

**AUDIENCIA PROVINCIAL MALAGA
SECCION PRIMERA**

JUZGADO DE INSTRUC. NUM. 9 MALAGA
DILIGENCIAS PREVIAS NUM. 4049/2016
ROLLO DE SALA NUM. 1095/2016

AUTO N° 1109/16

ILTMOS. SRES.
PRESIDENTE
DON JOSE GODINO IZQUIERDO

MAGISTRADAS
DÑA. AURORA SANTOS GARCIA DE LEON
DÑA. CARMEN PILAR CARACUEL RAYA

En la ciudad de Málaga, a 30 de diciembre de 2016

ANTECEDENTES DE HECHO

UNICO: Con fecha 15 de diciembre de 2016, el Juzgado de Instrucción número 9 de Málaga, dictó Auto en las actuaciones arriba referenciadas, acordando el internamiento de D. ++++++ natural de Camerún por un plazo máximo de 60 días, en el Centro de Internamiento de Tarifa, a disposición de ese juzgado, al concurrir todos los presupuestos para acordar la medida de internamiento interesada, en tanto que el ciudadano extranjero referido carece de permiso de residencia o de cualquier otro documento que justifique su situación legal en territorio español, no ha justificado en este estado del procedimiento la existencia de domicilio estable alguno, consta igualmente según el contenido

del oficio presentado por la Policía como ha entrado en España de forma irregular, en concreto a bordo de una embarcación patera, sin que se haya acreditado la existencia de arraigo alguno; habiéndose acreditado igualmente que el internado tiene una edad de al menos 18 años, de acuerdo con las pruebas radiológicas realizadas, y el informe del médico forense.

La anterior resolución fue recurrida en apelación por la Letrada Dña. Marta Bulnes, en nombre y representación del internado, alegando en primer lugar, nulidad de actuaciones, al haberse solicitado del MF que se cumpliera el Protocolo de menores, de conformidad con el artículo 35 de la Ley de Extranjería, habiéndolo manifestado en sede judicial en la declaración de su patrocinado, que segura tener 15 años y que su fecha de nacimiento es de 2001, no habiendo Decreto del MF, no quedando acreditado que su patrocinado fuera mayor de edad por la simple prueba ósea; el MF ni siquiera requirió que el menor fuera sometido a las pruebas médicas necesarias para determinar su edad y consideró que era mayor de edad, aunque posteriormente la propia Médico Forense confirma no poder determinar su edad. Con la clara posibilidad de que el interesado fuera menor de edad, no se ha mantenido el criterio in dubio pro reo, in dubio pro extranjero e in dubio pro menor; en nuestro ordenamiento, en los supuestos que no consta la edad cronológica de un individuo, establece que la autoridad competente para la determinación de la edad, habrá de solicitar el auxilio de la ciencia médica para que, a través de la realización de las pruebas necesarias “estime” la edad biológica de éste; los criterios y protocolos a seguir en el caso de duda de la edad de los menores es que el individuo debería ser tratado siempre como un menor, esto incluye, facilitarle un tutor, alojamiento adecuado y la prohibición de detenerlo; dada la inviabilidad de la devolución de su patrocinado, razón por la cual carece por completo de sentido el internamiento del mismo y conculca los derechos fundamentales del mismo, reconocidos en nuestra carta magna, al estar privándose de libertad injustificadamente y con el único fin de llevar a efecto una medida imposible de lograr; desproporción de la medida impuesta y su naturaleza excepcional; la improcedencia absoluta del internamiento en el Centro de Tarifa, que no ha sido creado por ninguna orden ministerial y por último la Circular de la Dirección General de la Policía, en el caso de ciudadanos procedentes del Africa

subsahariana, recomienda no solicitar el internamiento y en caso de duda, recabar informe de la unidad central de expulsiones y repatriaciones de la comisaría general de extranjería y fronteras, lo que no se ha hecho; solicitando en definitiva, la nulidad de las actuaciones y revocación de la resolución impugnada, y subsidiariamente, en base a las alegaciones señaladas, que se decrete la inmediata libertad de su representado.

El Ministerio Fiscal solicitó la desestimación del recurso, toda vez que resulta acomodada a la legislación en materia de extranjería esa devolución, pudiendo acordarse el internamiento del extranjero en las circunstancias concretas que concurren en el presente supuesto; en cuanto a las complicaciones que puedan existir para que el país de origen le documente, son ciertas, más esas dificultades no significan imposibilidad de que se lleve a cabo durante el plazo del internamiento, habrá que dejar que la autoridad gubernativa desarrolle las actividades tendentes a ello, sin rendirse antes de que las acometa; y en cuanto a la supuesta minoría de edad, se han desarrollado las pruebas médicas de rigor, de las que se extrae que es mayor de edad; la carencia de documentación, que a él sería a quien compete aportarla, no puede constituirse en obstáculo para reputarlo como tal; solicitando en definitiva la confirmación de la resolución dictada.

Seguidamente se elevaron las Diligencias a esta Sala, se incoó el presente rollo, se designó Ponente la Ilma Sra. Doña Aurora Santos García de León, y en el día de hoy se deliberó la presente resolución.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

UNICO: La Sala comparte la resolución recurrida en cuanto a la idoneidad y necesidad de la medida adoptada, pues efectivamente el afectado por la medida no ha acreditado en ningún momento arraigo alguno en nuestro país, careciendo de familiares, domicilio o empleo, habiendo sido hallado en una “patera” junto a otras personas, intentando acceder ilegalmente a nuestro país; la instructora ha expresado las circunstancias del hecho, cómo y dónde

exactamente fue encontrado el interno y las circunstancias personales del mismo, al igual que las referidas a la mayoría de edad del mismo, habiéndose practicado tal como señala la resolución judicial y el informe del MF, las pruebas médicas pertinentes, no solo el informe médico forense al que se refiere la apelante, sino las realizadas en el Hospital Materno Infantil; y solo cabe añadir que el médico forense señala en su informe que no puede determinarse la edad concreta, pero no que no sea mayor de edad, pues señala expresamente que “Con la exploración realizada solo puede concluirse que el individuo presenta una edad compatible con la edad ósea que consta en el informe radiológico aportado, sin poder determinar con mayor precisión la edad”.

El auto dictado está suficientemente motivado y da cumplida respuesta a los criterios jurisprudenciales y constitucionales, informando cumplidamente al interesado de las razones y motivos por los que se acuerda su internamiento, en tanto en cuanto se lleva a cabo la devolución a su país de origen.

Por último, hemos de señalar que prácticamente todas las cuestiones planteadas por el recurrente, referidas a la idoneidad del centro en donde ha sido internado su representado han de ser esgrimidas y alegadas en la vía contencioso administrativa en su caso, siendo lo cierto que en el presente caso, lo que realmente se debate es si existen o no motivos que justifique el internamiento del ciudadano extranjero, en atención a su falta de arraigo en nuestro país y a su disponibilidad para que pueda ejecutarse en su caso, la devolución o expulsión del mismo; y de otro lado, la expulsión o devolución del extranjero, no es objeto de esta resolución, pues se trata de constatar si existe o no riesgo de que el no nacional se encuentre a disposición de las autoridades de extranjería para poder materializar la resolución administrativa, deberán ser alegadas y puestas de manifiesto en la jurisdicción competente, es decir, en la contencioso administrativa.

Dicho lo anterior, la Sala considera que el plazo máximo establecido resulta desproporcionado y excesivo, pues si en un plazo razonable no es posible la

expulsión o devolución del extranjero a su país de origen, parece obvio que no podrá serlo pese a que se amplíe el plazo legalmente establecido como máximo, razón por la cual, la Sala considera más adecuado fijar como máximo de internamiento el de 40 días, debiendo procederse al finalizar este plazo a poner en libertad al mismo, de forma inmediata, si es que no ha sido posible su devolución.

De acuerdo con cuanto antecede, ha procederse a estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto, en el sentido señalado, al ser la resolución dictada ajustada a derecho, con base a sus propios fundamentos, debidamente motivada, declarando de oficio las costas procesales causadas.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación.

LA SALA ACUERDA

Que debía **estimar parcialmente el recurso de apelación** interpuesto por la representación procesal de D. ++++++ contra el auto de fecha 15 de diciembre de 2016 confirmando parcialmente el mismo por sus propios fundamentos y por ser ajustado a Derecho, reduciéndose el plazo del internamiento a un máximo de 40 días.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno.

Devuélvase la causa al Juzgado remitente con testimonio de esta resolución, para su notificación y cumplimiento.

Así lo acordó la Sala y firman los Illmos. Sres. Magistrados expresados al margen superior.