

██████████, ██████████ y ██████████ impugnada en el procedimiento principal.

SEGUNDO.- El 16 de agosto de dictó auto en el que se acordaba in audita parte por razones de urgencia la suspensión de la repatriación al Reino de Marruecos de 9 de los 12 menores antes referidos.

Mediante Diligencia de Ordenación se dio traslado a las partes para que en un plazo de tres días alegaran lo que estimaran oportuno en relación a la modificación, confirmación o levantamiento de la medida adoptada.

El Ministerio Fiscal instó el mantenimiento de la medida cautelarísima acordada; mientras que la Abogacía del Estado en nombre de Delegación de Gobierno de Ceuta solicitó su levantamiento.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Con carácter previo a resolver sobre la procedencia de la medida cautelar interesada en su día; parece necesario aclarar que no se dio traslado a las partes para que recurrieran el auto dictado el 16 de agosto de 2020, toda vez que éste no es recurrible.

El trámite seguido en relación a las medidas cautelarísimas y que está expresamente regulado en el artículo 135 de la LJCA, tiene como única finalidad que las partes se pronuncien sobre las circunstancias que permitirían la modificación, alzamiento o mantenimiento de la medida cautelar ya adoptada. Por tanto, las opiniones vertidas sobre el contenido del auto de 16 de agosto, si bien podrían ser pertinentes al interponer cualquiera de los recursos admitidos

en nuestro ordenamiento jurídico; carecen de relevancia jurídica en la fase procesal en la que nos encontramos.

En consecuencia, las alegaciones relativas a la falta de motivación suficiente de la resolución adoptada no deben ser examinadas, por cuanto que no es coincidente con el objeto del presente auto.

SEGUNDO.- El artículo 135 de la LJCA indica que tras la adopción del auto de medidas cautelarísimas debe darse traslado a las partes o convocarlas para que en un plazo de tres días aleguen lo que estimen oportuno sobre el mantenimiento, levantamiento o modificación de la medida adoptada.

Notese que el referido precepto hace referencia "a las partes" del procedimiento; no a todos aquellos que pudieran tener interés en el procedimiento. Por lo que, a tenor de lo alegado por Delegación de Gobierno de Ceuta resulta necesario identificar a estas partes.

Las medidas cautelares se instaron en el cauce de un procedimiento especial regulado en el artículo 114 y siguientes de la LJCA, iniciado por la parte actora poniendo de relieve la adopción por parte de Delegación de Gobierno de una conducta que vulneraba los derechos y libertades reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo de la Constitución de doce menores, solicitando su cese.

La conducta ilícita imputada por la parte actora se atribuye, exclusivamente a la Delgación de Gobierno; por cuanto el artículo 191 del Reglamento de Extranjería 557/2011, atribuye de forma expresa a dichos organismo la competencia para llevar a cabo los trámites relativos a la repatriación de

un menor extranjero no acompañado. Por tanto, como parte demandada tan solo puede considerarse a dicha Administración; dejando a un lado el Ministerio Fiscal cuya intervención es preceptiva en los procedimientos que versen sobre la defensa de derechos fundamentales y que afecten a los intereses de menores.

Esta es la razón por la que no se haya dado audiencia a la Ciudad Autónoma de Ceuta en el procedimiento de medidas cautelares en la que nos encontramos y que no sea procedente realizar dicha gestión con carácter previo a resolver sobre las medidas cautelares interesadas.

TERCERO.- Las medidas cautelares tienen como finalidad asegurar la eficacia de la resolución que ponga fin al proceso, evitando que el trascurso del tiempo pueda poner en peligro el cumplimiento de la resolución de terminación del mismo, como expresa el artículo 129 de la LJCA.

Para que sea procedente su adopción de una medida cautelar es necesario que concurren dos circunstancias; una primera tradicionalmente denominada como "*apariencia de buen derecho o fumus boni iuris*" que es la existencia de datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar por parte del Tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio indiciario y provisional favorables al fundamento de la pretensión; y una segunda que es el "*periculum in mora*",; la existencia de circunstancias producidas durante la pendencia del proceso, que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria.

Como punto de partida debe concretarse que el Acuerdo suscrito por España y Marruecos el 6 de marzo de 2007, no es un tratado internacional y por tanto no le resulta de

aplicación el artículo 29 de la Ley 25/2014; sino un acuerdo internacional no normativo, definido en el artículo 2 de la Ley 25/ 2014 , esto es un acuerdo de carácter internacional no constitutivo de tratado ni de acuerdo internacional administrativo, que contiene una declaración de intenciones o establece compromisos de actuación de contenido político, técnico o logístico, no constituyendo fuente de obligaciones internacionales, ni se rige por el derecho internacional.

Así, el acuerdo de 6 de marzo de 2007 tan solo contiene una declaración de intenciones por los Estados contratantes para cooperar en materia de prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, y en el retorno de dichos menores.

Para lograr dicha finalidad las autoridades españolas se comprometieron a cumplir con una serie de obligaciones, entre otras facilitar información a las autoridades marroquíes y a proteger a los menores, conforme a la Convención de Derechos del Niños, la legislación nacional y la de las Comunidades Autónomas.

Específicamente y en materia de retorno artículo 5 del referido Acuerdo indica " *Las autoridades competentes españolas, de oficio o a propuesta de la entidad pública que ejerza la tutela sobre el menor, resolverán acerca del retorno a su país de origen, con observancia estricta de la legislación española, las normas y principios del derecho internacional y de lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño*".

Dicho artículo obliga a acatar nuestro ordenamiento jurídico y las normas de derecho internacional, concretamente la Convención sobre los Derechos del Niños para proceder a la repatriación de los menores.

Por lo tanto, únicamente es posible llevar a cabo dicha repatriación si ésta se realiza con absoluto respeto a nuestro ordenamiento jurídico.

Pues bien, nuestra legislación, específicamente el artículo 35 de la Ley de Extranjería y artículos 189 a 198 del Reglamento 557/2011; impone a la Delegación de Gobierno iniciar un procedimiento con la finalidad de determinar las concretas circunstancias de cada uno de los menores, con preceptivo traslado al órgano tutelador, al Ministerio Fiscal y al propio menor a fin de que puedan alegar lo que estime oportuno sobre la idoneidad de su repatriación; finalizando dicho procedimiento con la emisión de una resolución administrativa motivada, en la que el órgano competente, que conforme el artículo 191 del Reglamento de extranjería es la Delegación del Gobierno, decida sobre la repatriación del menor.

Asimismo, el artículo 9 de la Ley 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, que se adoptó en cumplimiento de las la convención de Derechos del Niños de Naciones Unidas del 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 otorga a todo menor, independientemente de su situación legal, el derecho a ser oído tanto en procesos judiciales como administrativos.

No consta que se haya cumplido con ninguno los preceptivos trámites. No se ha aportado información alguna de los menores afectados que permitan conocer los datos que han determinado su repatriación; no consta que se haya comunicado el inicio del proceso de repatriación ni a los menores; ni a la Ciudad Autónoma pese a asumir ésta la guarda de los menores; ni al Ministerio Fiscal, sin que en modo alguno pueda entenderse que se cumple con los trámites exigidos la mera remisión a

Fiscalía del listado de menores que ese mismo día se van a repatriar; y tampoco se ha aportado la resolución motivada susceptible de ser recurrible.

Uno de los principios esenciales de nuestro ordenamiento es que las leyes deben cumplirse en sus propios términos. Ello implicar que todos, incluidas las Administraciones, tienen la obligación de las normas vigentes, sin realizar excepciones no contempladas expresamente en el propio texto normativo. En el presente caso, la legislación española no introduce excepción alguna en la tramitación del procedimiento antes referido, por lo que no puede tomarse en consideración el número de menores que hay en Ceuta con motivo de la situación generada el 17 de mayo para justificar el incumplimiento de las disposiciones legales.

El incumplimiento de estos trámites que están expresamente recogidos en nuestro ordenamiento jurídico, generan indefensión en los menores que han sido privados de la posibilidad de formular alegaciones o proponer prueba; de conocer los concretos datos tenidos en cuenta para adoptar tal decisión; y de poder accionar los recursos establecidos para dejar sin efecto la resolución.

De lo referido se infiere que existen datos bastantes para entender, sin prejuzgar el fondo del asunto, que se podría haber producido una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, derecho fundamental recogido en el artículo 24 de CE; que es lo que se plantea en la demanda interesada y por tanto que podría dictarse una sentencia estimatoria de la pretensión ejercida en el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona ya iniciado por la parte actora.

CUARTO.- El segundo de los requisitos exigidos, el denominado *peliculum in mora* se cumple en el presente caso.

Nos encontramos ante diversos procedimientos de repatriación de menores que se iban a producir de forma inmediata y que en la actualidad se encuentran suspendidos en cumplimiento del auto de 16 de mayo.

De levantarse dicha medida se estaría permitiendo la repatriación de los mismos; por lo que de dictarse sentencia estimatoria de la pretensión de la parte actora, ésta sería absolutamente ineficaz al haberse ejecutado una decisión administrativa vulneradora de un derecho fundamental, sin lograrse el amparo pretendido al encontrarse el menor en Marruecos.

Vistos los preceptos citados y demás de pertinente y general aplicación

PARTE DISPOSITIVA

Mantengo la medida cautelar urgente interesada por Dña. Patricia Fernández Vicens en nombre y representación de a Asociación Coordinadora de Barrios para el Seguimiento de Menores y jóvenes y Dña. Paloma García de Viedma Alonso en nombre y representación de Fundación Raíces acordada el 16 de agosto, manteniendo la suspensión de la actuación material dirigida a repatriar a los menores no acompañados que aún no han sido devueltos a Marruecos, esto es [REDACTED]; [REDACTED]; [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], permaneciendo bajo la protección de la Ciudad Autónoma.



Notifíquese la presente resolución a las partes, indicando que contra la misma cabe interponer recurso de apelación en un solo efecto.

Llévese el original de esta resolución al libro correspondiente, quedando en los autos testimonio de la misma.