

**T.S.J.GALICIA CON/AD SEC.1
A CORUÑA**

BELEN CASAL BARBEITO
C.I.F. 32789.028-L
LICENCIADO EN DERECHO
PROCURADOR DE LOS TRIBUNALES
Ayda. P. de Rivera, 1 - 12.ª Izda.
Tf. 981 224 258
Móvil 609 860 767
15004 LA CORUÑA

SENTENCIA: 00582/2011

PONENTE: D. JOSÉ RAMÓN CHAVES GARCÍA

RECURSO: RECURSO DE APELACION 675/2010

APELANTE: CEAR EUSKADI, COMISIÓN DE AYUDA AL REFUGIADO DE EUSKADI

APELADA: SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN PONTEVEDRA
INTERVIENE EL MINISTERIO FISCAL

EN NOMBRE DEL REY

La Sección 001 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia ha pronunciado la

SENTENCIA

Ilmos./as. Sres./as. D./D^{as}

FERNANDO SEOANE PESQUEIRA.- Pte.

DOLORES RIVERA FRADE

JOSÉ RAMÓN CHAVES GARCÍA

A CORUÑA, veinticinco de mayo de 2011.

En el RECURSO DE APELACION 675/2010 pendiente de resolución ante esta Sala, interpuesto por CEAR EUSKADI, COMISIÓN DE AYUDA AL REFUGIADO DE EUSKADI, representada por la procuradora doña BELÉN CASAL BARBEITO y dirigida por el letrado don JAVIER GALPARSORO GARCÍA, contra SENTENCIA de fecha 11/06/2010, dictada en el procedimiento PA 395/2009 por el JDO. DE LO CONTENCIOSO Núm.3 de PONTEVEDRA sobre DERECHOS FUNDAMENTALES. Es parte apelada la SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN PONTEVEDRA, dirigida por el ABOGADO DEL ESTADO; INTERVIENE EL MINISTERIO FISCAL.

Es ponente el Ilmo. Sr. D. JOSÉ RAMÓN CHAVES GARCÍA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se dictó, por el Juzgado de instancia, la resolución referenciada anteriormente, cuya parte dispositiva dice: "que, desestimando el presente recurso contencioso-administrativo núm. 395/09, seguido al amparo del procedimiento especial para la tutela de los derechos fundamentales, interpuesto, por la representación de CEAR EUSKADI, COMISIÓN DEL AYUDA AL REFUGIADO, contra la Subdelegación del Gobierno en Pontevedra, en relación con su actuación administrativa con motivo de la llegada a Vigo el día 24 de junio de 2009, del buque de nacionalidad noruega "Virana" con dos polizones de nacionalidad ghanesa a bordo; debo declarar y declaro que la actuación administrativa impugnada no vulnera derecho fundamental alguno invocado, por



lo que debe ser desestimada y se desestima la pretensión deducida en este recurso. Todo ello sin que proceda establecer una condena en costas".

SEGUNDO. - Notificada la misma, se interpuso recurso de apelación que fue tramitado en forma, con el resultado que obra en el procedimiento, habiéndose acordado dar traslado de las actuaciones al ponente para resolver por el turno que corresponda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Es objeto de recurso de apelación la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo num.3 de Pontevedra con fecha 11 de Junio de 2001 sobre derechos fundamentales y que desestimó el recurso interpuesto por Cear Euskadi Comisión de Ayuda al Refugiado, contra la Subdelegación de Gobierno en Pontevedra en relación con su actuación con motivo de la llegada a Vigo el 24/6/09 del buque noruego "Virana" con dos polizones de nacionalidad ghanesa a bordo.

El recurso de apelación se fundamenta en los siguientes motivos:

a) Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art.24 CE así como del derecho a la asistencia letrada gratuita ya que se ha conculcado el art.22 de la Ley de Extranjería en cuanto reconoce tal derecho a los extranjeros que pretendan entrar en España o se aplique su retorno en frontera, o se les prohíba la entrada. Tal derecho puede ejercerse ante vías de hecho o actuaciones al margen de expedientes administrativos formales, y no resultaría vinculante la Instrucción conjunta de la Dirección General de Política Interior y Dirección General de Inmigración sobre tratamiento de polizones extranjeros, de fecha 28/11/07. Se insistió en que al desconocer sus posibilidades los polizones, no manifestaron su deseo lógico de entrar en España.

b) Vulneración del derecho a la integridad física porque las pruebas de determinación de edad fueron erróneas, sin que se tomase en cuenta el margen de error por el forense.

Por la Abogacía del Estado se formuló oposición al recurso de apelación y se adujo que no se ha vulnerado el art.24 de la Constitución ni el art.22.1 de la Ley de Extranjería ya que los polizones no se encontraban en España sino en buque de nacionalidad noruega y no manifestaron su intención de entrar en territorio español, sin haberse incoado procedimiento administrativo alguno. Tampoco se lesionó el derecho a la integridad física pues se les dispensó el trato de menores hasta que el médico forense determinó su edad en 19 años o superior, con lo que estamos ante un examen médico fiable y con garantías.

SEGUNDO. - En primer lugar, hemos de determinar si se ha vulnerado o no el derecho a la tutela judicial efectiva del art 24.2 de la CE en la actuación llevada a cabo por la administración en los hechos objeto del procedimiento que nos ocupa, al haber optado la parte recurrente por el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales previsto en los arts. 114 y siguientes de la ley

29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, sin poder hacer pronunciamiento sobre vulneración de la legalidad ordinaria.

El derecho constitucional vulnerado por la actuación administrativa, lo señalaba la actora en el art 24.2 de la CE, y concretamente en que se detuvo a los polizones extranjeros y se les reintegró al buque sin asistencia letrada.

El art 24.2 de la CE establece: "Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia".

De su tenor, es evidente que las vulneraciones⁰ denunciadas, no tienen cabida en el citado precepto, el cual solo cabe aplicarlo al proceso jurisdiccional, ya que según la jurisprudencia (STS 23 de diciembre de 1991) la propia naturaleza del derecho a la tutela judicial efectiva supone que su violación haya de ser cometida en el previo procedimiento judicial, es decir, por el órgano jurisdiccional, y no por el órgano administrativo, pues las infracciones de trámite en el procedimiento administrativo, salvo que cerrasen el acceso a la vía judicial, tienen las consecuencias previstas en la Ley 30/1992, y para su revisión judicial resulta adecuado el cauce ordinario del recurso contencioso-administrativo.

El propio Tribunal Constitucional, en STC de 17 de mayo de 1985 y ATC de 14 de enero de 1987, ha señalado que las exigencias del artículo 24 CE no son trasladables a todo procedimiento administrativo, salvo que tenga naturaleza sancionadora, y en el caso de la devolución ante quienes pretenden entrar ilegalmente en el país, no tiene naturaleza sancionadora (así consulta 1/2001 de la fiscalía General del Estado, de 9 de mayo, sobre retorno de extranjeros que pretenden entrar ilegalmente en España). De ahí que lo relevante en orden a descartar la vulneración del derecho fundamental invocado no es si existió o no procedimiento administrativo sino si existió o no una actuación materialmente sancionadora, lo que no es el caso.

TERCERO.- Ahora bien, la demanda hace hincapié en la perspectiva de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con la Ley Orgánica de Extranjería en cuanto su artículo 22.2 reconoce el derecho a la asistencia jurídica gratuita a los extranjeros: 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.

Así pues, si bien dicho precepto impone que los extranjeros se hallen en España, y pese a ser incontrovertido que estaban a bordo de un buque noruego, no es menos cierto que el capitán cumplió con las obligaciones que le impone la Ley de Puertos del Estado de puesta a disposición de las autoridades policiales del puerto de Vigo, con lo que no puede oponerse este escollo - la estancia en buque extranjero- al ejercicio del derecho.

Por otra parte, la sentencia apelada se apoya en la Instrucción conjunta de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, la Dirección General de Política Interior y la Dirección General de Inmigración de 28 de Noviembre de 2007, sobre tratamiento de Polizones Extranjeros que señala "tan pronto como el polizón extranjero manifieste su intención de solicitar la entrada en territorio español, pudiendo producirse una situación de denegación de entrada, medida de devolución o expulsión, se le facilitará la asistencia jurídica, en su caso gratuita, según lo establecido en el artículo 22 de la LO 4/2000". Resulta relevante dicha Instrucción, cuya existencia y términos no son negados por la Abogacía del Estado que además hace hincapié en su oposición a la apelación, en que "en ningún momento los polizones manifestaron su intención de querer entrar, quedarse en España". Así pues, tal Instrucción constituye un acto propio de la Administración sobre el criterio que aplica en la materia, que resulta congruente con el alcance del derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Para el juzgador de instancia, al haberse documentado la entrevista con los polizones y no constatarse la voluntad expresa de entrar en territorio español, no procedía brindar la asistencia gratuita. Pues bien, en este punto hemos de discrepar de la tesis de la sentencia apelada, ya que cuando está en juego un derecho fundamental, como es el derecho a la asistencia jurídica gratuita que deriva del art.24.2 CE en los términos del art.22.1 de la LO Extranjería, no caben presunciones ni formalismos extremos. En efecto, basta leer las Actas levantadas por funcionarios de la Dirección General de la Policía y la Guardia Civil el 24 de Junio de 2009 a los polizones para percatarse de que ni se les preguntó abiertamente si deseaban entrar o permanecer en España, ni si precisaban asistencia jurídica gratuita, y siendo en cambio plenamente congruente con las penosas circunstancias del caso, interpretar que los polizones deseaban la estancia en España cuando aluden a que "no desea volver a Ghana" y que "desea hacer trabajos manuales"(folio 14 expte.).

En suma, el formulario ritual de preguntas aplicado por la Administración a los polizones sin preguntarle directamente si deseaban estar en España o disfrutar de la asistencia jurídica gratuita no se ajusta a la efectividad y facilidad que debe imperar en el ejercicio del derecho a asistencia jurídica gratuita. Por su parentesco con el caso debatido (aunque se refiere a un supuesto de asilo) procede traer a colación el criterio fijado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de Octubre de 2008 (rec. 1135/2005), que afirmó: "Situados en la perspectiva que resulta de este marco

normativo, hemos de concluir que la deficiente información de derechos que se hizo al interesado, y más concretamente la falta de información sobre la posibilidad de recabar la asistencia letrada de un Abogado de oficio (sobre lo cual el impreso que la Administración utiliza es claramente defectuoso), derivó en una situación real y efectiva de indefensión para él, con trascendencia invalidante de las actuaciones administrativas que culminaron en la resolución impugnada".

Por tanto, tratándose de un procedimiento materialmente administrativo (aunque no sancionador pues conduce a la devolución de los polizones), y que coloca a los afectados en una especie de vía de hecho de su retorno, la infracción cometida provocó una situación de indefensión real al cerrarles el acceso a la vía judicial.

Y por tanto, procede la estimación del recurso en este particular, revocando la sentencia apelada, y declarando la lesión del derecho fundamental de los polizones de referencia en cuanto se les privó de la aludida asistencia jurídica gratuita.

CUARTO.- En cuanto a la vulneración de la integridad física de los supuestos menores, no se aprecia en modo alguno ya que ha intervenido un forense con arreglo a técnicas usuales y ha emitido su dictamen contundente sobre la edad superior a 19 años, sin que la mera conjetura del apelante sobre la edad de los polizontes resulte atendible.

Rechazamos la tesis del apelante de la conveniencia de efectuar exploraciones complementarias para una más exacta determinación cronológica de la edad, sin que resulten jurídicamente impuestas técnicas más avanzadas. Por otra parte, no puede operar una suerte de "presunción de minoría de edad", ya que, por un lado, la mayoría de edad viene amparada en la prueba del informe del Forense con apoyo en los informes del Servicio de Radiología del Complejo Hospitalario Universitario de Vigo (folios 24 a 27); y por otro lado, no puede favorecer la posible incertidumbre a quienes, como los recurrentes, no presentaron ningún tipo de documentación, que podría aclarar la cuestión. En consecuencia, habiéndose probado su mayoría de edad, con arreglo a técnicas objetivas y fiables, no procedía acogimiento y tutela por la Xunta de Galicia, con lo que ninguna lesión a sus derechos o integridad física se ocasionó.

Y por tanto, no procede rectificar la sentencia apelada en este particular, con la consiguiente desestimación de la pretensión adicional vertida en la demanda relativa a la realización de gestiones efectivas para la localización de los dos polizontes para su devolución a España y proseguir los trámites de tutela propia de los menores (ya que insistimos, tal condición no ha sido cabalmente probada).

QUINTO.- Al declararse haber lugar al presente recurso de apelación no procede hacer condena en costas (artículo 139-2 de la Ley 29/98) ni hay razones que aconsejen hacerla respecto de las de instancia.

VISTOS los preceptos de general aplicación,

FALLAMOS: ESTIMAR EL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR LA COMISIÓN ESPAÑOLA DE AYUDA AL REFUGIADO CEAR EUSKADI, CONTRA LA SENTENCIA DICTADA POR EL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO NUM. 3 DE PONTEVEDRA CON FECHA 11 DE JUNIO DE 2001 SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES Y QUE DESESTIMÓ EL RECURSO INTERPUESTO POR AQUÉLLA CONTRA LA SUBDELEGACIÓN DE GOBIERNO EN PONTEVEDRA EN RELACIÓN CON SU ACTUACIÓN CON MOTIVO DE LA LLEGADA A VIGO EL 24/6/09 DEL BUQUE NORUEGO "VIRANA" CON DOS POLIZONES DE NACIONALIDAD GHANESA A BORDO.

DECLARAR VULNERADO EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN RELACIÓN CON EL DERECHO A LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA, PREVISTO EN EL ART. 22.1 DE LA LEY ORGÁNICA DE EXTRANJERÍA RESPECTO DE D. ,, ASÍ COMO DE

DESESTIMAR LA PRETENSIÓN RELATIVA A LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y MORAL DE LOS MENORES, ASÍ COMO LAS RESTANTES PRETENSIONES CONEXAS.

SIN COSTAS.

Notifíquese a las partes, haciéndoles saber que la misma es firme, y que contra ella las personas y entidades a que se refiere el art. 100 de la Ley 29/1998, de 13 julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, podrán interponer el recurso de casación en interés de Ley del artículo citado, dentro del plazo de los tres meses siguientes a su notificación. Asimismo, podrán interponer contra ella cualquier otro recurso que estimen adecuado a la defensa de sus intereses. Para admitir a trámite el recurso, al interponerse deberá constituirse en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Tribunal (1570-0000-85-0675-10), el depósito al que se refiere la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre (BOE núm. 266 de 4/11/09); y, en su momento, devuélvase el expediente administrativo a su procedencia, con certificación de esta resolución.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- La sentencia anterior ha sido leída y publicada el mismo día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente D. JOSÉ RAMÓN CHAVES GARCÍA al estar celebrando audiencia pública la Sección 001 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Doy fe. A CORUÑA, veinticinco de mayo de dos mil once.