

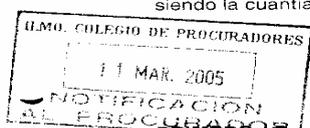
**JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
NUMERO 4 DE MALAGA**

Tel.: Fax:
N.I.G.: 2906745020040002549
Procedimiento: ABREVIADO 619/2004. Negociado: ER
Recurrente: RACHID BOURAHA
Letrado:
Procurador: RAQUEL VALDERRAMA MORALES
Demandados: SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN MALAGA
Representante:
Letrados:
Procuradores:
Acto recurrido: RESOLUCIÓN DE 27 DE DICIEMBRE DE 2.003

SENTENCIA nº 76/05

En la ciudad de Málaga, a 4 de marzo de 2005.

Vistos por el Magistrado-Juez de este Juzgado, **Ilmo. Sr. D. José Luis Franco Llorente**, los presentes autos de Recurso Contencioso-Administrativo número **619/2004**, interpuesto por **D. RACHID BOURAHA**, representado por la Procuradora D^a. Raquel Valderrama Morales y defendido por el Letrado D. José Antonio Jaime Heredia, contra Resolución de la **ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO**, representada y defendida por el Abogado del Estado, siendo la cuantía del recurso **INDETERMINADA**.



ANTECEDENTES DE HECHO

El escrito que tuvo entrada en la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en Málaga el 25 de febrero de 2.004, se interpuso recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo dictado por el Excmo. Sr. Subdelegado del Gobierno en Málaga el 27 de diciembre de 2.003, que acordó la devolución del ahora recurrente, por su entrada ilegal en el territorio español.

SEGUNDO.- Por Auto de 27 de julio de 2.004 se declaró la competencia de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo, acordándose la remisión del procedimiento al Juzgado Decano de esta ciudad para su reparto entre los de aquella clase, correspondiéndole a este Órgano, en el que tuvo entrada el 21 de septiembre de 2.004.

TERCERO.- La providencia de 13 de octubre de 2.004 acordó reclamar el expediente

administrativo y señaló día para la vista, que se celebró el 11 de enero de 2005 con la asistencia del Procurador y el Letrado del recurrente, y la Sra. Abogada del Estado.

En el acto del juicio, tras ratificarse el recurrente en su demanda y oponerse a la misma el demandado, se practicó la prueba consistente en dar por reproducidos los documentos aportados con la demanda y el expediente administrativo; y después de manifestar ambas partes lo que tuvieron por conveniente en apoyo de sus respectivas pretensiones, se acordó dejar los autos vistos para sentencia.

CUARTO.- En la tramitación de los presentes autos se han observado todas las prescripciones legales, a excepción del plazo para dictar sentencia, por la acumulación de asuntos pendientes de resolución.

A los que son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Dirige el actor su recurso contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Málaga que ordenó la devolución del ahora recurrente, quien alega como motivos de su impugnación que la resolución recurrida fue dictada sin procedimiento y sin haberse observado las garantías de cualquier procedimiento sancionador, así como la omisión de los trámites y formalidades previstos en la ley y el reglamento para los menores extranjeros.

SEGUNDO.- En los supuestos de entrada ilegal, y cuando el extranjero no ha tenido ocasión de consolidar su estancia en España, la Ley Orgánica 8/2000 de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, ya no castiga con expulsión la antigua infracción del artículo 49,d) de la Ley Orgánica 4/2000 ("La entrada en territorio español careciendo de la documentación o de los requisitos exigibles, por lugares que no sean los pasos habilitados o contraviniendo las prohibiciones de entrada legalmente previstos"), sino con la devolución en aquellos casos que el artículo 58 prevé. De esta forma, distingue la ley entre el rechazo en frontera, la devolución, el retorno y la expulsión, otorgándole efectos distintos. Dispone, en efecto, el artículo 58.2 de la Ley Orgánica 8/2000 que "No será preciso expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros en los siguientes supuestos: a) Los que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España. b) Los

que pretendan entrar ilegalmente en el país", precepto que desarrolla el artículo 138.1 del Reglamento de Extranjería, aprobado por el Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, aplicable al supuesto de autos, a cuyo tenor "de conformidad con lo establecido en el art. 58.2 de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por Ley Orgánica 8/2000, no será necesario expediente de expulsión para la devolución, en virtud de orden del Subdelegado del Gobierno, o Delegado del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales, de los extranjeros que se hallaren en alguno de los siguientes supuestos:

a) Los extranjeros que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España.

A estos efectos, se considerará contravenida la prohibición de entrada en España, cuando así conste, independientemente de si la misma fue adoptada por las autoridades españolas o por las de alguno de los Estados con los que España tenga suscrito convenio en ese sentido.

b) Los extranjeros que pretendan entrar ilegalmente en el país, considerándose incluidos, a estos efectos, a los extranjeros que sean interceptados en la frontera, en sus inmediaciones, sin cumplir con los requisitos de entrada" (la S.T.S. de 20 de marzo de 2.003 anuló el inciso "o en el interior del territorio nacional en tránsito o en ruta").

La devolución, por lo tanto, interviene sobre actos recién cometidos de entrada ilegal, incluso flagrantes, cuando el extranjero no ha tenido tiempo de consolidar su estancia en España, supuestos en los que no es necesario incoar expediente de expulsión sino que basta acordar su devolución; en cambio, cuando la entrada ilegal en España no es evidente resulta necesario someter la actuación administrativa a todas las garantías del proceso sancionador de la expulsión, constituyendo jurisprudencia reiterada que la devolución no tiene carácter sancionador, por lo que no resultan aplicables las formalidades y garantías que el recurrente considera indebidamente omitidos, y singularmente el trámite de audiencia.

En todo caso, el actor gozó de asistencia letrada, e interpuso recurso de reposición contra el acuerdo de devolución, quedando así de manifiesto lo improcedente de sus alegaciones.

TERCERO.- Ahora bien, en el supuesto de autos existe la particularidad de que la propia resolución impugnada ayude al recurrente, de nacionalidad marroquí, como nacido en 1.987, por lo que sería menor de edad conforme a la legislación española y su legislación nacional, resultando por ello aplicables las prevenciones contenidas en la Ley de extranjería y su reglamento sobre menores extranjeros, inspiradas por una finalidad tuitiva y protectora de aquéllos.

Así, el artículo 35 de la Ley dispone que "1. En los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, de acuerdo en lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias.

2. Determinada la edad, si se tratase de un menor, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores.

3. La Administración del Estado, conforme al principio de reagrupación familiar del menor y previo informe de los servicios de protección de menores, resolverá lo que proceda sobre el retorno a su país de origen o aquél donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto, sobre su permanencia en España...

5. Los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado adoptarán las medidas técnicas necesarias para la identificación de los menores extranjeros indocumentados, con el fin de conocer las posibles referencias que sobre ellos pudieran existir en alguna institución pública nacional o extranjera encargada de su protección. Estos datos no podrán ser usados para una finalidad distinta a la prevista en este apartado...".

Y el artículo 62 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, desarrolla las anteriores previsiones ("1. En los supuestos en que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tengan conocimiento de o localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, informará a los Servicios de Protección de Menores para que, en su caso, le presten la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario y urgente, realizarán las pruebas necesarias.

2. Determinada la edad, si se tratase de un menor, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los Servicios competentes de Protección de Menores.

3. Si durante el procedimiento de determinación de la edad el menor precisara atención inmediata, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado lo solicitarán a los Servicios competentes de Protección de Menores.

4. La Administración General del Estado, conforme al principio de reagrupación familiar del menor, después de haber oído al menor, y previo informe de los Servicios de Protección de Menores, resolverán lo que proceda sobre el retorno a su país de origen o a aquél donde se encontrasen sus familiares, o, en su defecto, sobre su permanencia en España.

El procedimiento se iniciará de oficio por la Administración General del Estado o, en su caso, a propuesta de la entidad pública que ejerce la tutela del menor. El órgano encargado de la tutela del menor ha de facilitar a la autoridad gubernativa cualquier información que conozca relativa a la

identidad del menor, su familia, su país o su domicilio, así como comunicar las gestiones que haya podido realizar para localizar a la familia del menor.

La autoridad gubernativa pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal todas las actuaciones llevadas a cabo en este procedimiento.

La Administración General del Estado es la competente para llevar a cabo los trámites relativos a la repatriación desde España de un menor extranjero en situación de desamparo, según la legislación civil, actuando a través de las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno, y éstas por medio de las Brigadas Provinciales de Extranjería y Documentación, que se pondrán en contacto con la Comisaría General de Extranjería y Documentación para que realice las gestiones necesarias ante las Embajadas y Consulados correspondientes, con el fin de localizar a los familiares de los menores o, en su defecto, los servicios de protección de menores de su país de origen que se hicieren responsables de ellos. Si no existiera representación diplomática en España, estas gestiones se canalizarán a través del Ministerio de Asuntos Exteriores.

Una vez localizada la familia del menor o, en su defecto, los servicios de protección de menores de su país, se procederá a la repatriación tras la verificación de que no existe riesgo o peligro para la integridad del menor, de su persecución o la de sus familiares.

En el caso de que el menor se encontrase incurso en un proceso judicial, la repatriación quedará condicionada a la autorización judicial. En todo caso deberá constar en el expediente la comunicación al Ministerio Fiscal.

La repatriación del menor será acordada por el Delegado del Gobierno o por el Subdelegado del Gobierno, cuando tuvieren la competencia delegado para ello, y ejecutada por los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía.

La repatriación se efectuará a costa de la familia del menor o de los servicios de protección de menores de su país. En caso contrario, se comunicará al representante diplomático o consular de su país a estos efectos. Subsidiariamente, la Administración General del Estado se hará cargo del coste de la repatriación.

5. Transcurridos nueve meses desde que el menor ha sido puesto a disposición de los Servicios competentes de Protección de Menores a la que se refiere el apartado 2 de este artículo, y una vez intentada la repatriación con su familia o al país de origen, si ésta no hubiere sido posible, se procederá a otorgarle el permiso de residencia al que se refiere el art. 35.4 de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por la Ley Orgánica 8/2000.

Pues bien, en el supuesto de autos (en el que, por cierto, ignoramos de qué forma fue determinada la edad del ahora recurrente), no consta que la Administración hubiera realizado indagaciones sobre la situación personal y familiar de aquél que permitieran concluir la procedencia de su inmediata devolución o retorno, en lugar de disponer su permanencia aunque fuera transitoria en nuestro país y la aplicación de las oportunas medidas de protección, ni aparece en el expediente administrativo que se hubiera dado intervención alguna al Ministerio Fiscal para valorar la procedencia de las medidas a adoptar, actuación que en todo caso resultaba inexcusable (véase al respecto lo que disponía la actualmente

derogada Instrucción 3/2003 de la Fiscalía General del Estado, sobre la procedencia del retorno de extranjeros menores de edad que pretendan entrar ilegalmente en España y en quienes no concurra la situación jurídica de desamparo), de modo que la actuación administrativa, o lo que de ella resulta del expediente administrativo, infringió a todas luces los preceptos legales y reglamentarios transcritos, lo que conduce a la anulación del acto recurrido.

CUARTO.-No procede condenar a ninguno de los litigantes al pago de las costas del procedimiento, al no advertirse hayan procedido con temeridad o mala fe procesales (artículo 139 LJCA).

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

QUE ESTIMANDO el recurso interpuesto por la representación en juicio de D. Rachid Bouraha, anulo la resolución mencionada en el primero de los "Antecedentes de Hecho" de esta Sentencia por no ser conforme al Ordenamiento Jurídico, sin que proceda condenar a ninguna de las partes a pagar las costas de este procedimiento.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra ella se podrá interponer, en este Juzgado y para ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en Málaga, **Recurso de Apelación** en el plazo de quince días desde su notificación.

Y una vez sea firme esta sentencia, remítase **testimonio de la misma junto con el expediente administrativo, al lugar de origen de éste.**

Así por ésta mi sentencia, de la que se llevará certificación a las actuaciones, lo pronuncio, mando y firmo.

E/.

PUBLICACIÓN: La anterior sentencia ha sido dada, leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez que la suscribe, en audiencia pública. Doy fe que obra en autos.