b>Extremadura</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Programa especializado en evaluación y tratamiento de víctimas de violencia sexual<sup>134</sup>.</li> </ul>

130. [https://inclusio.gva.es/documents/610740/174891479/Instrucci%C3%B3n+5\\_2017/97be5c4b-b8a1-4e5f-935d-b16a0a3deb97](https://inclusio.gva.es/documents/610740/174891479/Instrucci%C3%B3n+5_2017/97be5c4b-b8a1-4e5f-935d-b16a0a3deb97)

131. <https://inclusio.gva.es/documents/610740/167161375/Instrucci%C3%B3n+2-2020/279680af-f09e-447e-8d5d-ada76e4783b2>

132. <https://inclusio.gva.es/documents/610740/174269736/Intrucci%C3%B3n+derivaci%C3%B3n%2C%20seguimiento+e+intervenci%C3%B3n+SAANNA.pdf/3025182c80c7-4919-bb36-9c472899ecdf>

133. <https://www.boe.es/buscar/pdf/2023/BOE-A-2023-14347-consolidado.pdf>

134. <https://www.juntaex.es/documents/77055/621499/Publicacion+Protocolo+violencia+sexual.pdf/704ae68f-46fa-1b9a-e1ac-da1073d70551?t=1657103388889>

CCAA	Instrumentos y protocolos adoptados <sup>126</sup>
<b>Comunidad de Madrid</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Grupo de trabajo sobre la construcción de entornos protectores, de buen trato y cuidado mutuo en los centros de protección. Se ha definido un mapa de riesgos y se ha comenzado a establecer el esquema de lo que será el protocolo de prevención y detección precoz de casos de abuso, explotación sexual o trata de menores que se encuentren en régimen de protección social.</li> <li>• Desarrollo de un proyecto de promoción de habilidades para la vida, prevención y detección de la violencia de género y sexual dirigido a jóvenes y equipos educativos de la red de centros de la Comunidad de Madrid, en materia de sensibilización y formación de profesionales en los distintos ámbitos de atención a niños, niñas y adolescentes.</li> <li>• Atención y tratamiento de los menores afectados: Centro de Intervención en Abuso Sexual Infantil (CIASI).</li> <li>• Ley 4/2023, de 22 de marzo, de Derechos, Garantías y Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad de Madrid. Se trata de la única ley autonómica que determina que el deber de comunicación de las situaciones de violencia de las personas obligadas habrá de realizarse de forma inmediata y, en todo caso, dentro de las veinticuatro horas siguientes al conocimiento de los hechos (art. 32)<sup>135</sup>.</li> </ul>
<b>Región de Murcia</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Protocolo de actuación ante sospechas de violencia sexual infantil, que pretende ser una propuesta de directrices sencillas para una adecuada detección y actuación por parte del personal directivo, técnico y educativo de los centros de protección que tengan niños, niñas y adolescentes (NNA) bajo su guarda.</li> </ul>
<b>Comunidad Foral de Navarra</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Ley Foral 12/2022, de 11 de mayo, de atención y protección a niños, niñas y adolescentes y de promoción de sus familias, derechos e igualdad<sup>136</sup>.</li> </ul>

135. <https://www.boe.es/buscar/pdf/2023/BOE-A-2023-14347-consolidado.pdf>

136. <https://www.boe.es/buscar/pdf/2022/BOE-A-2022-8641-consolidado.pdf>

CCAA	Instrumentos y protocolos adoptados <sup>126</sup>
<b>País Vasco</b>	<p>Las diputaciones forales son las que asumen dicha competencia.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Diputación Foral de Bizkaia: el protocolo de actuación en caso de sospecha de abuso sexual, para la Red de Acogimiento Residencial para la Infancia y la Adolescencia de la Diputación Foral de Bizkaia, así como la Memoria del Programa Especializado en Atención Psicológica en Casos de Abuso Sexual a Menores de 2017 a 2021.</li> <li>• Diputación Foral de Gipuzkoa: elaboración de un documento denominado Procedimiento de actuación en casos de delitos sexuales contra personas menores de edad atendidas por el Servicio de Protección a la Infancia y a la Adolescencia.</li> <li>• Diputación Foral de Álava: no se recibió información.</li> </ul>
<b>La Rioja</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Acuerdo Interinstitucional para la detección y notificación de casos y un Protocolo de Coordinación entre las Entidades que Gestionan Programas de Protección y/o Reforma y la Consejería de Servicios Sociales y Gobernanza Pública, para el traslado de información y comunicación de indicios de posibles situaciones de violencia ejercida sobre menores acogidos en los respectivos centros de protección o cumpliendo medidas de reforma.</li> <li>• Particularmente, respecto a los centros, se hace referencia a un programa de prevención impartido por la Fundación Diagrama.</li> <li>• Protocolo para detectar y prevenir posibles casos de violencia sexual entre menores tutelados. Será un protocolo liderado por el Gobierno central y contará con la implicación de la Fiscalía, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y del resto de entidades que trabajan en la protección y cuidado de este colectivo<sup>137</sup>.</li> </ul>
<b>Ciudad Autónoma de Melilla</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Colaboración de dos organizaciones no gubernamentales dedicadas a la infancia, para desarrollar actividades de formación respecto de la violencia hacia la infancia y adolescencia tanto en los centros de protección de menores como hacia los profesionales del Área del Menor y la Familia, así como profesionales del ámbito deportivo y de ocio.</li> <li>• A fecha de emisión del Informe Anual de 2022, comunicaron estar estudiando la posibilidad de desarrollar actividades de prevención y atención especializada a las víctimas de violencia sexual.</li> </ul>

137. <https://actualidad.larioja.org/noticia?n=not-el-gobierno-de-la-rioja-trabaja-en-un-protocolo-para-detectar-y-prevenir-posibles-casos-de-vio>

### **3. LA APLICACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO POR LOS TRIBUNALES**

#### **3.1. INTRODUCCIÓN**

Como se ha dicho, la LOPIVI es una ley preventiva que establece un marco normativo específico para prevenir y detectar casos de violencia sexual contra menores, y determina la necesidad de aprobar protocolos de actuación por los centros de protección de menores. Sin embargo, esta Ley requiere de un desarrollo e implementación por las Comunidades Autónomas, que se está desarrollando lentamente, limitando la efectividad de ese marco legal diseñado para prevenir y detectar casos de violencia sexual contra menores.

El adecuado desarrollo normativo de los requisitos que deben cumplir los protocolos de prevención de los centros de protección de menores supondría un instrumento idóneo para la supervisión de la actuación de esos centros por parte de los tribunales. En efecto, con la finalidad de poder dirimir la responsabilidad de los centros, resultaría óptimo poder analizar la implementación y cumplimiento de los protocolos legalmente previstos.

En cualquier caso, encontramos resoluciones judiciales que avalan la aplicación del ordenamiento como respuesta efectiva, proporcionada y disuasoria no solo ante quien ejerció de forma directa violencia contra menores, sino también ante los centros que debieron adoptar medidas de protección del menor y no lo hicieron. Estas decisiones no solo han sancionado a aquellos que han perpetrado directamente violencia contra menores, sino también a los centros que no han adoptado las medidas necesarias para proteger a los menores bajo su custodia. Esta homogeneidad en la aplicación del derecho penal y patrimonial ha sido crucial para establecer una respuesta judicial coherente y robusta frente a las deficiencias en la protección de los derechos de los menores en dichos centros.

#### **3.2. RESPONSABILIDAD PENAL**

Resulta relevante destacar la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda) n.º 495/2019, de 17 de octubre (rec. 10202/2019)<sup>138</sup>, que años antes de la aprobación de la LOPIVI hace constar la relevancia de los protocolos de detección de abusos y agresiones sexuales en centros de menores (en el caso de la sentencia, en centros escolares):

---

138. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/eaedb60cd5792531/20191025>

*“Resulta, pues, importante la eficacia y ejecución en los centros escolares de los protocolos de detección de ataques sexuales a menores, ante el silencio que guardan éstos en los casos en los que son víctimas de personas de su entorno, tanto familiar, como de terceros, ya que el miedo a las consecuencias de la denuncia ante posibles represalias del atacante sexual les hace aceptar la victimización hasta que se detectan los hechos por responsables de un centro escolar, o por denuncias de amigos o amigos de la víctima ante sus propios profesores.*

*En este escenario, la detección de los abusos y agresiones sexuales a menores por protocolos eficaces es una herramienta necesaria en la actualidad [...].*

*El protocolo de detección del abuso sexual es una herramienta sumamente eficaz, cuya mayor y mejor plasmación se verifica en los centros escolares, que es en donde los menores víctimas de delitos sexuales pueden contar en su intimidad a sus amigos la situación de la que están siendo víctimas, lo que en casa se niegan a contar por miedo o vergüenza. Y en este escenario los responsables de los centros escolares se encuentran en mayor disposición real de poder detectar el abuso sexual que en otro contexto personal o social” (FD 2.º).*

Y considera (incluso antes de la reforma operada por la Ley 10/2022, de 6 de septiembre y la promulgación de la LOPIVI) que la implementación de los protocolos de prevención que acreditan la correcta actuación del centro y pueden excluir su responsabilidad:

*“Suele hablarse por los expertos en abuso sexual a menores que la carencia de estos protocolos internos explica en gran parte que se puede llegar a ser cómplice involuntario del abuso, al no haber dado una respuesta adecuada al problema que en un centro escolar, o centro deportivo a donde acude el menor, o, en definitiva, en cualquier centro público o privado en el que el menor acude a realizar actividades extraescolares, pueda el menor llegar a transmitir o dar signos evidentes de que puede tener un problema grave de esta naturaleza que trata de ocultar. En esta línea, la elaboración de estos protocolos de detección del abuso sexual a menores, tanto en centros escolares, como en otros aquellos a donde acudan menores, puede reducir este tipo de casos, y lo que es más importante, la persistencia del abuso sexual del agresor que se aprovecha del miedo de la víctima a denunciar estos hechos. Porque la realidad evidencia que los menores víctimas optan por aguantar su calvario, sobre todo cuando la agresión proviene de su propio entorno y recibe amenazas que se configuran como una auténtica intimidación capaz de conseguir el efecto perseguido por el agresor sexual, cual es el silencio de la víctima y la facilidad en la ejecución de su delito sexual”.*

La existencia de estos protocolos en centros escolares, deportivos, o cualquier otro donde los menores realicen actividades extraescolares, es fundamental para reducir la incidencia de estos casos y, más importante aún, para prevenir la continuidad del abuso sexual. La sentencia señala que los menores víctimas de abuso tienden a soportar el calvario debido a las amenazas y la intimidación por parte del agresor, lo que les lleva a guardar silencio y facilita la ejecución del delito sexual.

### 3.3. RESPONSABILIDAD CIVIL

En relación con la responsabilidad del centro por los *daños generados a un residente por otro de ellos*, puede citarse la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava (Sec. 2.<sup>a</sup>) n.º 186/2009, de 16 de junio [ECLI:ES:APVI:2009:478]<sup>139</sup>, que declara la responsabilidad civil solidaria del centro de protección de menores por los daños causados por un delito de lesiones perpetrado por un menor residente en ese centro:

*“Para esta Sala una interpretación literal de la norma posibilita una responsabilidad excluyente en atención al orden que dicha norma establece, pero siguiendo el criterio mantenido por una gran parte de Audiencias Provinciales del país (podemos citar a modo de ejemplo las sentencias de la AP de Málaga (sección 8<sup>a</sup>) 572/09 JUR 2010\211336, de 9 de noviembre y 654/2011, de 10 de diciembre JUR 2012\82765; sentencia 248/2010 de AP de Santa Cruz de Tenerife (sección 6<sup>a</sup>) de 12 de mayo de 2010, JUR 2011\10151, AP de Almería de 8 de julio de 2011, Álava, sentencia n.º 46/2009, de 13 de febrero y AP de Pontevedra -sección 2<sup>a</sup>- n.º 43/2011 JUR 2011\15864). Partiendo de una interpretación lógica y sistemática entendemos que lo que el legislador ha pretendido es que la responsabilidad de orden civil recaiga, de entre aquellas personas que en el artículo 61.3 se enumeran, en la que en el momento de causarse los daños por el menor ejerciera sobre el mismo los contenidos de la patria potestad, o alguno de ellos. El fundamento de esa responsabilidad conjunta y solidaria por parte de personas o entidades integradas en distintas categorías de sujetos respondería al control, siquiera potencial, que pueden ejercer sobre la conducta del menor y por tanto la posibilidad que tienen para prevenir y evitar sus actos ilícitos generadores de una conducta dañosa, pues sería absurdo, por ejemplo, el atribuir a unos padres a quienes se les hubiera privado de la patria potestad la obligación de responder por los daños y perjuicios causados por un hijo cuya guarda y custodia se hubiera encomendado a un tutor. De ahí que el orden previsto legalmente en el artículo 61.3 no supone un orden de exclusión automática y sucesiva, de modo que existiendo padre se excluya al tutor, al acogedor o*

139. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/6402f0368b40246a/20090827>

*guardador; pues ello sólo sería así, si la existencia del mismo va acompañada del ejercicio de la totalidad o haz de facultades conjuntas que integran la patria potestad. Por el contrario, si parte de las facultades se delegan manteniendo una facultad de superior vigilancia y cuidado, lo propio es compartir responsabilidades, debiendo en todo caso responder de forma solidaria y sin perjuicio de las acciones civiles que puedan corresponder entre sí a los corresponsables solidarios” (FD 3.º).*

En relación con la responsabilidad del centro por los daños que pudieran causar a los menores residentes los trabajadores del centro, y aun cuando no se refiere a un caso de menores tutelados, resulta particularmente relevante la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda) n.º 348/2023, de 11 de mayo (REC. 4711/2021)<sup>140</sup>, que declaró la responsabilidad civil subsidiaria de un centro educativo como consecuencia del delito continuado de abuso sexual cometido por uno de los animadores del centro:

*“El criterio jurisprudencial a resaltar es la amplitud del nexo de ocasionalidad con la relación laboral, apuntado en la STS núm. 1212/2003, de 9 de octubre y consolidado expresamente en las SSTs 348/2014, de 1 de abril; 526/2018, de 5 de noviembre; 647/2021, de 19 de julio; 525/2022, de 27 de mayo; 915/2022, de 23 de noviembre; ó 126/2023, de 23 de febrero; de modo que «surge esa obligación del tercero siempre que el hecho punible se haya realizado por el reo en actuaciones desplegadas al servicio de su principal o con ocasión próxima de ellas, según una lógica interpretación flexible del nexo de ocasionalidad»:*

*Esta Sala ha tendido a interpretar el art. 120.4 de forma expansiva. Los temas de responsabilidad civil consienten lecturas extensivas a diferencia de las materias de responsabilidad penal; la naturaleza estrictamente civil de la responsabilidad que estamos tratando permite dicha aplicación extensiva.*

*Como indica una reiterada jurisprudencia, se interpreta el art. 120.4º CP en el sentido de que debe descartarse una interpretación estricta del precepto, de tal manera que cualquier extralimitación o desobediencia del empleado pueda considerarse que rompe la conexión con el empresario. Son muy frecuentes las resoluciones jurisprudenciales que contemplan casos en los que la actuación del condenado penal se ha producido excediéndose de los mandatos expresos o tácitos del titular de la empresa acusada como responsable civil subsidiaria. Y esto es así porque el requisito exigido para la aplicación del art. 120.4º, nada tiene que ver con el apartamiento o no del obrar del acusado respecto de lo ordenado por su principal. La condición exigida es*

140. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/bdea28e32061857aa0a8778d75e36f0d/20230526>

*que el acusado ha de haber actuado con cierta dependencia en relación con la empresa, dependencia que no se rompe con tales extralimitaciones».*

*Es obvio que en estos supuestos existirá una extralimitación en el ejercicio de las funciones encomendadas, pero ello no excluye de responsabilidad subsidiaria, pues el ejercicio normal de las obligaciones o servicios encomendados a los dependientes de una empresa no incluye ordinariamente la realización de acciones delictivas, por lo que, como expresaba ya, entre otras muchas la STS 1557/2002, extralimitaciones siempre hay cuando se cometen acciones penales” (fd 6.º).*

Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda) n.º 298/2019, de 7 de junio (rec. 2554/2018)<sup>141</sup>, establece la responsabilidad civil subsidiaria de un colegio por abusos sexuales perpetrados por uno de sus empleados:

*“Lo relevante [...] es que la persona elegida para desempeñar una determinada función actúe delictivamente en el ejercicio de dichas funciones (culpa in eligendo), y las desarrolle con infracción de las normas penales sin que los sistemas ordinarios de control interno de la empresa los detecte (culpa in vigilando). Por ello, la interpretación de aquellos requisitos debe efectuarse con amplitud, apoyándose la fundamentación de tal responsabilidad civil subsidiaria no solo «en los pilares tradicionales de la culpa in eligendo y la culpa in vigilando», sino también y sobre todo en la teoría del riesgo, conforme al principio qui sentire commodum, debet sentire incomodum (Sentencias 525/2005, de 27.4; y 948/2005, de 19.7); de manera que quien se beneficia de actividades que de alguna forma puedan generar un riesgo para terceros debe soportar las eventuales consecuencias negativas de orden civil respecto de esos terceros cuando resultan perjudicados. La STS 1987/2000, de 14 de julio, admite incluso la aplicación de esta clase de responsabilidad civil en los casos en que la actividad desarrollada por el autor del delito no produce ningún beneficio en su principal, «bastando para ello una cierta dependencia, de forma que se encuentre sujeta tal actividad, de algún modo, a la voluntad del principal, por tener éste la posibilidad de incidir sobre la misma», lo que constituye una versión inequívoca de la teoría de creación del riesgo antes mencionada” (FD 6.º).*

En conclusión, las sentencias destacan la importancia de una adecuada supervisión y control por parte de los centros sobre sus residentes y empleados como medida preventiva para evitar daños y actos ilícitos. La responsabilidad civil se determina considerando el grado de control y supervisión ejercido por el centro, así como la relación de dependencia entre las partes involucradas.

141. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/9756e645162b6dda/20190621>

### 3.4. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

La importancia de la aprobación de los protocolos de prevención (o su ausencia) resulta también relevante para valorar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones responsables de la tutela de los menores. Téngase en cuenta que estas Administraciones podrían ser declaradas responsables desde un punto de vista administrativo si, entre otros requisitos, se prueba la existencia de un nexo causal entre el daño sufrido por el menor y el funcionamiento (normal o anormal) del servicio público.

Conforme a la jurisprudencia fijada en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, para que concurra la responsabilidad de la Administración responsable de la protección del menor sería necesario<sup>142</sup>:

- a) Que el menor sufriera una lesión de sus bienes y derechos real, concreta y susceptible de evaluación económica.
- b) Que la lesión sea antijurídica, en el sentido de que el menor no tenga obligación de soportarla.
- c) Que la lesión sea imputable a la Administración y consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.
- d) Que exista una relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio y la lesión, y no sea ésta consecuencia de un caso de fuerza mayor.

Habiéndose producido una lesión real y antijurídica, la cuestión nuclear en estos casos residiría en establecer el nexo de causalidad entre el daño soportado por el menor y el funcionamiento del servicio, teniendo en cuenta que los tutores deben ejercer su cargo en interés del menor, de acuerdo con su personalidad y con respeto a sus derechos<sup>143</sup> y que la LOPIVI recoge expresamente la obligación de las Administraciones de protección a la infancia de contar con protocolos de prevención, detección precoz e intervención ante posibles casos de abuso, explotación sexual y trata de seres humanos cuando las víctimas son menores sujetos a medidas protectoras y que residan en centros de su respon-

---

142. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-administrativo) núm. 389/2016, de 8 de septiembre:  
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/903695e7008cd893/20161116>, con cita a las Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1998  
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/16e432c9de4e8368/20031030>, 14 de abril de 1999  
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/42e20010418c0ae2/20030906> y 7 de febrero de 2006;  
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/69f78ec124c544ec/20060223>

143. Arts. 227 y 228 Cc.

sabilidad, con independencia de la naturaleza pública o privada de los centros en los que la Administración delegue el ejercicio de las funciones tutelares que le corresponden<sup>144</sup>.

A este respecto, aunque en algunos precedentes judiciales relacionados con delitos cometidos contra menores tutelados se ha negado la concurrencia de ese nexo de causalidad<sup>145</sup>, en supuestos relativos a centros educativos públicos o centros de educación especial (que desarrollan una obligación de protección sobre los menores análoga a la de los centros de protección) los órganos judiciales han apreciado la existencia de nexo causal entre el daño producido por los abusos sexuales cometidos sobre menores tutelados dentro del centro.

Así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-administrativo) n.º 389/2016, de 8 de septiembre (JUR\2016\246821)<sup>146</sup>, aprecia la responsabilidad patrimonial de un centro (por *culpa in vigilando*) por abusos sexuales a los que un menor sometió a otro en el centro:

*“En el supuesto que nos ocupa, no es un hecho controvertido que los alumnos de educación infantil y los de educación primaria disfrutaran del tiempo de recreo en idéntica franja horaria y acceden a los mismos cuartos de baño sitos en la planta baja del centro en donde sucedieron los hechos que implicaron a la hija de la demandante (educación infantil) y a otro niño del colegio (primaria). En consecuencia, de un lado, se contravino la normativa aplicable y, de otro, no se adoptaron medidas de vigilancia adecuadas a tales circunstancias pues, de hecho, ninguna información adicional se ha ofrecido a este respecto sin que pueda estimarse suficiente el conciso informe redactado por la maestra encargada de la supervisión de los alumnos durante el recreo del día de autos.*

*Por todo cuanto antecede, a juicio de la Sala, concurre el nexo causal necesario para imputar la responsabilidad a la Administración demandada, en concreto, al apreciar la denominada culpa in vigilando, pues incumplió las obligaciones inherentes a la posición de garante que ocupa, como centro educativo, durante el horario escolar en el que sucedieron los hechos toda vez que, con independencia de si hubieran podido o no evitarse, es lo cierto que su actuación fue negligente” (FD 5.º).*

144. Art. 35 LRJSP y art. 2 LOPIVI.

145. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Contencioso-administrativo) núm. 499/2018, de 4 de mayo <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/70a6b8e2c6b48dcc/20181003>

146. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/903695e7008cd893/20161116>

Por su parte, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Contencioso-administrativo) núm. 220/2016, de 6 de abril (JUR\2016\86460)<sup>147</sup>, atribuye responsabilidad patrimonial a un centro de educación especial por el abuso sexual cometido por un menor sobre otro en sus instalaciones:

*“En cuanto al título de imputación de la responsabilidad atribuible a la Administración por los hechos ocurridos, hay que buscarla, y así se encuentra, en el deber de dispensar protección a los alumnos del centro educativo del que es titular frente a posibles actuaciones lesivas provenientes del resto de alumnos o personas ajenas a él, y en el deber de vigilancia consustancial y necesaria para dispensar tal protección, máxime en este caso en el que los hechos tuvieron lugar en un centro de educación especial, el CEE de Panxón, que trabaja con niños con trastornos graves de conducta.*

*Y es que, como ya se dice en el informe del Consello Consultivo de Galicia, en el ámbito educativo el derecho fundamental de toda persona a la integridad física y moral (artículo 15 CE) tiene su reflejo en el artículo 6.3 de la Ley orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación, el cual, conforme a la redacción dada por la LOE 2/2006, de 3 de mayo, reconoce a los alumnos el derecho a que se respete su identidad, integridad, y dignidad personales (artículo 6.3 apartado b) así como el derecho a la protección contra toda agresión física y moral (artículo 6.3 apartado f), lo cual se corresponde con el correlativo deber de la Administración titular de centro educativo, de proteger a los alumnos frente a las posibles actuaciones lesivas provenientes del resto de alumnos o de personas ajenas al centro.*

*Este deber se intensifica en casos como el presente, en el que los alumnos están escolarizados en régimen de internamiento en un centro de educación especial, que conforme a lo dispuesto en el artículo 20.1 del Decreto 229/2011, de 7 de diciembre, por el que se regula la atención a la diversidad del alumnado de los centros docentes de la Comunidad Autónoma de Galicia en los que se imparten las enseñanzas establecidas en la Ley orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación, se trata de un centro en el que se escolariza, exclusivamente, alumnado con necesidades educativas especiales que requiere modificaciones significativas del currículo en parte o en todas las áreas o materias y que precisa de la utilización de recursos muy específicos o excepcionales, necesidades que no pueden ser atendidas y recursos que no pueden facilitarse dentro de las medidas de atención a la diversidad de los centros educativos ordinarios” (FD 5.º).*

147. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/4917b9c88094a7d2/20160428>

#### 4. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE ACTUACIÓN

El principal reto al que se enfrenta el ordenamiento jurídico en relación con la protección de los menores tutelados residentes en centros de protección ante situaciones de violencia sexual radica en la necesidad de desarrollar un sistema de protección integral, efectivo y homogéneo, por medio del cual se adopten medidas específicas idóneas para prevenir, detectar y atajar la violencia sexual ejercida contra los menores tutelados.

Para ello resultaría necesario el desarrollo eficaz y homogéneo (en lo esencial) de las medidas de prevención, detección y reacción ante situaciones de violencia sexual contra menores tutelados previstas en los tratados internacionales, en la normativa aprobada en el ámbito de la Unión Europea y en la normativa estatal.

Cuando se culmine ese desarrollo normativo, los órganos judiciales dispondrán de instrumentos óptimos para poder declarar la responsabilidad de quienes, debiendo adoptar y ejecutar protocolos de organización y gestión que incluyan medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir conductas de violencia sexual contra menores tutelados residentes en centros de protección (sistemas de *compliance*), no lo hicieron; y no solo contra quienes desarrollaron de forma directa conductas lesivas de la integridad de los menores tutelados.

Sin perjuicio de lo anterior, en aplicación del ordenamiento jurídico vigente y desde las distintas perspectivas de la responsabilidad penal, civil y patrimonial de la Administración, los tribunales ya disponen de elementos para responsabilizar a los centros de protección de menores cuando incumplen las obligaciones de velar por la integridad física y psicológica de sus tutelados ante situaciones de violencia sexual. Así se manifiesta en las resoluciones judiciales citadas a lo largo del presente capítulo.



**VII.**  
**LAS DIFICULTADES**  
**DE EMPADRONAMIENTO**  
**DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN**  
**DE SIN HOGAR**



## VII.

### *Las dificultades de empadronamiento de las personas en situación de sin hogar*

ESPERANZA COTS SALVADOR  
JUAN ESPINOSA BAVIERA  
ESTRELLA GALA PACHÓN  
LOU LADOIRE GARCÍA DE LAS BAYONAS  
MATEO MOLLIER FERNÁNDEZ  
CAROLINA OWEN COPPOLA

**Resumen:** *Las personas en situación de sin hogar en España tienen dificultades para inscribirse en el padrón municipal, que constituye un trámite esencial para el acceso a diversas prestaciones sociales, así como para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Un análisis de la normativa aplicable y la jurisprudencia actual en la materia refleja que nuestro ordenamiento jurídico promueve el empadronamiento de todas las personas, sea cual sea su situación de vivienda. El marco legal contrasta con la actuación real de las administraciones públicas, que frecuentemente obstaculizan el empadronamiento de las personas en situación de sin hogar, que no disponen de recursos económicos para actuar contra las trabas indebidas y exigir su empadronamiento efectivo.*

## 1. INTRODUCCIÓN

Nuestro ordenamiento jurídico no ofrece una definición clara del término persona en situación de sin hogar. Una referencia al respecto la encontramos en la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital, que considera “persona sin hogar” a aquella persona que carece de

techo y reside habitualmente en un municipio<sup>148</sup>. En España, de cada 100.000 habitantes, 86 personas se encuentran en situación de sin hogar. De esta cifra, un 76,7 % son hombres y un 23,3 % mujeres. Así lo muestra una encuesta realizada por el Instituto Nacional de Estadística en el año 2022<sup>149</sup>.

Las personas sin hogar no solo no disponen de una vivienda en la que encontrar la protección e intimidad que necesitan, sino que, además, hallan otros obstáculos que agravan su situación de vulnerabilidad. Uno de los obstáculos con los que se encuentran las personas en situación de sin hogar es la dificultad para inscribirse en el padrón municipal, lo que constituye un trámite necesario para el acceso a diversas prestaciones sociales y servicios públicos. El Defensor del Pueblo explicó en su informe anual del año 2023, con cita en el testimonio de las asociaciones que trabajan con personas en situación de sin hogar, que el 6,4 % de las personas españolas y el 24,2 % de las extranjeras sin hogar no están empadronadas<sup>150</sup>.

Un análisis de la normativa aplicable y la jurisprudencia actual refleja que nuestro ordenamiento jurídico promueve el empadronamiento de todas las personas, sea cual sea su situación de vivienda. En efecto, dada la relevancia e importancia del empadronamiento, el ordenamiento jurídico ha establecido un régimen flexible para facilitar el acceso al empadronamiento de todas las personas que residan en un municipio.

Sin embargo, el marco legal contrasta con los obstáculos que existen en algunos municipios en los que se dificulta el empadronamiento de las personas en situación de sin hogar hasta el punto de que muchas de estas personas acaban sin estar empadronadas.

El presente capítulo analiza la regulación que nuestro ordenamiento jurídico realiza de esta materia y la respuesta que los tribunales han dado al aplicar esta normativa. En particular, se analiza una reciente Senten-

148. Según la Federación Europea de Organizaciones Nacionales que trabajan con Personas Sin Hogar (FEANTSA) se consideran personas sin hogar aquellas que no pueden acceder o conservar un alojamiento adecuado, adaptado a su situación personal, permanente y que proporcione un marco estable de convivencia, ya sea por razones económicas y otras barreras sociales, o bien porque presentan dificultades personales para llevar una vida autónoma. CÁRITAS DIOCESANA DE CORIA-CÁCERES, CD DE GRANADA Y CD DE HUELVA (2019). Campaña de personas sin hogar. *Preguntas y respuestas*, p. 3. Recuperado de <https://www.caritas.es/main-files/uploads/sites/31/2020/03/Preguntas-y-respuestas-2019-1.pdf>

149. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (2022). Encuesta a las personas sin hogar. *Notas de prensa*, p. 2. Recuperado de [https://www.ine.es/prensa/epsh\\_2022.pdf](https://www.ine.es/prensa/epsh_2022.pdf)

150. DEFENSOR DEL PUEBLO (2024). Informe anual 2023. Volumen I. P. 38. Recuperado de [https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2024/03/Defensor-del-Pueblo\\_Informe-anual-2023.pdf](https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2024/03/Defensor-del-Pueblo_Informe-anual-2023.pdf)

cia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Barcelona, de 20 de mayo de 2022<sup>151</sup>, en la que precisamente se ha tratado la cuestión de referencia.

## 2. MARCO JURÍDICO APLICABLE

### 2.1. CONSIDERACIÓN PREVIA SOBRE EL PADRÓN MUNICIPAL

La Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (la “LBRL”) establece, en su artículo 15, que toda persona que vive en España tiene la obligación de inscribirse en el padrón municipal.

El padrón municipal es el registro administrativo en el que constan inscritos los vecinos de un municipio. El padrón tiene por objeto dejar constancia de una cuestión fáctica: la residencia habitual de una persona en un determinado municipio o, en caso de vivir alternativamente en varios, el lugar en el que la persona vive más tiempo a lo largo del año, según indica el artículo 54 del Real Decreto 1690/1986, de 11 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales (el “RPDTEL”).

Sin embargo, la función del padrón va mucho más allá en tanto que la inscripción en él resulta instrumental para que la persona inscrita pueda ejercitar distintos derechos y acceder a prestaciones sociales. En efecto, aunque la normativa no lo reconoce expresamente, la inscripción en el padrón municipal tiene una naturaleza ambivalente en la medida en que no solo constituye una obligación de las personas, sino también un derecho.

La transcendencia jurídica de la inscripción en el padrón municipal excede, además, del mero ejercicio de la libertad de residencia, ya que conecta con otros derechos que no podrán ser ejercidos por aquellas personas que no constan en el padrón municipal.

En otras palabras, la inscripción en el padrón es el acto administrativo que otorga a una persona la condición de vecino del municipio y, por tanto, un estatus jurídico administrativo concreto<sup>152</sup> que le permite ejercer un amplio abanico de derechos. Entre otros, la inscripción en el padrón permite a la persona inscrita ejercer el derecho al sufragio activo y pasivo (art. 20 CE), el derecho a la educación pública (art. 27 CE), a la posibilidad de prestación de

151. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a547caaf79d35c77a0a8778d75e36f0d/20220920>

152. SUERO SALAMANCA, José Antonio (1999). Estudio sobre el padrón municipal de habitantes. *Actualidad Administrativa*, 15, p. 417.

la asistencia sanitaria (art. 43 CE) o el derecho a acceder a determinadas prestaciones sociales (arts. 41 y 47 CE)<sup>153</sup>.

Por consiguiente, si una persona reside en un municipio, pero se impide su inscripción en el padrón municipal, la persona en cuestión no podrá ejercitar todos estos derechos.

## 2.2. MARCO NORMATIVO DEL ACCESO AL PADRÓN MUNICIPAL

El ordenamiento jurídico español establece que todas las personas tienen el derecho y la obligación de estar inscritas en el padrón municipal, con independencia de su situación de vivienda.

Los ayuntamientos son los responsables de garantizar este derecho y de cumplir con la normativa establecida para la gestión y actualización del padrón (art. 17.1 LBRL y art. 60 RPDTTEL). Para ello, el ayuntamiento requiere al solicitante de empadronamiento que aporte el título que legitima la ocupación de la vivienda en la que reside (art. 59.2 RPDTTEL). Este título puede ser el título de propiedad (escritura, contrato de compraventa, nota del Registro, comprobación de bases de datos municipales donde conste dicha propiedad, etc.) o el contrato vigente de arrendamiento de vivienda para uso de residencia habitual acompañado del último recibo de alquiler.

La actuación que deben seguir los ayuntamientos en materia de empadronamiento se establece en la Resolución de 17 de febrero de 2020 de la Presidencia del Instituto Nacional de Estadística y de la Dirección General de Cooperación Autonómica y Local (BOE núm. 122) por la que se dictan instrucciones técnicas a los Ayuntamientos sobre la gestión del Padrón municipal (las “**Instrucciones técnicas**”)<sup>154</sup>. Conforme a la norma 2.3 de las Instrucciones técnicas, el ayuntamiento tiene la potestad de aceptar otros documentos distintos de los anteriores (*e. g.*, contratos o facturas de los suministros de luz, agua, gas, internet fijo o telefonía fija en los que el solicitante aparezca como titular) o de comprobar por otros medios, como la policía local o la inspección por el propio servicio municipal, que el vecino habita realmente en ese domicilio.

El empadronamiento de las personas en situación de sin hogar presenta desafíos particulares que requieren una atención especial por parte de la cor-

---

153. PONCE SOLÉ, Juli y ORIO SALLEN, Amaya (2022). El derecho a ser empadronado y la buena administración. Legalidad, políticas públicas y buenas prácticas. *Fòrum de Síndics i Síndiques, Defensors i Defensores Locals de Catalunya*, p. 15. Recuperado de [https://www.sindicatureslocals.cat/assets/files/2023/2023-06-12-MONOGRAFIA-EMPADRONAMIENTO-DEF\\_OPT.pdf](https://www.sindicatureslocals.cat/assets/files/2023/2023-06-12-MONOGRAFIA-EMPADRONAMIENTO-DEF_OPT.pdf)

154. Disponible en <https://boe.es/buscar/pdf/2020/BOE-A-2020-4784-consolidado.pdf>

poración local, ya que estas personas no pueden aportar los documentos indicados hasta el momento al carecer de vivienda.

Para salir al paso de esta circunstancia, la normativa establece que en esos casos se debería aceptar como domicilio válido cualquier dirección donde la persona en situación de sin hogar resida habitualmente con independencia de las circunstancias físicas, higiénico-sanitarias o de otra índole del lugar, incluyendo chabolas, caravanas, cuevas, albergues municipales o puntos geográficos concretos donde las personas suelen pernoctar:

*“3.3 Empadronamiento en infraviviendas y de personas sin domicilio. Como se ha indicado anteriormente, el Padrón debe reflejar el domicilio donde realmente vive cada vecino del municipio y de la misma manera que la inscripción padronal es completamente independiente de las controversias jurídico-privadas sobre la titularidad de la vivienda, lo es también de las circunstancias físicas, higiénico-sanitarias o de otra índole que afecten al domicilio. En consecuencia, las infraviviendas (chabolas, caravanas, cuevas, etc. e incluso ausencia total de techo) pueden y deben figurar como domicilios válidos en el Padrón” (norma 3.3 de las Instrucciones técnicas).*

En particular, cuando la persona carece de techo, el criterio para determinar el domicilio que debe constar en el padrón debe basarse en la posibilidad de dirigir una comunicación al domicilio registrado. Si es razonable esperar que la comunicación llegue al destinatario, la norma 3.3 de las Instrucciones técnicas determina que se debe empadronar a la persona en esa dirección.

Asimismo, las Instrucciones técnicas permiten que como domicilio de la persona sin hogar pueda recurrirse a un “domicilio ficticio” cuando una persona que carece de techo reside habitualmente en el municipio y esta persona y su situación son conocidas por los servicios sociales correspondientes.

Para ello, deben cumplirse las siguientes condiciones: (i) que los servicios sociales que conocen a esta persona y su situación estén integrados en la estructura orgánica de alguna Administración pública o bajo su coordinación y supervisión, (ii) que los responsables de estos servicios informen sobre la habitualidad de la residencia en el municipio, y (iii) que dichos servicios sociales indiquen la dirección que debe figurar en la inscripción padronal y se comprometan a tratar de notificar a estas personas cuando se reciba en esa dirección una comunicación de una Administración pública. En estas condiciones, conforme a lo establecido en la norma 3.3 de las Instrucciones técnicas, la dirección del empadronamiento será la que señalen los servicios sociales: algunas de las señaladas anteriormente, aunque en la mayor parte de las ocasiones la dirección del propio servicio social.

En definitiva, como se acaba de ver, el ordenamiento jurídico establece un régimen flexible de acceso al padrón que permite a las personas sin hogar poder inscribirse a pesar de no disponer de una vivienda habitual en la que residan.

### **2.3. TRABAS ADMINISTRATIVAS QUE ENCUENTRAN LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE SIN HOGAR**

En vista de lo anterior, podemos señalar que el problema con el que se encuentran las personas en situación de sin hogar en España a la hora de acceder al padrón municipal no radica, por tanto, en una falta de cobertura normativa. El problema se encontraría en la aplicación de esta normativa por parte de los ayuntamientos.

Como indicábamos anteriormente, las entidades locales deben aceptar como domicilio cualquier dirección donde efectivamente vive la persona en situación de sin hogar y, si estas personas no pueden acreditar el título que legitime la ocupación del domicilio en el que viven, el gestor municipal debe comprobar por otros medios que realmente el vecino habita en ese lugar y, en caso afirmativo, inscribirlo en el padrón.

Sin embargo, existen algunos ayuntamientos que con su actuación pueden dificultar el empadronamiento de este colectivo. En efecto, en algunos supuestos los solicitantes del empadronamiento han denunciado que la administración local les ha requerido documentación que acredite su domicilio, y les ha advertido de que, de no aportarse, su expediente quedará archivado, o, en otros casos, el ayuntamiento aprueba trámites formales que complican de forma desproporcionada, hasta hacerlo impracticable, su empadronamiento.

Además, debe señalarse que el artículo 21.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (“**LPACAP**”) establece que una solicitud de inscripción en el padrón municipal debe resolverse expresamente por la Administración en el plazo de tres meses. Si un ayuntamiento no resuelve la solicitud en el citado plazo, esta debe entenderse estimada por silencio y la persona quedará empadronada en ese municipio desde la fecha de su solicitud, conforme a la norma 1.13 de las Instrucciones técnicas. Pese a lo anterior, las solicitudes de empadronamiento de las personas en situación de sin hogar no reciben una respuesta expresa en muchas ocasiones y estas personas no siempre tienen los recursos necesarios para exigir al ayuntamiento su efectiva alta en el padrón una vez que esta ha sido estimada por silencio.

Algunas de las dificultades descritas las podemos encontrar en la actualidad en la regulación que prevé a tal efecto el Ayuntamiento Barcelona. Esta administración prevé dos procedimientos de empadronamiento en función de que la

persona goce de domicilio fijo o no. Si la persona tiene un domicilio fijo, puede solicitar el empadronamiento directamente, que deberá resolverse en un plazo de tres meses. Sin embargo, si la persona no puede acreditar una residencia continuada en una vivienda, antes de formalizar el empadronamiento, el ayuntamiento exige que la persona solicite un informe de conocimiento de residencia (el “ICR”). Este informe está sometido a un plazo de resolución adicional de tres meses y la falta de respuesta implica considerar desestimada la solicitud<sup>155</sup>.

La falta de emisión en plazo de estos informes está impidiendo el acceso al padrón de las personas en situación de sin hogar, que ven imposibilitado su empadronamiento. Por esa razón, la Sindicatura de Greuges<sup>156</sup> (2023), partiendo de la queja de una entidad social, ha pedido información al Ayuntamiento de Barcelona sobre la tramitación de estos informes. “Según esta queja, la Oficina de Prestaciones Sociales y Económicas del Ayuntamiento de Barcelona, donde esta entidad se dirigía habitualmente para realizar este trámite, ahora no registra las peticiones para realizar el ICR y se les dirige a otros servicios, lo que retrasa el proceso de empadronamiento varios meses”<sup>157</sup>. La Sindicatura de Greuges de Barcelona (2023) recordó a la anterior Regiduría de los Derechos de Ciudadanía y Participación que “tiene la obligación de actuar con la máxima diligencia en la elaboración de los informes de conocimiento de residencia, a fin de garantizar el acceso a los derechos de ciudadanía de la población más vulnerable”<sup>158</sup>.

Es decir, a pesar de que el ordenamiento jurídico establece un régimen flexible de acceso al padrón que permite a las personas sin hogar poder inscribirse pese a no disponer de una vivienda habitual en la que residan, las prácticas de algunos ayuntamientos no serían coherentes con este régimen y estarían obstaculizando que estas personas puedan inscribirse en el padrón municipal.

155. El Ayuntamiento de Barcelona indica en el trámite electrónico de su página web municipal (<https://seuelectronica.ajuntament.barcelona.cat/oficinavirtual/ca/tramit/20160001216/1/22/after-procedure>) que “*el termini màxim per resoldre la petició és de 3 mesos, que començaran a comptar des del dia següent a la sol·licitud de l’informe. En cas de no rebre resposta dins d’aquest període, la sol·licitud es considera desestimada per silenci administratiu*”.

156. El Síndic de Greuges es un órgano que vela en Cataluña por la protección y la defensa de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución, por el Estatuto y por las correspondientes normas de desarrollo (artículos 2 y 4 de la Ley 24/2009, de 23 de diciembre, del Síndic de Greuges).

157. SINDICATURA DE GREUGES DE BARCELONA (2023). Preocupación en la Sindicatura por dificultades en el empadronamiento de personas sin hogar. *Notícies*. (sindicaturabarcelona.cat).

158. SINDICATURA DE GREUGES DE BARCELONA (2023). Resolució de queixa per dificultats per l’empadronament. P. 4. Recuperado de [https://bcnroc.ajuntament.barcelona.cat/jspui/bitstream/11703/131326/1/202306\\_Dret%20empadronament%20-%20dificultat%20per%20empadronament.pdf](https://bcnroc.ajuntament.barcelona.cat/jspui/bitstream/11703/131326/1/202306_Dret%20empadronament%20-%20dificultat%20per%20empadronament.pdf)

### 3. LA APLICACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO POR LOS TRIBUNALES

La naturaleza de la inscripción en el padrón como derecho ha sido reconocida por los tribunales españoles, que han señalado que la inscripción en el padrón municipal donde una persona tiene su residencia efectiva constituye el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de residencia. Esa libertad comprende el derecho de una persona a elegir el lugar de residencia estable dentro del Estado. En particular, nos remitimos a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera de lo Contencioso-administrativo, Sección 4.<sup>a</sup>, de 2 de enero de 1996, rec. 2256/1991 —ECLI:ES:TS:1996:11<sup>159</sup>—, que señaló que:

*“El padrón municipal, como medio de control de la población que integra un núcleo urbano, es un documento público y fehaciente a todos los efectos administrativos, constituido por la relación de residentes y transéuntes de un término municipal con inclusión de todos los datos de interés del Estado, de la Comunidad Autónoma y del propio municipio, precisos para configurar las relaciones públicas con dichas entidades, [...] de forma que la inclusión en el mismo de una persona no es más que el ejercicio de la libertad de residencia, que concede el art. 19 de la CE haciendo variar la situación jurídica de la misma, influyendo en su capacidad de obrar administrativa, y en la esfera de los derechos privados, originándose por ello, un verdadero status jurídico administrativo, de cuyos derechos y situación no puede ser privado el ciudadano sino en los casos y en la forma establecida por la Ley”.*

Los tribunales han advertido también en multitud de ocasiones que la falta de empadronamiento impide el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera de lo Contencioso-administrativo, Sección 4.<sup>a</sup>, de 21 de marzo de 2001, rec. 6063/1995<sup>160</sup>, declaró que “[...] no puede procederse a dar de baja sin más a los vecinos en el Padrón municipal, pues ello afecta al ejercicio en la práctica de derechos fundamentales, como son el de participación electoral y la libertad de residencia que consagra el artículo 19 de la Constitución”. En la misma línea, las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sección 4.<sup>a</sup>, de 14 de febrero de 2023, rec. 113/2022; y de 30 de noviembre de 2022, rec. 348/2021<sup>161</sup>, entre otras.

159. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/970271e2a02d253f/20030918>

160. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/529d7c355daf4dac/20031018>

161. Disponibles en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/4eb22d31db9f7795a0a8778d75e36f0d/20230320>;  
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/5ce131e037590112a0a8778d75e36f0d/20230629>

Asimismo, del análisis de las resoluciones judiciales dictadas en la materia se advierte que nuestros tribunales han validado la inscripción en el padrón municipal sobre la base del presupuesto de la residencia habitual, sin posibilidad de exigir requisitos adicionales que, en la práctica, puedan restringir injustificadamente el acceso al padrón y, en consecuencia, la libertad de residencia.

Un claro ejemplo es la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 17 de Barcelona, de 20 de mayo de 2022, que declara el derecho a la inscripción en el padrón municipal con la acreditación de la residencia en el municipio por cualquier medio, anulando el acuerdo municipal en que se exigía como requisito necesario para acceder al padrón el título de propiedad o contrato de alquiler.

Como antecedentes de hecho relevantes, debemos señalar que el Ayuntamiento de Premià de Mar (Provincia de Barcelona) aprobó el Acuerdo municipal del 17 de octubre de 2018 sobre el derecho a empadronamiento, que permitía la inscripción sin necesidad de presentar título de propiedad o contrato de alquiler del inmueble, aceptando documentos análogos para acreditar la residencia. Sin embargo, posteriormente, esta normativa fue sustituida por el Acuerdo de 23 de septiembre de 2020, que restringió los medios de prueba aceptados al título de propiedad o al contrato de alquiler con el último recibo de pago únicamente, manifestando que el objetivo de esta restricción sería combatir la ocupación de viviendas y las mafias.

Se impugnó esta nueva normativa por varios motivos y, en particular, por falta de competencia del ayuntamiento e infracción de la reserva de ley al restringir los presupuestos legales de acceso al padrón vulnerando derechos de amparo constitucional, específicamente los artículos 24, 23, 29, 27 y 43 de la CE (i. e., derecho a ser candidato en las elecciones municipales, a la participación en asuntos públicos, a iniciar consultas populares, a la educación y al acceso a la seguridad pública y servicios sociales).

El juzgado estima el recurso contencioso-administrativo sobre la base del artículo 19 de la CE, que otorga a cada individuo el derecho de elegir libremente el municipio de residencia. Señala que, de conformidad con el artículo 59 del RPDTEL, la residencia puede demostrarse de diversas formas sin requerir necesariamente el título de propiedad o contrato de alquiler, siendo la existencia de residencia en el municipio la única condición esencial para la inscripción en el padrón, sin importar la ubicación de la residencia o la situación legal del individuo.

*“Dit l’anterior, és evident que l’Acord impugnat és restrictiu. En hi ha prou en comparar-lo amb l’anterior per a advertir que és absolutament diferent i contradictori.*

*És restrictiu perquè restringeix els pressupostos legals perquè els ciutadans puguin inscriure's en el padró i ho és perquè deixa sense efecte els «documents anàlegs» que cita l'article 59 «in fine».*

*No sols els deixa sense efecte si no a més fórmula un concepte d'empadronament radicalment contrari al sentit de la llei, ja que vincula la residència a la tenença d'un títol, quan la llei exclusivament vincula empadronament a la residència.*

*D'aquesta manera és evident que ha de prosperar aquest motiu del recurs atès que l'Ajuntament no té cap competència per a modificar un text legal, ni per a introduir limitacions o restriccions a un dret. Un dret a més de caràcter constitucional - art 19 CE dret a triar lliurement la residència, del qual es deriva del dret a estar empadronat en un determinat domicili. L'Ajuntament s'ha oblidat de la seva obligació de garantir l'exercici dels drets.*

*Ens trobem enfront d'una situació de nul·litat absoluta de l'article 47a) Llei 35/19 per afectar drets fonamentals”.*

Por consiguiente, determina la obligación del ayuntamiento de garantizar el ejercicio de este derecho, pudiendo únicamente llevar a cabo las actuaciones oportunas a los únicos efectos de comprobar la residencia efectiva en el municipio, y no sobre otras cuestiones como la existencia de título de propiedad o contrato de arrendamiento.

Por lo anterior, el juzgado considera que el acuerdo impugnado desvirtúa el concepto de empadronamiento, pues vincula la residencia a la tenencia de un título, cuando la ley exclusivamente vincula el empadronamiento a la residencia; y restringe los presupuestos legales necesarios para la inscripción en el padrón, así como el ejercicio de los derechos constitucionales anteriormente señalados. En consecuencia, declara la nulidad de pleno derecho del Acuerdo de 23 de septiembre de 2020.

En sentido similar se han pronunciado también algunos de nuestros Tribunales Superiores de Justicia. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sección 4.<sup>a</sup>, de 30 de noviembre de 2022, rec. 348/2021, enjuicia un supuesto en el que, al igual que en el caso anterior, el ayuntamiento exigía un requisito para la inscripción en el padrón no amparado por la norma. En este caso, la solicitante de empadronamiento había cambiado de domicilio, por lo que no había residido habitualmente con anterioridad a la fecha de solicitud, sino que su intención era hacerlo a futuro y por ello solicitaba su inscripción en el padrón. El ayuntamiento denegó su inscripción por no residir con anterioridad a la fecha de la solicitud.

El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana confirma la sentencia del juzgador *a quo* y señala, en interpretación de las normas que disciplinan la institución del padrón, que estas no imponen como requisito para causar alta en un determinado padrón municipal que a fecha de solicitud se venga residiendo habitualmente en el municipio de destino. Destaca que el ayuntamiento podrá comprobar la veracidad de los hechos por medio de los documentos oportunos, pero ninguno de ellos estará destinado a acreditar la residencia en el municipio con anterioridad a la fecha de la solicitud. Por tanto, la inscripción por alta en un municipio procediendo de otro en el que estuviera inscrita la persona es automática, y en igual sentido en el caso de que la persona no estuviera empadronada con anterioridad.

Asimismo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sección 1.<sup>a</sup>, de 14 de diciembre de 2022, rec. 311/2022<sup>162</sup>, confirmó la sentencia del juzgador de instancia, quien anuló el acuerdo de la Junta de Gobierno local del Ayuntamiento de Igüeña que desestimaba la solicitud de alta en el padrón de habitantes sobre la base de que la solicitud efectuada con ánimo de residir de modo habitual o la mayor parte del año si reside o habita en varios municipios es suficiente para la inscripción. El tribunal añade que resulta irrelevante a estos efectos cualquier otra circunstancia (i. e., ser entidad local menor, encontrarse bajo litigio o la calificación urbanística de los terrenos), siendo la única cuestión a discutir si el solicitante reside habitualmente en donde refiere.

En definitiva, como se acaba de ver, nuestros tribunales aceptan que el ordenamiento jurídico establece un régimen flexible de acceso al padrón. La aplicación de estos pronunciamientos deberían servir como fundamento para que las personas sin hogar puedan inscribirse en el padrón a pesar de no disponer de una vivienda habitual. En los supuestos en los que los tribunales se han pronunciado sobre esta materia, se han revisado y anulado los actos de los ayuntamientos en los que se han aprobado disposiciones o adoptado decisiones que han supuesto exigir más requisitos para el empadronamiento de los normativamente permitidos.

#### **4. CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS DE PROPUESTAS DE ACTUACIÓN**

Nuestro ordenamiento jurídico no es ajeno a las dificultades de las personas en situación de sin hogar para acreditar su residencia en el municipio e inscribirse en el padrón municipal. Por esa razón, obliga a los ayuntamientos a tener una actitud activa y comprobar por sus medios esta circunstancia.

---

162. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/86c74ac447bf6cb3a0a8778d75e36f0d/20230201>

Sin embargo, la actuación de algunos ayuntamientos sería contraria a este mandato al introducir obstáculos para la inscripción de las personas sin hogar en el padrón que los hacen a veces insalvables para este colectivo vulnerable.

Cuando los tribunales han entrado a conocer estas prácticas han reprochado la actuación de los ayuntamientos. En particular, es paradigmática la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 17 de Barcelona, de 20 de mayo de 2022, que declara el derecho a la inscripción en el padrón municipal con la acreditación de la residencia en el municipio por cualquier medio y anula la decisión municipal en que se exigía el título de propiedad o alquiler para poder acceder al padrón.

Por consiguiente, en los casos en los que se produzca la vulneración del derecho de la persona sin hogar a acceder al padrón municipal será fundamental acudir a los distintos mecanismos e instituciones que ofrece nuestra normativa para forzar a la Administración a inscribir en el padrón a estas personas vulnerables, con el fin de que no se vean privadas de muchos de sus derechos, algunos de ellos fundamentales.

A tal efecto, hay que señalar que las personas en situación de sin hogar que residen en un municipio tienen distintas vías para intentar superar las trabas administrativas que puedan encontrar por parte de los ayuntamientos y tratar de lograr que estos inscriban su alta en el padrón municipal.

En primer lugar, si los ayuntamientos deniegan expresamente el empadronamiento, el solicitante de padrón municipal podría impugnar esa decisión ante la vía administrativa o judicial. Asimismo, si la inscripción no se deniega expresamente y lo que ocurre es que la Administración adopta una actitud pasiva, si han transcurrido tres meses desde la solicitud y no se ha recibido respuesta por parte de la Administración, el solicitante podría acudir al ayuntamiento y solicitar un certificado acreditativo de este silencio, que deberá ser emitido en el plazo de 15 días (art. 24.4 LPACAP). La mera solicitud de este documento debiera actuar como palanca para forzar al ayuntamiento a que cumpla con sus obligaciones de inscripción.

Si, pese a lo anterior, la Administración no procede a inscribir a la persona en el padrón municipal, podría acudir a dos organismos o instituciones adicionales: el Instituto Nacional de Estadística y el Defensor del Pueblo estatal o autonómico.

El Instituto Nacional de Estadística (el “INE”) es un organismo autónomo que tiene entre sus facultades la potestad de controlar la precisión de los padrones municipales y comunicar a los ayuntamientos las medidas que deben tomar para dotar a su padrón de una mayor exactitud (art. 78 RPDTEL). En

el caso de que un ayuntamiento no realice las actuaciones y operaciones necesarias para mantener actualizado su padrón de modo que los datos contenidos en este concuerden con la realidad, la normativa prevé que el Instituto Nacional de Estadística, previo informe del Consejo de Empadronamiento, pueda requerir al ayuntamiento que actúe otorgándole un plazo específico, que será como mínimo de un mes (art. 60 LBRL). Si el ayuntamiento ignora el requerimiento, el INE puede acudir a la ejecución sustitutoria, regulada en el artículo 17.2 de la LBRL y el artículo 62 del RPDTEL, adoptando las medidas necesarias para el cumplimiento de sus obligaciones a costa y en sustitución de la entidad local.

Es decir, si el ayuntamiento no resolviera a favor de la persona en situación de sin hogar, la persona puede dirigirse al INE, quien deberá requerir al ayuntamiento para que proceda a la inscripción. Si, aun así, el ayuntamiento persiste en el incumplimiento de sus funciones, el INE podría decidir directamente la inscripción de la persona en el padrón municipal.

Por otro lado, los Defensores del Pueblo estatal y autonómicos son instituciones encargadas de defender los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos mediante la supervisión de la actividad de las Administraciones públicas españolas, conforme a lo establecido en el artículo 1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo (la “**LODP**”). Cualquier ciudadano puede acudir al Defensor del Pueblo presentando una queja (art. 10 LODP) y solicitando su intervención, que es gratuita (art. 15 LODP), para que investigue las actuaciones de las Administraciones (art. 9 LODP) que sean presuntamente irregulares. Lo cierto es que los Defensores del Pueblo suelen tener por regla general una gran influencia en los ayuntamientos, que se ven forzados a actuar rápidamente para evitar la mala prensa.

El Defensor del Pueblo (2024: 327) explica que “*varias cuestiones relativas al derecho de los ciudadanos de ser empadronados en el municipio en el que tienen su residencia habitual fueron motivo de queja*” durante el año 2023. Esta institución envió sugerencias y recomendaciones a diversos ayuntamientos, como el de Zaragoza, Andújar (Jaén), Fuenlabrada (Madrid), Hernani (Gipuzkoa) y Aigües (Alicante)<sup>163</sup>.

En conclusión, nuestro ordenamiento jurídico ofrece un marco normativo que garantiza el empadronamiento de las personas en situación de sin hogar en el municipio en el que residen. Asimismo, también ofrece mecanismos para

---

163. DEFENSORDEL PUEBLO (2024). Informe anual 2023. Volumen I. Pp. 327-328. Recuperado de [https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2024/03/Defensor-del-Pueblo\\_Informe-anual-2023.pdf](https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2024/03/Defensor-del-Pueblo_Informe-anual-2023.pdf)

superar las distintas trabas administrativas que estas personas pueden encontrar por parte de los ayuntamientos que tramitan sus peticiones de inscripción en el padrón. No obstante, es la particular vulnerabilidad de este colectivo y la falta de recursos económicos lo que dificulta que estas personas puedan hacer valer sus derechos de manera efectiva. En consecuencia, los ayuntamientos deberían aliviar las dificultades de este colectivo haciendo posible su inscripción en el padrón municipal, facilitándoles de este modo el ejercicio de sus derechos y libertades fundamentales.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ACNUR. *Directrices sobre Protección Internacional: La “alternativa de huida interna o reubicación” en el contexto del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*. 2003. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2004/2551.pdf>.
- ACNUR. *Nota de orientación del ACNUR sobre las solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y la identidad de género*. 2008, pp. 15-16. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/6949.pdf?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2009/6949>.
- ACNUR. *Directrices 2021 del ACNUR relativas al procedimiento del interés superior: Evaluación y determinación del interés superior de la niñez y la adolescencia*. 2021. <https://www.refworld.org/es/pol/posicion/acnur/2021/es/122648>.
- ADELL TRONCHO, Belén, FERNÁNDEZ COBO, Bárbara y NAVARRO MANICH, José Alberto. “El Derecho a la asistencia jurídica de los menores extranjeros no acompañados”. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 61/2023, pp. 197-207.
- ASOCIACIÓN KARIBU. *Informe subsaharianos en el CIE de Aluche: Urge otra mirada, urge otro modelo de acogida*. 2017. <https://asociacionkaribu.org/web/wp-content/uploads/2021/10/KARIBU-informeCIE-2017.pdf>.
- BHABHA, Jacqueline. “Arendt’s Children: Today’s Migrant Children Have a Right to Have Rights?” *Human Rights Quarterly*, vol. 31, The Johns Hopkins University Press, 2009, pp. 410- 451.
- CERVERA YÑESTA, Carlos; SÁNCHEZ BORJAS, Diego. “Sobre el carácter vinculante de los dictámenes de los órganos de los tratados internacionales de derechos humanos en el ordenamiento jurídico español: a propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2018 y 13 de junio de 2023”. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n° 63/2023, pp. 245-264.

- CIE DE ZAPADORES. *Informe de la Campaña por el Cierre de los Centros de Internamiento para Extranjeros y por el fin de las deportaciones*. 2020. <https://ciesno.wordpress.com/wp-content/uploads/2020/06/cie-de-zapadores.-sin-derecho-a-tener-derechos.pdf>.
- COMISIÓN DE ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA DE LA COMUNIDAD DE MADRID. *Asistencia Jurídica Gratuita - Memoria Anual Año 2021*. Madrid, 2022. [https://www.comunidad.madrid/transparencia/sites/default/files/open-data/downloads/memoria\\_ajgr\\_2021.pdf](https://www.comunidad.madrid/transparencia/sites/default/files/open-data/downloads/memoria_ajgr_2021.pdf).
- COMISIÓN DE EXTRANJERÍA DEL ILUSTRE COLEGIO DE LA ABOGACÍA DE BARCELONA. *Informe sobre derechos y libertades de las personas internadas en los centros de internamiento de extranjeros*. Barcelona, 2011. <https://www.icab.es/export/sites/icab/.galleries/documents-noticies/2011/el-informe-sobre-derechos-y-libertades-de-las-personas-internadas-en-los-centros-de-internamiento-de-extranjeros.pdf>.
- COMISIÓN ESPAÑOLA DE AYUDA AL REFUGIADO. *Hacia dónde va el nuevo sistema europeo común de asilo: Retos, amenazas y propuestas*. 2017. <https://www.cear.es/wp-content/uploads/2017/03/INFORME-SECA.pdf>.
- COMISIÓN ESPAÑOLA DE AYUDA AL REFUGIADO. *Informe Refugiados y migrantes en España: Los muros invisibles tras la frontera sur*. 2017. <https://www.cear.es/wp-content/uploads/2018/02/INFORME-FRONTERA-SUR.pdf>.
- COMISIÓN JURÍDICA DEL CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA. “Informe 4/2012 - Los Centros de Internamiento de Extranjeros en España: régimen vigente y propuestas de futuro”. En *Consejo General De La Abogacía Española, Informes 2012*, Tirant lo Blanch ,Valencia, 2012, pp. 63.96.
- COMITÉ EUROPEO PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA Y DE LAS PENAS O TRATOS INHUMANOS O DEGRADANTES. *Informes al Gobierno español sobre la visita a España realizada por el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes*. Estrasburgo, 2013. [https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/informesMNPEspania/europa/4\\_INFORME\\_CPT\\_2012.pdf](https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/informesMNPEspania/europa/4_INFORME_CPT_2012.pdf).
- CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud de los artículos 16 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. 2016. <https://www.refworld.org/es/ref/infoprep/cescr/2016/es/115194>.
- CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA y FUNDACIÓN ARANZADI LA LEY. *XVII Informe del Observatorio de la Justicia Gratuita de la Abogacía Española-Aranzadi La Ley: Estadística completa 2018-2022*. Madrid, 2023.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2023/07/XVII-Informe-del-Observatorio-de-la-Justicia-Gratuita.pdf>.
- CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA y WOLTERS KLUWERS ESPAÑA, S.A. *XIII Informe del Observatorio de Justicia Gratuita de la Abogacía Española-Wolters Kluwer: Estadística completa 2014-2018*. Madrid, 2019. <https://www.icasantiago.org/wp-content/uploads/2019/07/XIII-OBSERVATORIO-DE-JUSTICIA-GRATUITA.pdf>.
- CONVIVIR SIN RACISMO. *Informe sobre la situación del Centro de Internamiento de Extranjeros de Murcia*. 2015.
- DEFENSOR DEL PUEBLO. *Informe sobre asistencia jurídica a los extranjeros en España*. Madrid, 2005. <https://www.defensordelpueblo.es/informe-monografico/informe-sobre-asistencia-juridica-a-los-extranjeros-en-espana-2005/>.
- DEFENSOR DEL PUEBLO. *Recomendación del Defensor del Pueblo a la Dirección General de la Policía*. Madrid, 2014. <https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/asistencia-sanitaria-en-los-centros-de-internamiento-de-extranjeros-dotar-a-todos-los-cie-de-asistencia-sanitaria-permanente-2/>.
- DEFENSOR DEL PUEBLO. *Informes del Defensor del Pueblo en su condición de Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura en España (MNP) de 2014 a 2022*. Madrid, 2023. <https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/asistencia-sanitaria-en-los-centros-de-internamiento-de-extranjeros-dotar-a-todos-los-cie-de-asistencia-sanitaria-permanente-2/>.
- DEFENSOR DEL PUEBLO. *Informe anual 2022*. Madrid, 2022. <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2023/06/Separata-infancia-y-adolescencia.pdf>.
- DEFENSOR DEL PUEBLO. *Informe anual 2016 y debates en las Cortes Generales*. Madrid, 2017. [https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2017/02/Informe\\_anual\\_2016.pdf](https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2017/02/Informe_anual_2016.pdf).
- DEFENSOR DEL PUEBLO. *Informe anual 2023*. Madrid, 2024, Volumen I. Pp. 38 y 327-328. <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2024/06/Separata-menores.pdf>.
- FISCALÍA PROVINCIAL DE LAS PALMAS. *Expediente de protección de menores en situación de riesgo 2649/2023, archivado por la existencia de apego del menor con la persona adulta que lo acompaña*. Las Palmas, 2023.
- FISCALÍA PROVINCIAL DE LAS PALMAS. *Expediente de protección de menores en situación de riesgo 307/2024, archivado ante la ausencia de indicadores de riesgo*. Las Palmas, 2024.

JUZGADOS DE CONTROL DEL CENTRO DE INTERNAMIENTO DE EXTRANJEROS DE MADRID. *Acuerdo gubernativo de 12 de enero de 2022*. [https://www.mundoenmovimiento.org/wp-content/uploads/2022/11/220512\\_ACUERDO-CONJUNTO-MAGISTRADOS-CONTROL-CIE-.pdf](https://www.mundoenmovimiento.org/wp-content/uploads/2022/11/220512_ACUERDO-CONJUNTO-MAGISTRADOS-CONTROL-CIE-.pdf).

JUZGADOS DE CONTROL DEL CENTRO DE INTERNAMIENTO DE EXTRANJEROS DE MADRID. *Acuerdo gubernativo de 6 de noviembre de 2022*. <https://www.mundoenmovimiento.org/wp-content/uploads/2022/11/Acuerdo-CIE.pdf>.

LOSADA GONZÁLEZ, Herminio. “Estatuto legal de los extranjeros”. Esta doctrina forma parte del libro *Tratado de Extranjería: Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales* (A. Palomar Olmeda, coord.) Aranzadi, Cizur Menor (Pamplona), 2012, pp. 10-18.

MANZANEDO NEGUERUELA, Cristina. “Menores extranjeros acompañados. La problemática invisible de los niños y niñas migrantes acompañados que llegan a la frontera sur española”. *Revista Crítica Penal y Poder*, n.º 18/2019, Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos Universidad de Barcelona, pp. 260-266.

MÉDICOS DEL MUNDO. *Política de Médicos del Mundo España frente a los Centros de Internamiento de Extranjeros (CIE)*. 2016. <https://asambleamd.wordpress.com/wp-content/uploads/2019/05/politica-cie-pleno-25519.pdf>.

MIGREUROP. *Informe CIE Derechos Vulnerados de Migreurop*. 2012. [https://soscacismo.eu/wp-content/uploads/2016/06/InformeMigreurop\\_a\\_CDH-CE\\_161112.pdf](https://soscacismo.eu/wp-content/uploads/2016/06/InformeMigreurop_a_CDH-CE_161112.pdf).

MUTUMA RUTEERE. *Informe especial de la visita a España del Relator Especial de la Organización de las Naciones Unidas sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia*. 2013. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2015/10141.pdf>.

NAVARRO MANICH, José Alberto; LOZANO GARCÍA, Laura. “El derecho de los “niños invisibles” a su inscripción después del nacimiento y a adquirir una nacionalidad. La obligación de evitar la apatridia infantil”. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 57/2021, pp. 23-32.

NAVARRO MANICH, José Alberto, MANZANEDO NEGUERUELA, Cristina. “Spanish Court Recognises the Spanish Nationality of a Stateless ‘Invisible Child’ in Order to Remedy the Violation of Her Human Rights”. *The Statelessness & Citizenship Review*, 4/2022, pp. 316-322.

NAVARRO MANICH, José Alberto; RAMÍREZ JIMÉNEZ DE PARGA, Pablo. “El traslado a España de solicitantes de protección internacional en situación de peligro: clarificación del régimen del art. 38 de la Ley 12/2009 en

## VIII. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- la sentencia del Tribunal Supremo n.º 199/2024, de 6 de febrero”. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 64/2024, pp. 197-213.
- PONCE SOLÉ, Juli y ORIO SALLEN, Amaya. “El derecho a ser empadronado y la buena administración. Legalidad, políticas públicas y buenas prácticas”. *Fòrum de Síndics i Síndiques, Defensors i Defensores Locals de Catalunya*, 2022, p. 15.
- PULIDO QUECEDO, Manuel. “La asistencia jurídica gratuita de los extranjeros no residentes “legalmente” en España”. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 581/2003.
- REMÓN PEÑALVER, Jesús. “Para qué una ley reguladora del derecho de defensa”. *Otrosí*, n.º 1/2024, pp. 70-71.
- SERVICIO JESUITA A INMIGRANTES. *Informes CIE de 2014 a 2023*. <https://sjme.org/informes/>.
- SOSRACISMO MADRID. *Informe CIE 2014-2017: ‘Más allá de la frontera de lo humano’*. Madrid, 2017. [https://sosracismo.eu/wp-content/uploads/2018/06/InformeCIE17\\_SOSMadrid.pdf](https://sosracismo.eu/wp-content/uploads/2018/06/InformeCIE17_SOSMadrid.pdf).
- SUERO SALAMANCA, José Antonio. “Estudio sobre el padrón municipal de habitantes”. *Actualidad Administrativa*, n.º 15/1999, p. 417.
- VV.AA. *Informe de la situación actual de los centros de internamiento de extranjeros en España y su adecuación al marco legal vigente*. España, 2015. <https://turia.uv.es//index.php/clinicajuridica/article/view/6472/6264>.



## IX.

# RELACIÓN DE JURISPRUDENCIA CITADA

### **Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

- Tribunal Europeo de Derechos Humanos sentencia Znamenskaya c. Rusia, de 25 de marzo de 2004. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22sort%22:%5B%22kpdate%20Descending%22%5D%22itemid%22:%5B%22001-23822%22%5D%7D>.

### **Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de marzo de 2019 ( asunto C-129/18). <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=BE6C62A2A65C5AFD95185599C78C835F?text=&docid=219294&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1950474>.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de enero de 2021 (asunto C-441/2019). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62019CJ0441>.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 16 de enero de 2024 (asunto C-621/21). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62021CJ0621>.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 5 de septiembre de 2024 (asunto C-603/22). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:62022CJ0603>
- Conclusiones del Abogado General Sr. Jean Richard de la Tour de 9 de noviembre de 2023 (asuntos acumulados C-608/22 y C-609/22). [https://curia.europa.eu/juris/document/document\\_print.jsf?mode=lst&pageIndex=0&docid=279507&part=1&doclang=ES&text=&dir=&occ=first&cid=4990132](https://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?mode=lst&pageIndex=0&docid=279507&part=1&doclang=ES&text=&dir=&occ=first&cid=4990132).

### **Tribunal Constitucional**

- Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 196/1987, de 11 de diciembre. <https://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-T-1988-430.pdf>.
- Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 138/1988, de 8 de julio. <https://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-T-1988-18668.pdf>.
- Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 16/1994, de 20 de enero. <https://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-T-1994-3806.pdf>.
- Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 252/1994, de 19 de septiembre. <https://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-T-1994-23059.pdf>.
- Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 117/1998, de 2 de junio. <https://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-T-1998-15727.pdf>.
- Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 138/1998, de 29 de junio. <https://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-T-1998-18256.pdf>.
- Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 229/1999, de 13 de diciembre. <https://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-T-2000-1171.pdf>.
- Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 179/2000, de 26 de junio. <https://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-T-2000-1171.pdf>.
- Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 53/2002, de 27 de febrero. <https://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-A-2022-17269.pdf>.
- Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 199/2003, de 10 de noviembre. <https://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-T-2003-22711.pdf>.
- Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 21/2018, de 5 de marzo. <https://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-A-2018-5048.pdf>.
- Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 103/2022, de 12 de septiembre. <https://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-A-2022-17269.pdf>.

### **Tribunal Supremo**

- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera de lo Contencioso-administrativo, Sección 4.ª, de 2 de enero de 1996, rec. 2256/1991. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/970271e2a02d253f/20030918>.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo de 10 de octubre de 1998. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/16e432c9de4e8368/20031030>.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, 14 de abril de 1999. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/42e20010418c0ae2/20030906>.

- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera de lo Contencioso-administrativo, Sección 4.<sup>a</sup>, de 21 de marzo de 2001, rec. 6063/1995. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/529d7c355daf4dac/20031018>
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo de 7 de febrero de 2006. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/69f78ec124c544ec/20060223>.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 835/2013 de 6 de febrero de 2014. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/bac2bad54153bf37/20140214>.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 15/2016 de 1 de febrero de 2016. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/d932ea104cf0fdc4/20160216>.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera de lo Contencioso-administrativo, núm. 1263/2018, de 17 de julio de 2018. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/14eef2e1ad3680ea/20180723>.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda) n.º 298/2019, de 7 de junio (rec. 2554/2018). <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/9756e645162b6dda/20190621>.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda) n.º 495/2019, de 17 de octubre (rec. 10202/2019). <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/eaedb60cd5792531/20191025>.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda) n.º 348/2023, de 11 de mayo (rec. 4711/2021). <https://www.poderjudicial.es/search/an/opendocument/bdea28e32061857aa0a8778d75e36f0d/20230526>.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo núm. 143/2024, de 30 de enero de 2024. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/f785c8fdf2896832a0a8778d75e36f0d/20240216>.

### **Audiencia Nacional**

- Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso, Sección 1), de 19 de abril de 2024 (Recurso n.º 177/2022). <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/9cebfb2fbd485a763a0a8778d75e36f0d/20240506>.
- Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso, Sección 4), de 15 de marzo de 2024 (Recurso n.º 967/2022). <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a6da6cadb176fa4ea0a8778d75e36f0d/20240412>.

- Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso, Sección 5), de 13 de marzo de 2024 (Recurso n.º 742/2022). <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/8a41de2a593e10a8a0a8778d75e36f0d/20240402>.
- Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso, Sección 3), de 20 de febrero de 2023 (Recurso n.º 1472/2021). <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/ce235d60ac8bbcb0a0a8778d75e36f0d/20230228>.
- Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso, Sección 8), de 12 de febrero de 2024 (Recurso n.º 1328/2021). <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/97b7459f7a0bae2aa0a8778d75e36f0d/20240318>.
- Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso, Sección 8), de 26 de enero de 2024 (Recurso n.º 1144/2021). <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/20eeb2e2b2a864eaa0a8778d75e36f0d/20240305>.
- Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso, Sección 4), de 24 de enero de 2024 (Recurso n.º 1590/2020). <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/36e272b609ff72ada0a8778d75e36f0d/20240318>.
- Auto de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª) n.º 1582/2023, de 28 de noviembre. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/482b9ada6b13f436a0a8778d75e36f0d/20231215>.
- Auto de la Audiencia Nacional (Sección de lo Contencioso-Administrativo) n.º 265/2024, de 5 de abril. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/20916e96ab5a3f41a0a8778d75e36f0d/20240423>.

### **Tribunal Superior de Justicia**

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sección 1.ª, de 4 de diciembre de 2012. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/f4f68d3d6f34cdf8/20130408>.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-administrativo) núm. 389/2016, de 8 de septiembre. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/903695e7008cd893/20161116>.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Contencioso-administrativo) núm. 220/2016, de 6 de abril. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/4917b9c88094a7d2/20160428>.

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Contencioso-administrativo) núm. 499/2018, de 4 de mayo. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/70a6b8e2c6b48dcc/20181003>.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sección 4.<sup>a</sup>, de 30 de noviembre de 2022, rec. 348/2021. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/5ce131e037590112a0a-8778d75e36f0d/20230629>.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sección 1.<sup>a</sup>, de 14 de diciembre de 2022, rec. 311/2022. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/86c74ac447bf6cb3a0a8778d75e36f0d/20230201>.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sección 4.<sup>a</sup>, de 14 de febrero de 2023 rec. 113/2022. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/4eb22d31db9f7795a0a8778d75e-36f0d/20230320>.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Santa Cruz de Tenerife), Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 376/2023, de 21 de julio. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/adece8c-4bae24855a0a8778d75e36f0d/20231020>.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Santa Cruz de Tenerife), Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 412/2023, de 21 de julio. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/14d30f-16bf214f21a0a8778d75e36f0d/20231023>.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Santa Cruz de Tenerife), Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 413/2023, de 21 de julio. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/6efc-866c723e86fba0a8778d75e36f0d/20231023>.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Santa Cruz de Tenerife), Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 414/2023, de 21 de julio. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a24247270bbd12dea0a8778d75e36f0d/20231023>.

### **Audiencia Provincial**

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 22 de diciembre de 2004 (rollo de apelación núm. 133/2004). <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/84cfa915ec4bca79/20060118>.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava (Sec. 2.<sup>a</sup>) n.º 186/2009, de 16 de junio. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/6402f0368b40246a/20090827>.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, de fecha 11 de mayo de 2022 (recurso n.º 2000ko PZL 2209/2022) sentencia n.º 341/2022. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/d97b184cae8a-7d8fa0a8778d75e36f0d/20220708>.

### **Juzgados**

- Sentencia del Juzgado de lo Penal de Madrid, n.º 201/2019, de 10 de junio.
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de San Sebastián, n.º 310/2021, de 24 de noviembre. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/3ea5caf70c6d0067a0a8778d75e36f0d/20220621>.
- Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 17 de Barcelona, de 20 de mayo de 2022. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a547caaf79d35c77a0a8778d75e36f0d/20220920>.
- Auto del Juzgado de Instrucción n.º 6 de Madrid, de 23 de diciembre de 2009.
- Auto del Juzgado de Instrucción n.º 6 de Madrid, de 15 de abril de 2011.
- Auto del Juzgado de Control de Valencia de 26 de abril de 2011. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/93ee2c067ece-7f3f/20180212>.
- Auto del Juzgado de Control de Murcia, de 26 de julio de 2011.
- Auto del Juzgado de Instrucción n.º 6 de Madrid, de 20 de diciembre de 2016
- Auto del Juzgado de Instrucción n.º 6 de Madrid, de 12 de enero de 2017
- Auto del Juzgado de Instrucción n.º 6 de Madrid, de 30 de junio de 2017
- Auto del Juzgado de Instrucción de Algeciras-Tarifa, de 21 de marzo de 2018.
- Auto núm. 86/2023 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Montilla, de 27 de junio de 2023.
- Auto 3/2024, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Montilla.
- Auto de Juzgado de Instrucción n.º 6 de Madrid, de 2 de noviembre de 2011 y de 26 de diciembre de 2013; de Murcia, de 16 de julio de 2013, y de Barcelona, de 15 de enero de 2014.

## **X.**

# **RELACIÓN DE NORMATIVA CITADA**

### **Normativa internacional**

- Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.
- Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 (“Convención de Ginebra”).
- Convención de 1954 sobre el Estatuto de los Apátridas.
- Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967.
- Convención de Ginebra y al Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados el 22 de julio de 1978.
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer de 1979, ratificada por España el 16 de diciembre de 1983.
- Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.
- Convenio sobre la Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001.
- Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Convenio n.º 197 del Consejo de Europa), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005.
- Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.
- Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007.

- Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica, de 11 de mayo de 2011 (el “Convenio de Estambul”).
- Observación General N.º 14/2013 del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.

### **Normativa europea**

- Directiva 2003/86/CE, del Consejo, de 22 de septiembre, sobre el derecho a la reagrupación familiar.
- Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida.
- Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas.
- Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil.
- Directiva 2011/95/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida.
- Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos.
- Directiva 2013/32/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional.
- Directiva 2018/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2018, relativo a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

**Normativa estatal**

- Constitución española.
- Código Civil.
- Código Penal.
- Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo.
- Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.
- Ley 51/1982, de 13 de julio, de modificación de los artículos 17 al 26 del Código Civil.
- Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de “Habeas Corpus”.
- Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.
- Ley orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación.
- Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.
- Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.
- Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.
- Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.
- Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.
- Ley Orgánica 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia.
- Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
- Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.
- Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

- Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el Ingreso Mínimo Vital.
- Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.
- Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.
- Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- Real Decreto 1690/1986, de 11 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales.
- Real Decreto 1231/2001, de 8 de noviembre, por el que se aprueban los Estatutos generales de la Organización Colegial de Enfermería de España, del Consejo General y de Ordenación de la actividad profesional de enfermería.
- Real Decreto 1093/2010, de 3 de septiembre, por el que se aprueba el conjunto mínimo de datos de los informes clínicos en el Sistema Nacional de Salud.
- Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.
- Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo, por el que se aprueba el reglamento de funcionamiento y régimen interior de los CIE.

### **Normativa autonómica**

- Ley 4/2021, de 27 de julio, de Infancia y Adolescencia de Andalucía.
- Ley 7/2023, de 10 de marzo, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia de Castilla-La Mancha.
- Ley Foral 12/2022, de 11 de mayo, de atención y protección a niños, niñas y adolescentes y de promoción de sus familias, derechos e igualdad.
- Ley 4/2023, de 22 de marzo, de Derechos, Garantías y Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad de Madrid.

### **Otras resoluciones citadas**

- Instrucción núm. 12/2007, de 14 de septiembre, de la Secretaría de Estado de Seguridad sobre los comportamientos exigidos a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para garantizar los derechos de las personas detenidas o bajo custodia policial. [https://www.defensordel pueblo.es/wp-content/uploads/2016/03/Instruccion\\_12\\_2007.pdf](https://www.defensordel pueblo.es/wp-content/uploads/2016/03/Instruccion_12_2007.pdf).

## X. RELACIÓN DE NORMATIVA CITADA

- 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>.
- Dictamen 2/2012 de la Unidad de Extranjería de la Fiscalía General del Estado sobre tratamiento a menores extranjeros acompañados cuya filiación no resulte acreditada. <https://bienestaryproteccioninfantil.es/dictamen-2-2012-sobre-tratamiento-a-dar-a-menores-extranjeros-acompanados-menas-cuya-filiacion-no-resulta-acreditada/>.
- 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](https://www.sup.es/sites/default/files/pdf/circular_identificaciones.pdf).
- Dictamen 5/2014 de la Unidad de Extranjería de la Fiscalía, sobre protección de menores extranjeros que acceden irregularmente al territorio en compañía de personas sin vínculo acreditado de parentesco y/o en riesgo de victimización. <https://www.fiscal.es/documents/20142/157164/DICTAMEN+5-2014+sobre+protecci%C3%B3n+de+menores+extranjeros+que+acceden+irregularmente+al+territorio+en+compa%C3%B1a+de+personas+sin+v%C3%ADnculo+acreditado+de+parentesco+y+o+en+riesgo+de+victimizaci%C3%B3n.pdf/f77fdb3f-3e6f-d150-1669-efb1a4c5a619?version=1.1>.
- Resolución de 13 de octubre de 2014, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo para la aprobación del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados. <https://www.boe.es/buscar/pdf/2014/BOE-A-2014-10515-consolidado.pdf>.
- Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con menores extranjeros no acompañados, de 22 de julio de 2014.
- 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](https://de-pol.es/wp-content/uploads/2024/01/INSTRUCCION_No_1_2024_PROCEDIMIENTO_INTEGRAL_DE_LA_DETENCION_POLICIAL_DEPOL.pdf).
- Resolución de 17 de febrero de 2020 de la Presidencia del Instituto Nacional de Estadística y de la Dirección General de Cooperación Autonómica y Local por la que se dictan instrucciones técnicas a los Ayuntamientos sobre la gestión del Padrón municipal. <https://boe.es/buscar/pdf/2020/BOE-A-2020-4784-consolidado.pdf>.

- Dictamen 205/2020 del Consejo de Estado sobre reclamación patrimonial por la actuación de los servicios públicos dependientes de los Ministerios del Interior, Sanidad e Inclusión, Seguridad Social y Migraciones de 16 de junio de 2020. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2020-205>.
- Plan de acción contra la explotación sexual de menores acogidos, aprobado el 5 de mayo de 2022 por el Ministerio de Igualdad. [https://violenciagenero.igualdad.gob.es/wp-content/uploads/Plan\\_Accion\\_contra\\_ESI\\_sistema\\_proteccion.pdf](https://violenciagenero.igualdad.gob.es/wp-content/uploads/Plan_Accion_contra_ESI_sistema_proteccion.pdf).

Coordinación  
BERNAT DOMEYÓ FAURÓ

Prólogo  
JOSÉ MARÍA SEGOVIA CAÑADAS

Introducción  
PEDRO CRUZ VILLALÓN

Autores de los capítulos I a VII  
BELÉN ADELL TRONCHO  
CAROLINA ALBUERNE GONZÁLEZ  
FLORBELA BESSADA  
JAVIER CARVAJAL CERVERA  
CARLOS CERVERA YÑESTA  
ESPERANZA COTS SALVADOR  
JUAN ESPINOSA BAVIERA  
GUILLEM ESQUIUS DÍEZ  
ESTRELLA GALA PACHÓN  
NOELIA JIMÉNEZ PIRIS  
LOU LADOIRE GARCÍA DE LAS BAYONAS  
REBECA LARENA PÉREZ  
ANDREA MARTÍN ALACID  
MIGUEL MARTÍNEZ GIMENO  
MATEO MOLLIER FERNÁNDEZ  
JOSÉ ALBERTO NAVARRO MANICH  
DANIEL OSORIO ROZO  
CAROLINA OWEN COPPOLA  
MARIA QUEROL GUILLEN  
ALMUDENA RUIZ DE LAS HERAS  
DIEGO SÁNCHEZ BORJAS  
ANA SUÁREZ CAPEL  
BERTA TORRENT CASALS  
MANUEL VÉLEZ FRAGA

Abogados documentalistas  
MARÍA LUISA MACÍAS ROMERO  
VÍCTOR MONTELONGO GOLDING

Idea y enfoque estratégico  
ROMANA SADURSKA



[www.fundacionprofesoruria.org](http://www.fundacionprofesoruria.org)

