



**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA AUDIENCIA
NACIONAL. SECCION 5
PROCEDIMIENTO DERECHOS FUNDAMENTALES N. 1/21
MF. 695/21**

El Fiscal, habiéndosele dictado Decreto de 14-9-201, informa que procede la admisibilidad del recurso contencioso administrativo interpuesto, y que la competencia objetiva y territorial para conocer del mismo corresponde a los Juzgados de lo Contencioso Administrativo de Ceuta; y ello habida cuenta lo que se expone a continuación.

ANTECEDENTES

1. Objeto procesal.

La Asociación Red Española de Inmigración y Ayuda al Refugiado, por la modalidad procesal "Procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona" (art. 114 y ss. LJCA), interpone recurso contencioso administrativo, impugnando la actuación administrativa de la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior, de 10 de agosto de 2021, sin firma, relativa al retorno de menores al Reino de Marruecos, en ejecución de las previsiones del art. 5 del Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre la cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y su retorno concertado, hecho en Rabat el 6 de marzo de 2007. («BOE» núm. 70, de 22 de marzo de 2013).

El escrito de interposición ampara el recurso contencioso administrativo, entre otros, en el 32.2 LJCA, que se refiere a las actuaciones materiales constitutivas de vía de hecho.

Alega vulneración del derecho fundamental a la Tutela Judicial Efectiva (art. 24 CE).

Formula las siguientes pretensiones: "*declare contraria a Derecho la referida Instrucción, que se ordene el cese de dicha actuación derivada de la Instrucción por parte de la Delegación del Gobierno en Ceuta y que se adopten, en su caso, las demás medidas previstas en el artículo 31.2 respecto de la situación individualizada de todos y cada uno de los Menores no Acompañados que estén bajo la tutela de la Delegación del Gobierno en Ceuta, bien de forma directa o a través de asociaciones o fundaciones sin ánimo de lucro a los que se haya cedido dicha tutela*".

2. Actuaciones administrativas. Expediente administrativo.

En el expediente administrativo remitido consta:



1. Correo electrónico de 10-8-2021 (13'48 hs), remitido por la Secretaría de Gobierno de la Delegación del Gobierno en Ceuta a la Secretaría de Estado de Seguridad, adjuntando escrito de solicitud de repatriación de menores recibido de la Ciudad Autónoma de Ceuta

El documento adjunto contiene un escrito de fecha 10-8-2021, firmado y remitido por la Vicepresidenta Primera de la Ciudad Autónoma de Ceuta, a la Delegación del Gobierno en Ceuta, refiriendo remitir un listado global con las filiaciones, realizadas por el Cuerpo Nacional de Policía a menores extranjeros no acompañados, que acudieron masivamente a la Ciudad en los días 17 y 18 de mayo.

Expone seguidamente la situación de dificultad causada por el desbordamiento y por la vulnerabilidad del colectivo de menores, rogando se den las instrucciones pertinentes para la realización de pruebas de determinación de edad; así como reiterando y solicitando la aplicación del Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre la cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y su retorno concertado, hecho en Rabat el 6 de marzo de 2007 (BOE num.70 de 22 de marzo de 2013).

Y terminando con su *"disposición para ofrecer cualquier otra información que precisen, con el objeto de dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 35.1 y 5 de LO 4/2000, de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y artículo 191 y ss. del RD 557/2011 de 20 de abril por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 4/2000."*

2. Correo electrónico de 10-8-2021 (14'15 hs), remitido por la Secretaría de Estado de Seguridad a Delegación del Gobierno en Ceuta, respondiendo y remitiendo acuerdo adjunto sobre repatriación de menores; añadiendo que *"Dada la importancia de este asunto, se insta se proceda a cumplir lo previsto en el escrito desde hoy mismo"*.

El documento adjunto fechado en Madrid el 10-8-2021 y sin firma, contiene lo siguiente:

"Habiéndose recibido escrito de la Delegación del Gobierno en Ceuta, que a su vez nos da traslado del escrito de la Vicepresidencia Primera del Gobierno de Ceuta, rogamos se proceda a ejecutar las previsiones recogidas en el artículo 5 del Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre la cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y su retorno concertado, hecho en Rabat el 6 de marzo de 2007."



En base a ello, y por indicación del Ministro del Interior, se ruega se proceda a efectuar el retorno de los menores al Reino de Marruecos, respetando en todo momento sus intereses y derechos. Todo ello con el fin último de garantizar en cada caso las condiciones de reunificación familiar efectiva del menor o su entrega a cargo de una institución de tutela.

En este sentido, el Reino de Marruecos se compromete a velar por los intereses de los menores, contando en todo momento con la protección otorgada por los responsables locales que supervisan el centro de menores de Martil, cercano a Tetuán. El Reino de Marruecos garantizará los derechos de los menores hasta que sean entregados a sus padres lo antes posible, y en el caso de no existir padres, L'Entraide Nationale se hará cargo de los menores.

Por otra parte, el Cuerpo Nacional de Policía cuenta con las instrucciones y mecanismos necesarios para colaborar y facilitar el proceso, protegiendo siempre los intereses de los menores implicados”.

3. Correo electrónico de fecha 12-8-2021 (18'33 hs), remitido por la Secretaría de Estado de Seguridad al correo electrónico individual del Fiscal de Sala Jefe de la Secretaría Técnica de la FGE, adjuntando un documento, “para su conocimiento y a efectos oportunos”.

El documento adjunto fechado en Madrid el 12-8-2021 y sin firma, contiene lo siguiente:

“Para su conocimiento y a los efectos oportunos, se comunica lo siguiente:

Como consecuencia de las entradas de personas procedentes de Marruecos que se produjeron en Ceuta los pasados 17 y 18 de mayo, incluyendo menores no acompañados, se ha hecho necesario implementar medidas que busquen garantizar la efectiva protección y tutela de sus derechos e intereses, así como el retorno de dichos menores a Marruecos siempre que ello sea aconsejable tras haber analizado sus circunstancias personales.

En base a ello, desde el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Ceuta se ha venido solicitando la aplicación del Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre la cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y su retorno concertado, hecho en Rabat el 6 de marzo de 2007.

En estos términos se dirigió su último escrito del pasado 10 de agosto, dirigido a la Delegación del Gobierno en Ceuta, la cual lo remitió a esta Secretaría de Estado el mismo día 10 de agosto.

Como consecuencia de ello, y por indicación del Ministro del Interior, desde esta Secretaría de Estado, con fecha 10 de agosto se dictó un escrito rogando se procediera a efectuar el retorno de los menores al Reino de Marruecos,



respetando en todo momento sus intereses y derechos. Todo ello con el fin último de garantizar en cada caso las condiciones de reunificación familiar efectiva del menor o su entrega a cargo de una institución de tutela.

En este sentido, el Reino de Marruecos se ha comprometido a velar por los intereses de los menores, contando en todo momento con la protección otorgada por los responsables locales que supervisan el centro de menores de Martil, cercano a Tetuán. El Reino de Marruecos garantizará los derechos de los menores hasta que sean entregados a sus padres lo antes posible, y en el caso de no existir padres, L'Entraide Nationale se hará cargo de los menores.

Por otra parte, el Cuerpo Nacional de Policía cuenta con las instrucciones y mecanismos necesarios para colaborar y facilitar el proceso, protegiendo siempre los intereses de los menores implicados.

En el día de ayer, 11 de agosto, se produjo una reunión entre representantes del Reino de España y representantes del Reino de Marruecos. En concreto, la representación española estuvo formada por el Jefe de Gabinete de la Delegada del Gobierno en Ceuta, la Vicepresidenta primera del Gobierno de Ceuta y la responsable del área de menores del Gobierno de Ceuta. Por parte marroquí acudieron un representante de la prefectura, en concreto el Jefe de Gabinete del Wali, y un representante de L'Entraide Nationale.

El Reino de Marruecos, confiando en que en la propia tarde de ayer se producirían los primeros retornos de menores, desplegó más de 20 efectivos en la frontera preparados para recibirlos, si bien finalmente tal traslado no se produjo.

En cualquier caso, el retorno de los menores a Marruecos se realizará siempre buscando garantizar y respetar sus derechos e intereses, y tras haber efectuado un análisis exhaustivo de sus circunstancias personales, asegurando que en ningún caso será devuelto a Marruecos ningún menor vulnerable o con circunstancias personales o familiares que desaconsejen tal retorno”.

4.1 Correo electrónico de 12-8-2021 (19'05 hs), remitido por la Delegación del Gobierno en Ceuta a la Secretaria de Estado de Seguridad, reenviando correo remitido por la Vicepresidencia de la Ciudad Autónoma de Ceuta y adjuntando listado de 15 menores extranjeros no acompañados, identificados, 8 con NIE y 7 sin documentación, y edad 17 años; que *“abandonan el recurso asistencial provisional albergados en el Pabellón Deportivo Sta. Amelia, en Ceuta, a 12 de agosto de 2021, siendo las 18'00 hs.”*

4.2. Correo electrónico de 13-8-2021 (09'15 hs), remitido por la Delegación del Gobierno en Ceuta a la Secretaria de Estado de Seguridad, reenviando correo remitido por la Vicepresidencia de la Ciudad Autónoma de Ceuta y adjuntando listado restante de 145 menores extranjeros no acompañados, identificados, 8



con NIE y el resto sin documentación, con edades comprendidas entre los 13 y los 17 años.

5.1 Correo electrónico de fecha 13-8-2021 (9'17 hs), remitido por la Secretaría de Estado de Seguridad al correo electrónico individual del Fiscal de Sala Jefe de la Secretaría Técnica de la FGE, adjuntando documento con *"primer listado de menores que serán devueltos a Marruecos, para su conocimiento y efectos oportunos"*.

El listado de 15 menores coincide con el obrante en el apartado 4.1 del expediente administrativo.

5.2. Correo electrónico de 13-8-2201 (10'41 hs), remitido por la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado, a la Secretaría de Estado de Seguridad, adjuntando documento de acuse de recibo de sus comunicaciones anteriores de 12 y 13 de agosto.

5.3 Correo electrónico de 13-8-2021 (13'35 hs), remitido por la Secretaría de Estado de Seguridad a la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado, adjuntando documento con nuevo listado de grupos de menores *"que está previsto sean repatriados a Marruecos a partir de las 13:30 h. de hoy viernes"*.

El listado de 145 menores coincide con el obrante en el apartado 4.2 del expediente administrativo.

5.4. Correo electrónico de 13-8-2021 (18'44 hs) del Fiscal de Sala Jefe de la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado a la Secretaría de Estado de Seguridad, comunicando que el anterior correo y listado ha sido remitido a la Fiscalía de Menores de Ceuta a los efectos oportunos.

3. Documentos adjuntados.

3.1. Documento 1. Retorno consumado de menores no acompañados.

Oficio 13-8-201 de la Jefatura Superior de Policía de Ceuta, remitido a la Fiscalía de Menores de Ceuta, informando que a las 16'50 hs del día de la fecha se había procedido a la entrega, por parte de las autoridades de la Ciudad de Ceuta, a las autoridades marroquíes de 15 menores no acompañados, que constan en el mismo.

Oficio 14-8-201 de la Jefatura Superior de Policía de Ceuta, remitido a la Fiscalía de Menores de Ceuta, informando que a las 15'50 hs del día de la fecha se había procedido a la entrega, por parte de las autoridades de la Ciudad de Ceuta, a las autoridades marroquíes de 15 menores no acompañados, que constan en el mismo.



Oficio 15-8-201 de la Jefatura Superior de Policía de Ceuta, remitido a la Fiscalía de Menores de Ceuta, informando que a las 12'00 hs del día de la fecha se había procedido a la entrega, por parte de las autoridades de la Ciudad de Ceuta, a las autoridades marroquíes de 15 menores no acompañados, que constan en el mismo.

Oficio 16-8-201 de la Jefatura Superior de Policía de Ceuta, remitido a la Fiscalía de Menores de Ceuta, informando que a las 11'50 hs del día de la fecha se había procedido a la entrega, por parte de las autoridades de la Ciudad de Ceuta, a las autoridades marroquíes de 10 menores no acompañados, que constan en el mismo.

Añade, que siendo las 11'25 hs, tras recibir llamada del Juzgado Contencioso Administrativo de Ceuta, se detienen las entregas de menores a Marruecos hasta que se resuelva el procedimiento respecto de 5 menores restantes; instándose a que sean presentados en el Juzgado de Guardia, por haberse presentado solicitud de Habeas Corpus.

3.2. Documentos 2 y 3. Actuaciones reactivas de distintos órganos del Ministerio Fiscal, tras conocer el modo en que se estaba realizando el retorno de menores no acompañados.

Documento 2.

Decreto de 13-8-2021, del Fiscal Jefe de la Fiscalía de Área de Ceuta, por el que se incoan Diligencias Preprocesales de Menores n. 13/21, tras haber tenido conocimiento del modo en que se estaban realizando los retornos de menores no acompañados; y acordando:

“Librar oficio a la Delegación de Gobierno y la Consejería de Presidencia a fin de que informen sobre la reunión celebrada, orden del día, organizadores, si se levantó acta y su contenido, acuerdos alcanzados si los hubiera y resoluciones administrativas adoptadas respecto a los menores y cualquier otra cuestión que estime oportuno”.

Documento 3.

Decreto de 14-8-2021 del Fiscal de Sala de Menores, por el que se incoan Diligencias Preprocesales n. 94/2021, a instancia de la Fiscalía General del Estado, tras haber tenido conocimiento del modo en que se estaba realizando el primer retorno de menores no acompañados; y acordando:

“Dirigir oficio al Ministerio del Interior, a través de la Secretaría de Estado a in de que informen a esta Fiscalía sobre la referida orden del Ministerio a la Delegación del Gobierno de Ceuta, para que procediera a efectuar el retorno de los menores del Reino de Marruecos. Así como del procedimiento acordado para llevar a cabo dichos retornos, con especial indicación de las medidas



adoptadas para garantizar el respeto de los derechos de los menores, con indicación de si se ha incoado un expediente individual relativo a cada menor, si este ha sido oído en el mismo, y si se ha comunicado cada expediente al fiscal y cualquiera otra cuestión que considere oportuno comunicar”.

3.3. Documento 4.

Informe de 13-8-2021 de la Coordinadora de la Fundación SAMU – Protección de Menores, exponiendo las condiciones en que se procedió al desalojo y traslado a Marruecos, de parte de los menores acogidos en la Unidad de Acogida Temporal de Emergencia (UATE) Santa Amelia de Ceuta; así como dando cuenta de la situación de desconocimiento, desconcierto e incertidumbre.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Régimen jurídico sobre retorno de menores extranjeros no acompañados.

1.1. Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos

El art. 5.1 del Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre la cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y su retorno concertado, hecho en Rabat el 6 de marzo de 2007, («BOE» núm. 70, de 22 de marzo de 2013); dispone expresamente la “*observancia estricta de la legislación española*”, en cuanto a las “*Acciones en materia de retorno*”:

“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”.

Se trata de un Acuerdo de colaboración del Gobierno con los países de origen de menores no acompañados, previsto en el art. 35.1 de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, para la prevención de la inmigración irregular, la protección y el retorno de los menores no acompañados.

Se trata de un acuerdo de colaboración, que a su vez reenvía expresamente a la estricta observancia de la legislación española, convencional e internacional sobre protección de menores, en cuanto a las actuaciones de retorno de los menores no acompañados.



1.2. LO 4/2000, de 11 de enero, *sobre derechos y libertades de los extranjeros en España*.

El art. 35 de la LO 4/2000, de 11 de enero, *sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, en cuanto a los “*menores no acompañados*”, dispone:

“5. La Administración del Estado solicitará informe sobre las circunstancias familiares del menor a la representación diplomática del país de origen con carácter previo a la decisión relativa a la iniciación de un procedimiento sobre su repatriación. Acordada la iniciación del procedimiento, tras haber oído al menor si tiene suficiente juicio, y previo informe de los servicios de protección de menores y del Ministerio Fiscal, la Administración del Estado resolverá lo que proceda sobre el retorno a su país de origen, a aquel donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto, sobre su permanencia en España. De acuerdo con el principio de interés superior del menor, la repatriación al país de origen se efectuará bien mediante reagrupación familiar, bien mediante la puesta a disposición del menor ante los servicios de protección de menores, si se dieran las condiciones adecuadas para su tutela por parte de los mismos.

6. A los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años se les reconocerá capacidad para actuar en el procedimiento de repatriación previsto en este artículo, así como en el orden jurisdiccional contencioso administrativo por el mismo objeto, pudiendo intervenir personalmente o a través del representante que designen.”

1.3. Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, *sobre derechos y libertades de los extranjeros en España*.

Los arts. 189 y ss. del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, desarrolla el procedimiento administrativo de repatriación de los menores extranjeros no acompañados.

Se atribuye la competencia a las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno, para llevar a cabo los trámites relativos a la repatriación de un menor extranjero no acompañado, que comprende: la práctica de las actuaciones informativas previas y, en su caso, la incoación, tramitación y resolución del procedimiento. (art. 191.1)

Se prevén como actuaciones previas al inicio del procedimiento:

- Solicitud de informe de la representación diplomática del país de origen del menor sobre las circunstancias familiares del menor (art. 191.3);



- Requerimiento de cualquier información sobre la situación del menor a la entidad que tenga atribuida la tutela legal, custodia, protección provisional o guarda, así como a la Administración autonómica del territorio en el que el menor tenga su domicilio, y a aquélla donde esté ubicada la entidad que tenga atribuida la tutela legal, custodia, protección provisional o guarda (art. 191.4)

Se prevén como tramites esenciales del procedimiento:

- Acuerdo de incoación con notificación al menor, al Ministerio Fiscal y a la entidad pública que ostente la protección e información al menor de los derechos que le asisten (art. 192);

- Posibilidad de formulación de alegaciones y práctica de prueba, posibilidad de nombramiento de defensor judicial en supuestos de menores de 16 años, solicitud de informe del servicio público de protección de menores sobre la situación del menor en España e informe del Ministerio Fiscal (art. 193);

- Posterior trámite de audiencia con presencia del menor que tuviera juicio suficiente y convocatoria al Ministerio Fiscal, tutor y, en su caso, el defensor judicial o el representante designado por el menor (art. 194.1);

- Resolución final de acuerdo con el principio de interés superior del menor, sobre la repatriación del menor a su país de origen o donde se encuentren sus familiares o sobre su permanencia en España; que debe ser notificada al menor, su representante, tutor y al Ministerio Fiscal; poniendo fin a la vía administrativa (art. 194.2).

2. Principio constitucional de audiencia al interesado.

El art. 105 c) CE otorga rango constitucional a la necesidad de audiencia de los interesados en el procedimiento administrativo.

“La ley regulará:

(...)

c) El procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado.”

3. Principio de necesaria valoración del interés superior del menor.

La *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, reconoce los derechos del niño (art. 24)

El art. 39.4 CE, reconoce como principio rector de la política social y económica, que *“los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”*; cuyo reconocimiento, respeto y protección, debe informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos (art. 53.3 CE).



La Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, adoptada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 44/25, dispone que "Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad" (art. 1); resaltando la prevalencia del interés superior del niño en todas las actuaciones de los poderes públicos (art. 3.1).

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de *Protección Jurídica del Menor*, dispone que

"Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir" (art. 2.1).

Derecho a ser oído y escuchado en los procedimientos judiciales y administrativos (art. 9)

4. Naturaleza del proceso de retorno de menores. Reglado. Garantías constitucionales. Audiencia al menor.

El procedimiento de retorno de menores no acompañados es un procedimiento reglado en nuestro ordenamiento jurídico:

No se trata de un procedimiento en la que la formalidad tenga naturaleza burocrática, sino que, por el contrario, constituye la expresión de las garantías que dispone el ordenamiento jurídico, en especial en todo lo que se refiere a protección de los derechos humanos.

El actual marco procesal determinado por la ley de extranjería, viene determinado y marcado por los mandatos y criterios del Tribunal Constitucional, en resoluciones anteriores a las reformas legales que se han ido sucediendo.

Consolidada doctrina constitucional ha reiterado que la repatriación de menores, es uno de los supuestos en que queda afectada la esfera personal y familiar de un menor; por lo que resulta necesario escuchar al menor en cualquier procedimiento administrativo o judicial.

P.e. STC 183/2008, de 22 de diciembre., FJ 3.

"(...) el derecho de los menores que estén en condiciones de formarse un juicio propio a ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte, ya sea directamente o por medio de representante o de un órgano



apropiado, aparece recogido en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990 (art. 12) y que en nuestro Ordenamiento, el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor reconoce el derecho de éste a ser oído tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social (art. 9.1; por todas, STC 22/2008, de 31 de enero, FJ 7). Además, cabe citar aquí el art. 24.1 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, publicada en el DOUE de 14 de diciembre de 2007 e íntegramente reproducida en el art. 2 de la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de junio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, en que se establece que “[l]os niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta para los asuntos que les afecten, en función de su edad y madurez”.

Por último, respecto de la repatriación de menores, este Tribunal ya ha destacado que es uno de los supuestos en que queda afectada la esfera personal y familiar de un menor (...).”

5. Actuación material constitutiva de vía de hecho.

El art. 25.2 LJCA dispone la admisibilidad del recurso contencioso administrativo, interpuesto contra las actuaciones materiales que constituyan vía de hecho.

Y en cuanto a las pretensiones ejercitables contra las actuaciones materiales constitutivas de vía de hecho, el art. 32.2 LJCA dispone que, el demandante podrá pretender que se declare contraria a Derecho, que se ordene el cese de dicha actuación y que se adopten, en su caso, las demás medidas previstas en el artículo 31.2 LJCA.

La jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo ha desarrollado el concepto de actuación administrativa constitutiva de vía de hecho.

P.e. STS (Sala Contencioso Administrativo), sección 6, de 29 de noviembre, rec. n. 8889/2004, FJ 2.

“El concepto de vía de hecho es una construcción del Derecho Administrativo francés que desde lejos viene distinguiendo dos modalidades, según que la Administración haya usado un poder del que legalmente carece (manque de droit) o lo haya hecho sin observar el procedimiento establecido por la norma que le haya atribuido ese poder o potestad (manque de procédure).

Dicha categoría conceptual pasó hace tiempo a nuestro ordenamiento jurídico, especialmente por obra de la doctrina y de la jurisprudencia para comprender



en ella tanto la actuación material de las Administraciones Públicas que se producen sin haber adoptado previamente una decisión declarativa que le sirva de fundamento jurídico como aquella otra actividad material de ejecución que excede evidentemente del ámbito al que da cobertura el acto administrativo previo.

El primer supuesto, esto es, cuando la actuación administrativa carece de resolución previa que le sirva de fundamento jurídico, se encuentra prohibido con rotundidad en el art. 93 de la LRJ y PAC. Y a dicha falta de acto previo son asimilables aquellos casos en los que, existiendo tal acto, éste se ve afectado de una irregularidad sustancial, que permite hablar de acto nulo de pleno derecho o, incluso, inexistente viéndose privado de la presunción de validez que predica de todo acto administrativo el art. 57.1 LRJ y PAC.

El segundo supuesto se refiere a los casos en que la ejecución material excede de su título legitimador extralimitándolo”.

6. Vulneración derecho fundamental a la Tutela Judicial Efectiva.

La jurisprudencia consolidada del Tribunal Constitucional ha declarado aplicable al procedimiento administrativo, su doctrina sobre necesidad de comunicación personal a todos los interesados en los procesos judiciales; vulnerando la tutela judicial efectiva en caso contrario, por cuanto impide a los mismos la impugnación judicial de los actos administrativos.

P.e. STC 133/2009, de 1 de junio, FJ 4.

“Este Tribunal ha declarado aplicable a las notificaciones administrativas su doctrina sobre la necesidad de emplazamiento personal de todos los interesados en los procesos judiciales, siempre que ello sea factible, en la medida en que la defectuosa realización de los mismos puede impedir la impugnación de los actos administrativos, con lo que se cercena la posibilidad de que sean revisados judicialmente y se priva, en consecuencia, al recurrente de obtener una tutela judicial efectiva frente a los mismos (STC 291/2000, de 30 de noviembre)”.

En las actuaciones administrativas presentes se han omitido los preceptivos actos de comunicación a los menores interesados, información de sus derechos y nombramiento de defensor judicial, en su caso; cercenándoles así, la posibilidad de acceso a la tutela judicial y de poder ser revisados judicialmente los actos administrativos concernidos.

7. Aplicación al supuesto presente.

El Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre la cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y su retorno concertado, hecho en Rabat el 6



de marzo de 2007, («BOE» núm. 70, de 22 de marzo de 2013); dispone expresamente la “*observancia estricta de la legislación española*”, en cuanto a las “*Acciones en materia de retorno*”:

De las actuaciones que constan el expediente administrativo (Antecedentes de Hecho), se infiere que en las actuaciones administrativas de retorno al Reino de Marruecos de menores extranjeros no acompañados que acudieron masivamente a la Ciudad Autónoma de Ceuta en los días 17 y 18 de mayo, no se han cumplido ninguna de las garantías y trámites exigidos por la legislación española:

- Art. 35 LO 4/2000, de 11 de enero, *sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*,
- Arts. 191 a 194 Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, *por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, y
- Art. 9 La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, *de Protección Jurídica del Menor*.

No constan los informes preceptivos de la representación diplomática de Marruecos sobre las circunstancias familiares de los menores afectados, de los servicios de protección de menores - tan solo constan listados de menores -, ni del Ministerio Fiscal.

No constan acuerdos de incoación de procedimiento, con notificación a los menores, al Ministerio Fiscal y a la entidad pública que ostente la protección, así como tampoco información al menor de los derechos que le asisten.

No consta que se haya dado posibilidad a los menores, de formulación de alegaciones y práctica de prueba, ni posibilidad de nombramiento de defensor judicial en supuestos de menores de 16 años.

No consta trámite de audiencia con presencia de los menores que tuvieran juicio suficiente, y convocatoria al Ministerio Fiscal, tutor y, en su caso, el defensor judicial o el representante designado por el menor.

No consta resolución final de acuerdo con el principio de interés superior del menor, sobre la repatriación del menor a su país de origen o donde se encuentren sus familiares o sobre su permanencia en España, que debe ser notificada al menor, su representante, tutor y al Ministerio Fiscal; poniendo fin a la vía administrativa.

8. Conclusión.



Se considera que las actuaciones administrativas de retorno al Reino de Marruecos de menores extranjeros no acompañados, que acudieron masivamente a la Ciudad Autónoma de Ceuta en los días 17 y 18 de mayo, de conformidad con el art. 47. 1 a) y e) Ley 39/2015 PACAP, son nulas de pleno derecho, por cuanto prescinden total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, así como que lesionan el Derecho fundamental a la Tutela Judicial Efectiva.

Asimismo, se considera que dichas actuaciones administrativas de retorno de menores no acompañados, constituyen actuaciones materiales de vía de hecho, en cuanto que prescinden total y absolutamente del procedimiento establecido y vulneran trámites y garantías esenciales.

Por consiguiente, se considera que el recurso contencioso interpuesto resulta admisible, por existir una actuación material constitutiva de vía de hecho, que resulta susceptible de impugnación, conforme al art. 25.2 LJCA.

Por lo demás, se considera que no concurre inadmisión de procedimiento (art. 117.1 LJCA), dado que el Procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona, resulta adecuado al objeto de impugnación; por cuanto en el escrito de interposición se expresa con precisión y claridad el derecho cuya tutela se pretende (Tutela judicial efectiva), así como los argumentos sustanciales que dan fundamento al recurso (art. 115.1 LJCA).

9. Competencia objetiva y territorial de los Juzgados de lo Contencioso Administrativo de Ceuta.

Se considera que, de conformidad con el arts. 8.4 y 14.1 Primera LJCA, la competencia objetiva y territorial, para conocer del objeto de autos, corresponde a los Juzgados de lo Contencioso Administrativo de Ceuta; y ello habida cuenta lo que se expone a continuación.

El arts. 191.1 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, *por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009*, atribuye a las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno, la competencia para la tramitación de los procedimientos sobre repatriación de menores extranjeros no acompañados.

“Las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno serán los Centros directivos competentes para llevar a cabo los trámites relativos a la repatriación de un menor extranjero no acompañado, previstos en el artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero y en los Acuerdos bilaterales suscritos por España sobre la materia.”



La competencia atribuida a la Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno incluirá la práctica de las actuaciones informativas previas y, en su caso, la incoación, tramitación y resolución del procedimiento regulado en este artículo”.

El art. 8.1 de la Ley 40/2015 LRJSP, dispone que *“La competencia es irrenunciable y se ejercerá por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia...”*.

El art. 8.4 LJCA atribuye a los Juzgados de lo Contencioso Administrativo, la competencia objetiva para conocer de los recursos contencioso administrativos que se interpongan contra resoluciones se dicten en materia de extranjería por la Administración periférica del Estado.

El art. 14.1 Primera LJCA, atribuye la competencia territorial a los órganos jurisdiccionales, en cuya circunscripción tenga su sede el órgano que hubiere dictado la disposición o el acto originario impugnado

El art. 13 b) LJCA, dispone, como regla de ajuste competencial, que: *“La competencia atribuida a los Juzgados y Tribunales para el conocimiento de recursos contra actos administrativos incluye la relativa a la inactividad y a las actuaciones constitutivas de vía de hecho”*.

En Madrid a 17 de septiembre de 2021
Manuel Campoy Miñarro.