

COF

JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO N° 1 DE DONOSTIA-SAN
SEBASTIAN

AUTO

D./Dña. CARMEN MARCED CAÑETE

PJN 198/05

En la ciudad de Donostia- San Sebastián a veintiséis de
octubre de dos mil cinco.

HECHOS

PRIMERO.- El 20 de mayo de 2005, el Letrado D. Juan M. Larrañaga Gonzalez, en su calidad de abogado que se encontraba en el Turno de Asistencia Letrada al detenido en materia de extranjería el 25 de abril de 2005, según certificado expedido por el Secretario General Técnico del Ilustre Colegio de Abogados de Guipúzcoa, viene a interponer recurso contencioso-administrativo para la Protección de los Derechos Fundamentales contra la actuación llevada a cabo por la Subdelegación del Gobierno en Guipúzcoa el día 25 de abril de 2005, consistente en la detención de un grupo de extranjeros en la estación de Eustro Tranbideak de Amara (Donostia-San Sebastián) y su devolución a Francia, sin que ninguno de ellos recibiera asistencia letrada.

SEGUNDO.- Por Providencia de 23 de mayo de 2005 se acuerda requerir los defectos observados en el escrito de interposición del recurso y que se concretan en falta de poder de los extranjeros y copia de la actuación administrativa.

TERCERO.- El citado Letrado presenta nuevo escrito el 6 de junio de 2005 alegando que el recurso se interpone en nombre propio en su calidad de Letrado de Guardia del Turno de Asistencia Letrada en materia de extranjería el día de los hechos y que desconoce los datos de las personas detenidas y devueltas a Francia, adjuntando copia del escrito del Secretario General de la Subdelegación de Gobierno en Guipúzcoa, en contestación a su petición de 11 de mayo de 2005, donde le participa su traslado a la Comisaría Provincial de San Sebastián.

CUARTO.- Por Providencia de 20 de junio de 2005 se acuerda tener por subsanados los defectos detectados y requerir a la Subdelegación del Gobierno en Guipúzcoa la remisión del expediente administrativo. Consta escrito

COF

fecha el 12 de julio de 2005 remitiendo el expediente administrativo.

QUINTO.- El 5 de septiembre de 2005 se presenta Demanda solicitando la declaración de nulidad de los actos denegatorios de la asistencia letrada, por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva prevista en el artículo 24 CE.

SEXTO.- Dado traslado de la demanda al Ministerio Fiscal y a parte demandada; el Ministerio Fiscal presenta alegaciones el 23 de septiembre de 2005, entendiendo que el derecho a la asistencia jurídica gratuita no se aplica al presente supuesto, encuadrado en los artículos 5 y 7 del Acuerdo entre la Republica francesa y el Reino de España sobre la readmisión de personas en situación irregular hecho "ad referendum" en Málaga el 26 de noviembre de 2002 e interesando su desestimación por no haberse producido violación de derecho fundamental alguno. El Abogado del Estado en representación de la Administración General del Estado se opone a la Demanda, alegando lo que en su derecho conviene en cuanto al fondo del asunto y proponiendo dos causas de inadmisión: la inadecuación del procedimiento, por tratarse de un cuestión de legalidad ordinaria, subsimible no en el derecho a la asistencia letrada, sino en el derecho a la asistencia jurídica gratuita, así como la falta de legitimación activa por falta de derecho o interés legítimo.

SÉPTIMO.- Mediante Providencia de 19 de octubre de 2005 se acuerda convocar a las partes a una comparecencia señalada para el día 25 de octubre de 2005 sobre las causas de inadmisión planteadas por el Abogado del estado. Celebrada la misma, sin la asistencia del Ministerio Fiscal debidamente notificado, el Abogado del Estado se ratifica en los motivos de inadecuación del procedimiento y falta de legitimación del actor, mientras éste se opone, alegando lo que en su derecho convino.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- El recurso contencioso-administrativo se interpone por el demandante contra una actuación administrativa llevada a cabo por la Subdelegación del Gobierno en Guipúzcoa el 25 de abril de 2005 consistente en devolución a Francia de un grupo de extranjeros detenidos en la estación de Amara en Donostia-San Sebastián sin habersele prestado la debida asistencia letrada.

El expediente administrativo remitido a este Juzgado consta de 95 folios, conteniendo la identificación de 95 personas, todas ellas naturales de Pakistan, aún cuando figuran como indocumentados, que el día 23 de abril de 2005 fueron entregadas a las Autoridades Francesas en el puesto

COF

fronterizo de Biriatou, en virtud del Acuerdo entre la Republica francesa y el Reino de España sobre la readmisión de personas en situación irregular hecho "ad referendum" en Málaga el 26 de noviembre de 2002. Estos documentos aperecen sin firma y sin que en los mismos quede constancia de su notificación a los interesados, ni del procedimiento administrativo seguido para su entrega a las Autoridades Francesas.

SEGUNDO.- En cuanto al primer motivo de inadmisión de la inadecuación del procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona previsto en los arts. 114 y ss de la Ley de la Jurisdicción a los presentes autos, por entender que se está ante una cuestión de legalidad ordinaria (el derecho a la asistencia jurídica gratuita) y no ante el derecho a la asistencia letrada, integrado en el derecho a la tutela judicial efectiva, varias son las consideraciones previas.

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social en su artículo 20.1 declara que los extranjeros tienen derecho a la tutela judicial efectiva, para en su apartado 2 establecer que "Los procedimientos administrativos que se establezcan en materia de extranjería respetarán en todo caso las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo, especialmente en lo relativo a publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones, salvo lo dispuesto en el art. 27 de esta Ley." Finalmente en apartado 3 del citado artículo reconoce a los extranjeros sin capacidad económica el derecho de asistencia jurídica gratuita.

La citada Ley Organica preve tres supuestos que conllevan el abandono del territorio español.

En primer lugar la **expulsión** como sanción, por infracción grave prevista en el artículo 53 a) consistente en encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, **carecer de autorización de residencia** o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente; para llevar a cabo la expulsión, manifestación de la potestad sancionadora de la Administración Pública, deberá darse cumplimiento a lo previsto en el art. 50 de la antedicha Ley: "El ejercicio de la potestad sancionadora por la comisión de las infracciones administrativas previstas en la presente Ley Orgánica, se ajustará a la dispuesto en la misma y en sus disposiciones de desarrollo, y en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común".

En segundo lugar la devolución regulada en el artículo 58. 2 y prevista para dos supuestos: a) Los que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España y b) **Los que pretendan entrar ilegalmente en el país;** para llevar a cabo la devolución deberá ser acordada por la autoridad gubernativa competente para la expulsión y si no se pudiera ejecutar en el plazo de 72 horas, se solicitará de la autoridad judicial la medida de internamiento prevista para los expedientes de expulsión.

En tercer lugar y concordancia con la prohibición de entrada en España, prevista en el art. 26, los extranjeros que no cumplan los requisitos establecidos para la entrada, **les será denegada mediante resolución motivada,** con información acerca de los recursos que puedan interponer contra ella, plazo para hacerlo y autoridad ante quien deben formalizarlo, y de su derecho a la asistencia letrada, que podrá ser de oficio, y de intérprete, que comenzará en el momento mismo de efectuarse el control en el puesto fronterizo.

En desarrollo de la citada Ley Organica, el Real Decreto 2393/2004 de 30 de diciembre ha venido a regular más detalladamente estas medidas.

En cuanto a la expulsión, el artículo 138 ha venido a reproducir lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley Orgánica dando la opción a la Administración en el supuesto previsto en el art. 53 a) de sanción o expulsión, decisión que se verá modulada de acuerdo con la jurisprudencia.

Asimismo ha introducido un nuevo título sobredenominado RETORNO, DEVOLUCIÓN Y SALIDAS OBLIGATORIAS, cuyos artículos 156 y 157 reproducimos íntegramente .

"Artículo 156. Retorno

1. Se acordará el retorno cuando el extranjero se presente en un puesto fronterizo habilitado y no se le permita la entrada en el territorio nacional por no reunir los requisitos previstos al efecto en este reglamento.

2. La resolución de retorno se dictará como consecuencia de la resolución de denegación de entrada dictada por los funcionarios policiales responsables del control de entrada, mediante el procedimiento oportuno, en donde consten acreditados, entre otros, los siguientes trámites:

a) La información al interesado de su derecho a la asistencia jurídica, que será gratuita en el caso de que el interesado carezca de recursos económicos suficientes, así como a la asistencia de intérprete, si no comprende o habla las lenguas oficiales que se utilicen, a partir del momento en que se dicte el acuerdo de iniciación del procedimiento.

b) La información al interesado de que el efecto que

puede conllevar la denegación de entrada es el retorno.
c) La determinación expresa de la causa por la que se deniega la entrada.

3. El retorno se ejecutará de forma inmediata y, en todo caso, dentro del plazo de 72 horas desde que se hubiese acordado. Si no pudiera ejecutarse dentro de dicho plazo, la autoridad gubernativa o, por delegación de esta, el responsable del puesto fronterizo habilitado se dirigirá al juez de instrucción para que determine el lugar donde haya de ser internado el extranjero, que no podrá tener carácter penitenciario, hasta que llegue el momento del retorno, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

4. Durante el tiempo en que el extranjero permanezca detenido en las instalaciones del puesto fronterizo o en el lugar en que se haya acordado su internamiento, todos los gastos de mantenimiento que se ocasionen serán a cargo de la compañía o transportista que lo hubiese transportado, siempre que no concurra el supuesto previsto en el apartado 3 del art. 54 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y sin perjuicio de la sanción que pueda llegar a imponerse.

Igualmente, la compañía o transportista se hará cargo inmediatamente del extranjero al que se le haya denegado la entrada y serán a cuenta de ella todos los gastos que se deriven del transporte para ejecutar el retorno, que será realizado directamente por aquella o por medio de otra empresa de transporte con dirección al Estado a partir del cual le haya transportado, al Estado que haya expedido el documento de viaje con el que haya viajado el extranjero o a cualquier otro Estado donde esté garantizada su admisión.

5. La detención del extranjero a efectos de retorno se comunicará a la embajada o consulado de su país. Esta comunicación se dirigirá al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación cuando no se haya podido notificar al consulado o este no radique en España.

6. La resolución de retorno no agota la vía administrativa y será recurrible con arreglo a lo dispuesto en las leyes. Si el extranjero no se hallase en España, podrá interponer los recursos que correspondan, tanto administrativos como jurisdiccionales, a través de las representaciones diplomáticas o consulares correspondientes, las cuales los remitirán al organismo competente.

Artículo 157. Devoluciones

1. De conformidad con lo establecido en el art. 58.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, no será necesario un expediente de expulsión para la devolución, en virtud de orden del Subdelegado del Gobierno, o del Delegado del Gobierno en las comunidades autónomas uniprovinciales, de los extranjeros que se hallaran en alguno de los siguientes supuestos:

a) Los extranjeros que tras haber 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 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; se considerarán incluidos, a estos efectos, a los extranjeros que sean interceptados en la frontera o en sus inmediaciones.

2. En el supuesto del párrafo b) del apartado anterior, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado encargadas de la custodia de costas y fronteras que hayan interceptado a los extranjeros que pretenden entrar ilegalmente en España, para que pueda procederse a su identificación y, en su caso, a su devolución, los conducirán con la mayor brevedad posible a la correspondiente comisaría del Cuerpo Nacional de Policía.

3. En cualquiera de los supuestos del apartado 1, el extranjero respecto del cual se sigan trámites para adoptar una orden de devolución tendrá derecho a la asistencia jurídica, que será gratuita en el caso de que el interesado carezca de recursos económicos suficientes, así como a la asistencia de intérprete, si no comprende o habla las lenguas oficiales que se utilicen.

4. Cuando la devolución no se pudiera ejecutar en el plazo de 72 horas, se solicitará de la autoridad judicial la medida de internamiento prevista para los expedientes de expulsión."

Como queda reflejado en los preceptos citados en cualquiera de los casos ya sea expulsión, retorno o devolución se exige, como no podía ser de otro modo, unos requisitos imprescindibles que garanticen el derecho a la tutela judicial efectiva, derecho fundamental con varias vertientes, entre las que se encuentra el derecho a la asistencia letrada. En el presente caso, contrariamente a lo defendido por el Abogado del Estado, no se trata del derecho a una asistencia jurídica gratuita, que si bien pudiera considerarse de legalidad ordinaria, el propio Tribunal Constitucional, en Pleno, en Sentencia 22-5-2003, n.º 95/2003, ante el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Defensor del Pueblo ha venido a declarar la inconstitucionalidad de un apartado apartado a) del artículo 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, precisamente por no incorporar el derecho a la justicia gratuita a los extranjeros que se encuentren ilegalmente en España, por considerar que ello merma el derecho a la tutela judicial efectiva. Así admitiendo que se trata de un derecho prestacional, entiende que la amplia libertad de configuración legal que resulta del primer inciso del art. 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-. Existe, por consiguiente (como también en la STC 16/1994, FJ 3), 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" (STC 117/1998, FJ). Por tanto la relación existente entre el derecho a la gratuidad de la justicia para quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar (art. 119 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE EDL) lleva consigo la exigencia ex Constitutione de otorgar o reconocer el derecho de asistencia jurídica gratuita a los extranjeros que, cumpliendo el resto de los requisitos impuestos legalmente a la generalidad, no reúnan la condición de residentes legalmente en España, o si, por el contrario, la atribución de tal derecho a los referidos sujetos puede ser acordada o denegada libremente por el legislador ordinario sin ligazón constitucional directa.

En el presente caso es manifiesto que el recurso se interpone por el Letrado contra una actuación administrativa, ya sea de expulsión, retorno o devolución (cuestión que debería dilucidarse resolviendo sobre el fondo del asunto), sin haber garantizado el derecho a la asistencia de letrada, no ya del actor que se encontraba de guardia el día en que ocurrieron los hechos, sino de ningún otro profesional del derecho. Ni el citado Acuerdo Hispano-Francés ni ningún otro instrumento de cooperación es título suficiente para proceder a obligar por la fuerza al abandono de España, de unas personas extranjeras que se encontraban en Donostia-San Sebastián, cerca de 20 km. de la frontera francesa, sin seguir ningún tipo de procedimiento, ni garantizar los derechos que a estos les asisten. Es por ello que debo desestimar la pretensión de inadecuación del procedimiento y entender que el objeto del recurso afecta a los derechos contemplados en el art 53.2 CE.

En esta línea el TSJ País Vasco Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 3ª, S24-1-2003, nº 88/2003 ha venido a decir, en un caso de retorno, que "Así las cosas nos encontramos ante un acto administrativo de ejecución (de retorno, no de detención que fue legal), realizado por los funcionarios policiales españoles sin resolución administrativa previa que le sirva de fundamento jurídico, afectando tal actuación a derechos fundamentales de la persona, y, realizado mediante compulsión sobre las personas, por ello tal actuación de retorno a parte de vulnerar el derecho fundamental a tutela efectiva del art. 24.1 CE supone una trasgresión de lo previsto en el art. 93 y 100 de la Ley 30/92, 26 de noviembre en tanto que la Administración ha ejecutado una Resolución de retorno sin la previa adopción de esta, ni por tanto su notificación en forma, y ha de calificarse de una actuación administrativa nula radicalmente por lesionar derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional, art. 62.1 a) Por todo ello no cabe sino concluir que se trata de un defecto de nulidad radical y absoluta, sin posibilidad de sanación, de conformidad con las previsiones del artículo 67.1 de la Ley 30/1992, de 26 de

noviembre."

TERCERO.- En cuanto a la falta de legitimación del actor, por carecer de interés legítimo para interponer el recurso en nombre propio y no disponer de representación de los extranjeros obligados a abandonar el territorio español, debe ser por el contrario estimada, pues si bien es cierto que la actuación administrativa (los documentos aportados con el expediente administrativo lo ponen de manifiesto) ha imposibilitado el ejercicio por los detenidos del derecho a asistencia letrada y a designar representante para el ejercicio de sus derechos, lo cierto es que ni la más amplia interpretación "pro actione", permite que un abogado en ejercicio, aún cuando estuviera de guardia en el turno de oficio de extranjería pueda convertirse en valedor del colectivo detenido.

La propia Ley Organica 4/2000, en la línea que venía reconociendo la jurisprudencia y el Tribunal Constitucional, ha concedido legitimación en los procedimientos administrativos, como interesadas a las organizaciones constituidas legalmente en España para la defensa de los inmigrantes, expresamente designadas por éstos y en los procesos contencioso-administrativos a las entidades que resulten afectadas en los términos previstos por el art. 19.1.b) de la Ley reguladora de dicha jurisdicción.

Cuestión diferente, y también discutible, sería que el recurso se interpusiera por el propio Colegio de Abogados, que como Corporación de Derecho Público, tiene encomendado no sólo la defensa de los intereses propios del colectivo al que representa, sino funciones públicas entre ellas garantizar el derecho de asistencia letrada. Así el artículo 3.1 del Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española dice : " Son fines esenciales de los Colegios de Abogados, en sus respectivos ámbitos, la ordenación del ejercicio de la profesión; la representación exclusiva de la misma; la defensa de los derechos e intereses profesionales de los colegiados; la formación profesional permanente de los abogados; el control deontológico y la aplicación del régimen disciplinario en garantía de la sociedad; la defensa del Estado social y democrático de derecho proclamado en la Constitución y la promoción y defensa de los Derechos Humanos, y la colaboración en el funcionamiento, promoción y mejora de la Administración de Justicia." Asimismo el artículo 7.1 establece "Los Colegios de Abogados velarán para que a ninguna persona se le niegue la asistencia de un letrado para la defensa de sus derechos e intereses, ya sea de su libre elección o bien de oficio, con o sin reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita, conforme a los requisitos establecidos al efecto".

Por todo ello no cabe otra interpretación jurídica que declarar inadmisibile el recurso por falta de legitimación del

recurrente, de acuerdo con el apartado 1.b del artículo 51 de la Ley de la jurisdicción.

CUARTO.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA y no apreciándose temeridad ni mala fe en la parte recurrente, no procede una especial condena de las costas causadas.

En atención a lo expuesto,

PARTE DISPOSITIVA

1°.- No estimar como causa de inadmisión del presente recurso contencioso-administrativo la inadecuación del procedimiento, de acuerdo con lo expuesto en el fundamento jurídico segundo.

2°.- Estimar como causa de inadmisión la falta de legitimación del actor, de acuerdo con lo expuesto en el fundamento jurídico tercero.

3°.- No se hace especial imposición de costas.

MODO DE IMPUGNAR ESTA RESOLUCIÓN: mediante RECURSO DE APELACION en un sólo efecto, por escrito presentado en este Juzgado en el plazo de QUINCE DÍAS, contados desde el siguiente a su notificación.

Así lo acuerda, manda y firma D^a, Juez de y su partido. Doy fe.

EL/LA JUEZ EL/LA SECRETARIO