

**JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 1  
CEUTA**

SENTENCIA: 00051/2022

**UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO**

Modelo: N11610  
CALLE FERNANDEZ N° 2. INFORMACIÓN: 856907822  
**Teléfono:** 856907822 **Fax:** 956513796  
**Correo electrónico:**  
Equipo/usuario: SDM

**N.I.G:** 51001 45 3 2021 0000276

**Procedimiento:** DF DERECHOS FUNDAMENTALES 0000139 /2021GUB EXPEDIENTE GUBERNATIVO 0000004 /2021

**Sobre:** DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA

**De D/Dª:** ASOCIACION COORDINADORA DE BARRIOS PARA SEGUIMIENTO DE MENORES Y JONEVES

**Abogado:** PATRICIA FERNANDEZ VICENS

**Procurador D./Dª:**

**Contra D./Dª** DELEGACION DEL GOBIERNO EN CEUTA, CIUDAD AUTONOMA DE CEUTA CIUDAD AUTONOMA DE CEUTA

**Abogado:** ABOGADO DEL ESTADO, LETRADO DE LA COMUNIDAD

**Procurador D./Dª** ,

EXPEDIENTE: PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA LA PROTECCIÓN  
DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA N° 139/21

**S E N T E N C I A**

En Ceuta, a 14 de febrero de dos mil veintidós.

Dº IGNACIO DE LA PRIETA GOBANTES, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N° 1 de esta Ciudad, habiendo visto el presente recurso contencioso-administrativo número 139/21, sustanciado por el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona, previsto en los artículos 114 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, interpuesto por COORDINADORA DE BARRIOS PARA EL SEGUIMIENTO DE MENORES Y JOVENES, representada y asistida por la Letrado Dª PATRICIA FERNANDEZ VICENS, quien también actúa en calidad de defensora judicial de los menores [REDACTED]

[REDACTED], contra la Delegación del Gobierno en Ceuta, representada y asistida por el Letrado del Estado, habiéndose personado como codemandada la Ciudad Autónoma de Ceuta, representada y asistida por

el Letrado de la Ciudad, siendo también parte el Ministerio Fiscal.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Que por la meritada representación de la parte actora se interpuso recurso contencioso-administrativo por el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, contra la vía de hecho consistente en la repatriación o entrega material de los menores

[REDACTED] a las autoridades marroquíes.

SEGUNDO.- Que admitido a trámite el recurso, se requirió el expediente al órgano administrativo correspondiente, recibido el cual, se dictó Decreto mandando seguir las actuaciones, dándose traslado a la recurrente para que en el plazo de ocho días formalizase la demanda, lo cual verificó, dándose traslado de la misma a la entidad demandada y codemandada, y Ministerio Fiscal, a fin de que presentasen alegaciones en el plazo de ocho días, lo cual verificaron.

TERCERO.- Por providencia de fecha 29 de octubre de 2.021 se dio traslado a la parte recurrente y al Ministerio Fiscal a fin de que alegaren lo que a su derecho conviniera sobre las causas de inadmisibilidad aducidas en las contestaciones a la demanda.

CUARTO.- Por auto de fecha 17 de diciembre de 2.021 se acordó no recibir el pleito a prueba, tras lo cual quedaron los autos para dictar Sentencia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los motivos alegados por la parte recurrente para combatir la resolución impugnada son que por la Delegación del Gobierno en Ceuta se acordó la repatriación de los menores a Marruecos sin aplicar el procedimiento de repatriación previsto los art. 191 y ss del R.D. 557/11 actuando en vía de hecho y con vulneración de los derechos fundamentales de los menores, concretamente: 1) una vulneración del art. 15 C.E., del derecho a la vida, a la integridad física y moral y no ser sometido a torturas, tratos inhumanos y degradantes; 2) una vulneración del art. 24 .C.E., del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión; 3) una vulneración del art. 17 y 19 C.E., del derecho a la libertad deambulatoria.

SEGUNDO.- Por el Ministerio Fiscal se alega que las actuaciones administrativas practicadas por la administración demandada de retorno al Reino de Marruecos de los menores se realizó sin cumplir ninguna de las garantías y trámites exigidos por la legislación española constitutivas de una vía de hecho, y con lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

TERCERO.- Por la Abogacía del Estado se opone:

1.- Con carácter previo, y como causa de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo interpuesto, se alega: a) por un lado, que no consta en la documental aportada por la parte actora acreditación de la identidad de los recurrentes menores por lo que no se acredita si son los mismos respecto de los que se refiere la tutela solicitada; b) por otro, que dichos menores carecen de capacidad para comparecer en juicio; y c) por otro, que existe una defectuosa representación de dichos menores para comparecer en juicio toda vez que resulta insuficiente a tales efectos las designaciones letradas aportadas junto con la solicitud de medida cautelar.

2.- En cuanto al fondo, se alega: a) por un lado, que no existe vía de hecho ya que la actuación estaba amparada por el Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre la cooperación en materia de prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y su retorno concertado, hecho en Rabat el 6 de marzo de 2.007; y, b) por otro, que no ha existido vulneración de sus derechos fundamentales.

CUARTO.- La representación de la Ciudad Autónoma de Ceuta se opone:

1.- Con carácter previo, y como causa de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo interpuesto, alega: a) la inadmisibilidad del recurso al haberse interpuesto vulnerando el régimen de plazos previsto en el art. 115 LJCA; b) inadmisibilidad del recurso interpuesto

por COORDINADORA DE BARRIOS PARA EL SEGUIMIENTO DE MENORES Y JOVENES por inadecuación de procedimiento al no concurrir vulneración alguna de derechos fundamentales en la actuación impugnada; c) inadmisibilidad del recurso interpuesto por todos los menores por inadecuación de procedimiento al no concurrir vulneración alguna de derechos fundamentales en la actuación impugnada.

2.- En cuanto al fondo, se alega que la actuación estaba amparada por el Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre la cooperación en materia de prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y su retorno concertado, hecho en Rabat el 6 de marzo de 2.007.

QUINTO.- Procede examinar, en primer término, las causas de inadmisibilidad alegadas por la administración demandada y codemandada.

Ha de partirse aquí de que el artículo el artículo 24 de la Constitución, al establecer como derecho fundamental el de la tutela judicial efectiva, impone a su vez una interpretación restrictiva de las causas de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, que vedan al órgano jurisdiccional realizar un pronunciamiento de fondo sobre la procedencia o improcedencia de reconocer y proteger los derechos e intereses legítimos que ante él se hacen valer, como señala la STS de 23 de mayo de 1995.

Pero, si bien es cierto que los Tribunales, en aplicación de las normas que regulan los presupuestos procesales de acceso a los recursos, deben procurar no incurrir en ningún exceso formalista que convierta a tales requisitos en obstáculos que impidan prestar la tutela judicial efectiva, sancionada en el artículo 24 de Constitución, igual de cierto es que han de evitar caer en el exceso contrario que lleve a eliminar prácticamente los requisitos procesales legalmente predeterminados que regulan el acceso a los recursos, en garantía de los derechos tanto de los recurrentes como de los recurridos.

En lo que se refiere a las causas de inadmisibilidad aducidas por la Delegación del Gobierno, las mismas no pueden prosperar por cuanto en ningún caso los motivos expuestos pueden afectar al recurso contencioso-administrativo interpuesto por COORDINADORA DE BARRIOS PARA EL SEGUIMIENTO DE MENORES Y JOVENES, recurso, respecto del cual, ninguna objeción ha efectuado la administración demandada, por lo que nunca procedería la inadmisión del recurso interpuesto.

En cuanto a las causas de inadmisibilidad aducidas por la codemandada Ciudad Autónoma de Ceuta, en lo que se refiere a las dos últimas, no pueden prosperar por cuanto no pueden considerarse propiamente causas de inadmisión, sino que forman parte propiamente del fondo de la cuestión planteada, en el que ha de examinarse, precisamente, si se han vulnerado alguno de los derechos fundamentales alegados por la parte recurrente.

En cuanto a la primera de las causas de inadmisibilidad aducidas por la Ciudad Autónoma, el art. 115.1 LJCA establece que "El plazo para interponer este recurso será de diez días, que se computarán, según los casos, desde el día siguiente al de notificación del acto, publicación de la disposición impugnada, requerimiento para el cese de la vía de hecho, o transcurso del plazo fijado para la resolución, sin más trámites. Cuando la lesión del derecho fundamental tuviera su origen en la inactividad administrativa, o se hubiera interpuesto potestativamente un recurso administrativo, o, tratándose de una actuación en vía de hecho, no se hubiera formulado requerimiento, el plazo de diez días se iniciará transcurridos veinte días desde la reclamación, la presentación del recurso o el inicio de la actuación administrativa en vía de hecho, respectivamente."

De la redacción de dicho precepto la administración codemandada concluye que el recurso contencioso no podía haberse interpuesto antes de transcurrir 20 días desde el inicio de la vía de

hecho, por lo que al haberse interpuesto antes de transcurrido dicho plazo, debe ser inadmitido.

Sin embargo, no se comparte dicha postura, ya que, para empezar, se estima que sería aplicable al presente supuesto la doctrina jurisprudencial sostenida en los supuestos en los que se interpone un recurso contencioso contra un acto desestimatorio presunto por silencio antes de que transcurra el plazo legalmente establecido para poder tenerlo por desestimado, doctrina esta que sostiene que se entiende que se convalida si durante la tramitación del procedimiento vence el plazo para resolver sin dictarse resolución, doctrina que se estima que es trasladable al presente supuesto una vez transcurridos durante la tramitación del procedimiento los 20 días referidos en el precepto sin que haya constancia de que la vía de hecho alegada por la parte recurrente haya cesado.

Pero, es más, los términos del citado art. 115.1 no pueden sino achacarse a una mala redacción del precepto, por cuanto no hay justificación jurídica alguna para hacer un cómputo de los plazos en el art 115.1 de manera distinta de la que se contiene en el art. 46.3 LJCA, en el que claramente se establece que el cómputo del plazo se inicia desde el comienzo de la vía de hecho, resultando ilógico que si una persona quiere reaccionar ante una vía de hecho de la administración, y no formule intimación previa de cese, si articula el recurso contencioso a través de un procedimiento ordinario pueda interponer el recurso inmediatamente a iniciarse la vía de hecho, pero si lo articula a través del procedimiento especial para la protección de derechos fundamentales de la persona tenga que esperar pacientemente que la vía de hecho se desarrolle durante 20 días antes de poder interponer el recurso, lo que, además, va contra la propia naturaleza de este procedimiento especial que tiene un carácter sumario en el que se busca una abreviación de los plazos, y porque ello supondría también que el principio "pro actione" que impera en esta materia se trastocaría en perjuicio del particular accionante, mutándose en una carga y

convirtiéndose en un obstáculo al acceso al recurso contencioso-administrativo.

A todo lo anterior cabe añadir, también, que dicha interpretación de la administración codemandada resulta incompatible con la previsión contenida en el art. 136.2 LJCA conforme al cual, en el supuesto de adoptarse medidas cautelares previas a la interposición del recurso, este debe ser interpuesto inexcusablemente en el plazo de 10 días desde la adopción de las mismas, lo que no resultaría posible de tener que esperar el transcurso de los 20 días para la interposición del recurso contencioso-administrativo.

Por todo lo cual, la causa de inadmisibilidad no puede prosperar.

SEXTO.- Entrando ya en el fondo de la cuestión planteada, nos encontramos aquí ante un recurso contencioso-administrativo que presenta dos especialidades relevantes, la primera, que se dirige contra una actividad material de ejecución de una orden de repatriación que se califica de vía de hecho (arts.30, 32.2, 51.3 y 136 LJCA ), y la segunda que se canaliza por el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales (arts. 53.2 CE y 114 y siguientes LJCA).

Comenzando con la vía de hecho, la actividad material constitutiva de vía de hecho se caracteriza por hallarse completamente desprovista de amparo jurídico, bien por incompetencia del órgano que dictó el título habilitante, bien por ausencia de procedimiento y de resolución previa, bien por la nulidad radical del acto que le pretende prestar cobertura.

La STS de 22 septiembre 2003 señala que 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. 97 de la Ley 39/15. 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. 39.1 de la Ley 39/15.

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

En definitiva, como se señala en la STS de 8 de junio de 1993 "La "vía de hecho " o actuación administrativa no respaldada en forma legal por el procedimiento administrativo legitimador de la concreta actuación se produce no sólo cuando no existe acto administrativo de cobertura o éste es radicalmente nulo, sino también cuando el acto no alcanza a cubrir la actuación desproporcionada de la Administración, excedida de los límites que el acto permite.

En el artículo 101 de la derogada LRJ y PAC (actual art. 105 de la Ley 39/15), bajo la rúbrica "Prohibición de interdictos" (antes de que en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 se sustituyeran dichos interdictos por un procedimiento especial de protección posesoria), ha visto la doctrina y jurisprudencia una referencia a la vía de hecho a través de una formulación negativa

susceptible de una lectura "a sensu contrario", es decir, siempre que un órgano administrativo lleve a cabo actuaciones materiales careciendo de competencia o sin respetar el procedimiento normativamente previsto, se admite la reacción interdictal por los particulares (en la actualidad, procedimiento especial de protección posesoria). Y es que la vía de hecho administrativa coloca a la Administración actuante en pie de igualdad con los particulares, de manera que éstos se ven liberados de la carga del "onus probandi" frente a la presunción de legalidad de la actuación administrativa -que la vía de hecho destruye-, por un lado y, por otro, permite utilizar los medios de reacción del Derecho Civil, fundamentalmente los procesos posesorios, sin perjuicio, dice, el art. 125 de la Ley de Expropiación Forzosa de los demás medios legales procedentes.

Las vías de hecho tienen su origen en la protección de la propiedad, aunque luego se extienden a otros derechos, especialmente los de carácter fundamental. Por ello se explica que la pérdida de las prerrogativas administrativas, especialmente de las procesales, que como principal efecto anudan, supusiera una alusión concreta a los entonces "interdictos", como medios admisibles de tutela procesal interina, que rectamente entendidos no sólo se refieren a la protección posesoria de derechos reales, sino también de derechos que generan o amparan estados o situaciones permanentes o estables. Ahora bien, ello no agota la protección frente a las indicadas vías de hecho, ni excluye otras acciones de Derecho común, ni, según la más reciente jurisprudencia anterior a la vigente LJCA, la impugnación directa en el recurso contencioso-administrativo.

La Exposición de Motivos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, 29/1998, de 13 de julio, al referirse a la vía de hecho viene a indicar que "Otra novedad destacable es el recurso contra las actuaciones materiales en vía de hecho. Mediante este recurso se pueden combatir aquellas

actuaciones materiales de la Administración que carecen de la necesaria cobertura jurídica y lesionan derechos e intereses legítimos de cualquier clase. La acción tiene una naturaleza declarativa y de condena y a la vez, en cierto modo, interdictal, a cuyo efecto no puede dejar de relacionarse con la regulación de las medidas cautelares". Por su parte, el artículo 51.4 de la L.J.C.A. dispone que: "Cuando se impugne una actuación material constitutiva de vía de hecho, el Juzgado o Sala podrá también inadmitir el recurso si fuera evidente que la actuación administrativa se ha producido dentro de la competencia y en conformidad con las reglas del procedimiento legalmente establecido".

Por ello, como señalan, con cita de la STS de 22 de septiembre de 2.003, entre otras, las SSTSJ, de Baleares de 1 de abril de 2.005, del País Vasco de 3 de diciembre de 2.004, de Madrid de 22 de junio de 2.004, de Castilla-La Mancha de 30 de noviembre de 2.000, que la Ley está refiriéndose a actuaciones materiales de la Administración carentes de cobertura jurídica, pero no se refiere a aquellas que incurran en cualquier vicio procedimental incluso los más graves de vulneración de derechos fundamentales o los de omisión del procedimiento legalmente establecido que determinarían su nulidad de pleno derecho, sino de actuaciones materiales en que no concurre la decisión administrativa previa que le sirve de fundamento o, en otras palabras, no se ha ejercitado potestad administrativa en virtud de decisión o soporte que le preste la necesaria cobertura jurídica, desarrollándose al margen absoluto de ejercicio de potestad, procedimiento y decisión del órgano competente. Por lo tanto, no cabe incluir en el supuesto de vía de hecho las meras peticiones basadas en cualquier vicio procedimental o de falta de competencia del órgano, incluso los de nulidad de pleno derecho. Por otro lado, ni cualquier infracción jurídica determinante de nulidad o de anulabilidad puede equivaler a la ausencia de cobertura jurídica, debiendo reservarse para los supuestos más graves de actuación material total y absolutamente al margen de

competencia y procedimiento y sin previa habilitación por norma o acto que le sirva de fundamento". En línea con lo expuesto, la STSJ de Castilla-La Mancha de 30 de noviembre de 2.000, dispone el cauce procedimental de la vía de hecho es un medio de impugnación excepcional contra las formas de actuación más groseras de la administración; también, la STSJ de Navarra de 20 de mayo de 2.005 señala que las posibles irregularidades que hayan podido cometerse, en ningún caso convierten la actuación administrativa en vía de hecho.

SEPTIMO.- Trasladándonos al presente supuesto, la parte recurrente ha calificado el acto de aprehensión y ejecución de la repatriación como una vía de hecho ante la ausencia total de procedimiento al respecto.

La Ley 39/15, en su título IV, se contienen las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común, regulándose en su capítulo II la iniciación del procedimiento y de sus clases, (de oficio, o a solicitud de la persona interesada), en el III la ordenación del procedimiento, (que se impulsara de oficio), en el IV la Instrucción del procedimiento, distinguiendo a su vez a lo largo de sus cuatro secciones entre disposiciones generales, prueba, informes y participación de los interesados, y en el IV de la finalización del procedimiento, (con referencia a la resolución que ponga fin al procedimiento decidiendo todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo).

Ya, más específicamente al tema concreto aquí discutido, el art. 35.3 de la L.O. 4/00 dispone que "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.”

Y el R.D. 557/11, en sus art. 191 y ss, regula el procedimiento específico a aplicar al presente supuesto, al establecer: 1) que el Delegado o Subdelegado del Gobierno competente acordará la incoación del procedimiento de repatriación del menor cuando se considere que el interés superior del menor se satisface con la reagrupación con su familia o su puesta a disposición de los servicios de protección de su país de origen, debiendo constar en el acuerdo de iniciación expresamente la identidad del menor y la existencia de informe de las autoridades competentes del país de origen, el cual le será notificado inmediatamente al menor, al Fiscal y a quien ostente su tutela, custodia, protección provisional o guarda; 2) que tras el acuerdo de incoación se abrirá una fase de 10 para formular alegaciones en la que podrá intervenir el menor si es mayor de 16 años o si no a través del Ministerio Fiscal o quien ostente su tutela, custodia, protección provisional o guarda, o defensor judicial, en su caso, debiendo recabarse informe del servicio público de protección de menores, pudiendo abrirse un período de prueba, emitiéndose informe por el Ministerio Fiscal; 3) tras el trámite de audiencia, que garantizará la presencia del menor que tuviera suficiente juicio, por el Delegado o Subdelegado del Gobierno se resolverá de acuerdo con el principio de interés superior del menor estableciendo si la repatriación será realizada en base a la reagrupación familiar o mediante su puesta a disposición de los servicios de protección del menor de su país de

origen, debiendo notificarse la resolución al menor, al tutor y al Ministerio Fiscal.

OCTAVO.- Pues bien, en el presente supuesto no es que se haya omitido alguno de los trámites del procedimiento, es que se han omitido todos, ya que ni ha existido incoación de procedimiento, ni petición de informes, ni fase de alegaciones, ni trámite de audiencia, ni fase de prueba, ni siquiera resolución acordando la repatriación de los menores, es decir, no existe traza alguna de expediente de repatriación.

Por lo tanto, si no ha existido procedimiento legal alguno para acordar la repatriación, es evidente, conforme a la jurisprudencia anteriormente expuesta, que nos encontramos ante una vía de hecho, y en este sentido se pronuncia la STSJ de la País Vasco de 20 de octubre de 2.004.

NOVENO.- Las administraciones demandadas sostienen que no existe tal vía de hecho ya que la actuación recurrida se encontraba amparada por el Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre la cooperación en materia de prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y su retorno concertado, hecho en Rabat el 6 de marzo de 2.007.

No se comparte dicha opinión. El artículo 5 del Acuerdo expresamente obliga a la "...observancia estricta de la legislación española..." para resolver acerca del retorno a su país de origen de un menor no acompañado, por lo que no puede caber la más mínima duda de la obligatoriedad de tener que cumplir los trámites establecidos en los art. 192 y ss del R.D. 557/11 para poder acordar la repatriación de un menor.

Un tratado o convenio internacional es un instrumento internacional que se limita, fundamentalmente, a imponer a los Estados Parte la obligación de impulsar la cooperación en una determinada área y a establecer parámetros generales conforme a los cuales se deberán proponer, acordar y ejecutar los proyectos o programas de cooperación

específicos, pero sin que pueda razonablemente entenderse que la mera existencia del Acuerdo autoriza a prescindir de los trámites procedimentales establecidos en la legislación nacional, como el propio artículo 5.1 del Acuerdo se encarga de recalcar, y proceder a ejecutar actuaciones materiales sin practicarse ninguna actuación administrativa y sin adoptarse la preceptiva resolución que le sirva de fundamento.

DECIMO.- Como anteriormente se señaló, la otra especialidad del presente recurso contencioso-administrativo es que se canaliza por el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales (arts. 53.2 CE y 114 y siguientes LJCA).

Conforme reiterada jurisprudencia, SSTs de por de 17 diciembre 2009 y 10 de mayo de 2003, y del Tribunal Constitucional (sentencia 143/2003, de 14 de julio), el procedimiento especial ante el que nos encontramos presenta un objeto limitado, que sólo permite enjuiciar la conculcación de los derechos comprendidos en los artículos 14 a 29 de la Constitución y de la objeción de conciencia del artículo 30, resultando inadecuado para tramitar pretensiones que no tengan relación con los derechos fundamentales citados, recogidos en el artículo 53.2 de la Constitución, así como para el tratamiento de problemas de pura legalidad de los actos recurridos, reservados para el proceso ordinario.

Como señala la STSJ de Madrid de 29 de enero de 2008, es el propio cauce procesal elegido por el demandante ante el Juzgado el que obliga a examinar la cuestión planteada, exclusivamente, desde la perspectiva de los derechos fundamentales invocados, sin que, por el cauce procesal elegido, se pueda entrar a analizar cuestiones que sólo atañen al ámbito de la legalidad ordinaria. El proceso jurisdiccional por el que el demandante ante el Juzgado ha optado es un proceso de naturaleza especial, radicando tal especialidad, no en las concretas pretensiones que en él pueden ejercitarse,

que son las mismas que en el procedimiento contencioso ordinario, esto es, las previstas en los arts. 31 y 32 de la LJ 1998, sino en el fundamento material de dichas pretensiones que han de tener por finalidad "la de restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuales el recurso hubiere sido formulado" y que son los previstos en los arts. 14 a 29 CE y la objeción de conciencia (art. 53.2 CE y art. 114.2 LJ 1998).

Como continúa señalando la sentencia anteriormente citada, de esta forma el análisis por el Juzgado de la resolución impugnada sólo podía hacerse desde la perspectiva de los derechos fundamentales invocados en la demanda, en este caso, exclusivamente, la tutela judicial efectiva, debiendo, por imperativo legal, haber dejado al margen aquellas otras posibles vulneraciones del ordenamiento jurídico que no supongan, a su vez, una vulneración del citado derecho fundamental, sin que puedan abordarse vulneraciones de derechos fundamentales sobre las que nada se ha argumentado en la demanda.

Pues bien, los derechos fundamentales que se afirman vulnerados son tres: 1) el derecho a la integridad física y moral y a no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes, del art. 15 C.E., 2) el derecho a la tutela judicial efectiva, del art. 24 C.E., 3) el derecho a la libertad deambulatoria, de los art. 17 y 19 C.E.

DECIMOPRIMERO.- Comenzando con el primero de los derechos reseñados, la parte recurrente considera que dicho derecho ha sido vulnerado por haberse procedido a entregar a los menores a las autoridades marroquíes sin hacer una ponderación de su interés superior y una valoración en profundidad de las circunstancias familiares y sociales de los mismos.

El art. 15 CE ampara, entre otros, de forma autónoma el derecho fundamental a "la integridad física y moral", el cual adquiere así una sustantividad propia. En relación con tal derecho, las SSTC 120/90 y 119/01 han señalado que su ámbito



constitucionalmente garantizado protege "la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular" (SSTC 120/1990 y 119/2001).

Y la STC de 25 de noviembre de 2.002 dispone que para poder apreciar la aducida vulneración del art. 15 CE no es preciso que la lesión de la integridad se haya consumado, sino que a efectos de que el derecho invocado se estime lesionado basta con que exista un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse.

Como resulta de los art. 191 y ss del R.D. 557/11, anteriormente referidos, el interés superior del menor, que debe informar todo el procedimiento de repatriación, exige que antes de resolver sobre la misma, la práctica de unas actuaciones informativas previas, tales como un informe del país de origen del menor sobre las circunstancias familiares de éste, así como, caso de sustituir el país de origen la información sobre la familia por la relativa a sus servicios de protección del menor, la constancia expresa de un compromiso por escrito de la autoridad competente del país de origen de asumir la responsabilidad sobre el menor, todo ello con la evidente finalidad de poder determinar si se dan las condiciones necesarias para la efectiva reagrupación familiar del menor o la adecuada tutela por los servicios de protección de menores en el país de origen, y evitar, con ello que tras la entrega del menor al país de origen, éste pudiera quedar en situación de desamparo.

Pues bien, en el presente supuesto, la ausencia de todo acto procedimental en vía administrativa conlleva que no se practicara actuación alguna, ni material ni formal, tendente a poner de manifiesto la conveniencia de la repatriación de los menores, por lo que afirmar que el retorno a su país de origen de los menores no pueda suponer un peligro para su integridad se aparece como algo gratuito y vacío de fundamento, por cuanto no existe ningún informe sobre

la conveniencia de una efectiva reagrupación familiar, ni se ha determinado en qué condiciones quedarían los menores una vez realizada su entrega al país de origen, si se entregarán a su familia natural o a algún familiar cercano, ni si alguna institución nacional se haría cargo de su guarda y custodia, no constando aceptación expresa escrita al respecto, como exige el precepto.

En suma, todas las carencias referidas conducen a estimar que nos encontramos ante una situación de riesgo relevante para la integridad física y moral de los menores en la medida en que no consta que nadie se vaya a hacer cargo de los mismos una vez repatriados a su país de origen, lo que determinaría que los mismos se encontrasen en situación de abandono o desamparo.

Partiendo de que la repatriación no puede constituir un fin en sí misma, sino que debe de ser adecuada al fin que persigue que no es otro que el interés superior del menor, el riesgo relevante que existe en el presente supuesto de que los menores puedan quedar en situación de abandono o desamparo una vez sean repatriados a su país de origen conduce a entender que se ha producido una vulneración del derecho fundamental a la integridad física y moral de los menores reconocido en el art. 15 C.E., y en este sentido se pronuncian las SSTSJ de Cantabria de 31 de julio de 2.007 y 28 de abril de 2.008 al señalar que "...resulta obvio que acordar la repatriación de un menor que llegó a España poniendo en peligro su vida (escondido en la parte inferior de un camión), sin cerciorarse de que será acogido, familiar u oficialmente, supone un riesgo potencial relevante para la referida integridad moral del menor.", así como las SSTSJ de Castilla-La Mancha de 4 de diciembre de 2.007 y 10 de abril de 2.008 que entienden vulnerado dicho derecho en un supuesto en que no se ha indagado ni contrastado sobre cuál es la familia de origen y su situación, por lo que no hay garantía de que el reagrupamiento familiar vaya a ser efectivo.

DECIMOSEGUNDO.- En lo que se refiere a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 C.E., la parte recurrente considera que dicho derecho se ha vulnerado: a) por un lado, porque la falta absoluta de procedimiento, la falta de audiencia del menor, la imposibilidad de participar en el procedimiento administrativo y la falta de notificación de las resoluciones que se hayan podido dicta en él impide el acceso a la jurisdicción; b) por otro, por la vulneración del derecho del menor a ser oído así como por la falta de asistencia letrada, representante legal o defensor judicial en el procedimiento administrativo; y, c) por otro, la falta de motivación al no ponderar el superior interés del menor.

Como señala la STC 42/89, "...las garantías del art. 24 de la Constitución, referidas a la tutela judicial efectiva, no pueden trasladarse sin más a las actuaciones administrativas, salvo que éstas tengan una naturaleza sancionadora equivalente materialmente a las actuaciones propiamente penales. En los demás casos,... la defensa de los derechos e intereses legítimos en el procedimiento administrativo es una cuestión que ha de resolverse por los órganos de la jurisdicción competente en aplicación de las leyes", de tal manera que, como señala la STSJ de Cantabria de 6 de octubre de 2.006, sólo si estamos en presencia de actuaciones administrativas de carácter sancionador podrá ser invocado el art. 24 de la C.E. de tal forma que fuera de estos supuestos, la eventual indefensión que haya podido originarse integrará un vicio de legalidad ordinaria -no revisable a través de este cauce procesal especial y sumario- sin relevancia constitucional.

En este sentido, la STSJ de Madrid de 4 de marzo de 2.008 dispone que es reiterada y constante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que declara que el ámbito propio del derecho fundamental reconocido en el art. 24 CE, como su propio tenor literal indica (derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión), se circunscribe a

la actuación de los jueces y tribunales, pero no se extiende a la actuación de la Administración (salvo que con ella se impida el acceso a la jurisdicción), habiendo extendido dicha doctrina constitucional, con matices, algunas de las garantías que se contienen en el apartado segundo de dicho precepto (presunción de inocencia, derecho a la prueba, información de la acusación, etc.) al procedimiento administrativo sancionador, aunque se trate de una actuación administrativa y no judicial, en la medida en que constituyen garantías frente al ejercicio del "ius puniendi" del Estado del que es manifestación, tanto el proceso penal como el procedimiento administrativo sancionador. Pero esta extensión de las citadas garantías contempladas en el art. 24.2 CE, con matices, al procedimiento administrativo sancionador, por las razones expuestas, no permite, a su vez, su extensión a cualesquiera otros procedimientos administrativos no sancionadores cuya defectuosa tramitación, según la materia sobre la que versen, podrá, eventualmente, incidir en otros derechos fundamentales, pero carece de relevancia desde la perspectiva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Como se declara en la STC 175/1987, FJ 3º, "Según criterio reiterado de este Tribunal, las infracciones cometidas en el procedimiento administrativo tienen que ser corregidas en vía judicial y planteadas ante los órganos judiciales y resueltas motivadamente por éstos, en uno u otro sentido, pero no originan indefensión que pueda situarse en el art. 24.1 CE".

En similar sentido se pronuncia el ATC de 19 de diciembre de 2005, al argumentar que "Debe señalarse como punto de partida, que este Tribunal ha establecido que las garantías del art. 24 de la CE no son trasladables como derechos fundamentales al procedimiento administrativo, salvo en los supuestos de procedimientos sancionadores (SSTC 68/1985, de 27 de mayo, FJ 4; 42/1989, de 16 de febrero, FJ 5 EDJ 1989/1673), por ello carece de relevancia constitucional la queja relativa a la supuesta indefensión sufrida en el procedimiento

administrativo, ya que, para que la indefensión alcance dimensión constitucional, es necesario que sea imputable, y que tenga su origen inmediato y directo en actos u omisiones de los órganos judiciales... ya que pertenece al ámbito de la legalidad ordinaria el control del procedimiento administrativo tramitado".

Más concretamente, y en lo que se refiere a la vulneración del derecho de audiencia la STC de 11 de junio de 1996 señala, que la omisión del trámite de audiencia no constituye una infracción susceptible de amparo puesto que las exigencias del art. 24.1 CE no son trasladables sin más a toda tramitación administrativa habida cuenta que la falta de audiencia en el procedimiento administrativo, incluso cuando es preceptiva, no comporta necesariamente indefensión con relevancia constitucional, debiendo ser corregida, en su caso, por los órganos judiciales, salvo que el procedimiento en el que aquélla se haya cometido tenga carácter sancionador.

Por lo tanto, la vulneración del artículo 24 de la Constitución solo cabe invocarse en el ámbito sancionador o punitivo, en el que resultan aplicables los principios del derecho penal, SSTC 239/1988, 164/1995 y 276/2000, y contra actos administrativos que impiden el acceso a la jurisdicción, SSTC 197/1988, 90/1985 243/1988 123/1987.

DECIMOTERCERO.- Trasladándonos al supuesto concreto aquí contemplado, y toda vez que no nos encontramos ante un supuesto en que se impida el acceso a la jurisdicción por cuanto ninguno de los motivos aducidos por la parte recurrente suponen un impedimento del acceso a la jurisdicción, pues ni la falta absoluta de procedimiento, ni la falta de audiencia del menor, ni la imposibilidad de participar en el procedimiento administrativo (no hay falta de notificación de resoluciones toda vez que no se ha dictado ninguna) suponen tal impedimento, restaría por examinar si nos encontramos ante un procedimiento sancionador, cuestión ésta que ha de merecer respuesta negativa ya que, como señalan las

SSTSJ de Madrid de 4 de marzo de 2.008 y 29 de enero de 2.009, es clara la naturaleza no sancionadora del procedimiento administrativo de repatriación de menores previsto en el art. 35 de la Ley Orgánica, ya que en dicho precepto la repatriación es una consecuencia prevista en la ley ante la presencia irregular en nuestro país de un menor extranjero no acompañado, sin que sea una respuesta sancionadora a la comisión de infracción alguna; y en la misma línea la STS de Madrid de 11 de junio de 2.007 que establece que el procedimiento administrativo de repatriación no es un procedimiento sancionador por distintas razones, entre otras la de que unir a un menor con su familia no puede ser considerado un castigo para éste. En este mismo sentido se pronuncia también la STSJ de Andalucía (Mal.) de 26 de enero de 2.007.

En consecuencia con lo expuesto, no puede considerarse vulnerado el art. 24 C.E. conforme a los términos expuestos en la demanda.

DECIMOCUARTO.- En cuanto a la vulneración de los art. 17 y 19 C.E. aduce la parte recurrente que ello se ha producido al haberse privado a los menores de su libertad deambulatoria al haberlos tenido encerrados en un polideportivo desde el comienzo de las repatriaciones, así como por el traslado efectuado desde el Polideportivo bajo custodia y escolta policial, y por su permanencia en las furgonetas de la Policía Nacional en el puesto fronterizo.

No puede estimarse este motivo de impugnación, ya que, como señalan las SSTSJ de Madrid de 4 de marzo de 2.008 y 11 de junio de 2.007, no nos encontramos aquí ante detenciones gubernativas, sino ante medidas de fuerza adoptadas por la Policía para poder ejecutar un acto administrativo al que se opone el obligado a cumplirlo, tratándose de una medida de compulsión sobre las personas, añadiendo dichas Sentencias "...que si ello fuera contrario al precepto constitucional que se cita, no se podría ejecutar ninguna expulsión, desahucios administrativos,

disoluciones de grupos de manifestantes violentos, etc.".

DECIMOQUINTO.- Establece el art. 32.2 LCJA que si el recurso tiene por objeto una actuación material constitutiva de vía de hecho, 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 art. 31.25.

Por lo tanto, y en consecuencia con todo lo hasta aquí expuesto, y toda vez que la actuación llevada a cabo por la Delegación del Gobierno de Ceuta constituye una vía hecho que vulnera el derecho a la integridad física y moral de los menores del art. 15 C.E., procede declarar contraria a derecho la actuación material llevada a cabo por la Delegación del Gobierno de Ceuta de repatriación de los menores

[REDACTED], ordenando a la administración demandada para que cese en dicha actuación y adopte las medidas necesarias para el retorno de los menores de edad repatriados.

Por el contrario, lo que no puede tener acogida es la pretensión de indemnización formulada ya que, como señala la STS de 10 de marzo de 1.994 (Sala 1ª), el defensor judicial es un cargo de nombramiento judicial para un determinado asunto, con las atribuciones que se le hayan conferido al designarlo, pero no es un representante legal del menor para la defensa y administración de su patrimonio, y por ello, cuando actúa, debe obrar dentro de las facultades precisas y concretas que se le han atribuido, y en el presente supuesto tal y como resulta del Decreto de fecha 20 de octubre de 2.021 el nombramiento de defensor judicial lo fue a los efectos de que a través de la defensora judicial los menores pudieran ser oídos en el procedimiento, pero sin que dicho nombramiento alcance a formular reclamaciones patrimoniales en su nombre, sin perjuicio, claro está del derecho de los menores de

poder reclamarlas a través de sus representantes legales.

DECIMOSEXTO.- Por lo que se refiere a las costas y habida cuenta del sustancial acogimiento de las pretensiones deducidas en la demanda, según lo dispuesto en el artículo 139 de la L.J.C.A., procede imponer las costas a las partes demandadas.

Vistos los preceptos citados, los invocados por la parte actora y demás de pertinente aplicación al caso de autos,

### F A L L O

Que estimando sustancialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por COORDINADORA DE BARRIOS PARA EL SEGUIMIENTO DE MENORES Y JOVENES, representada y asistida por la Letrado D<sup>a</sup> PATRICIA FERNANDEZ VICENS, quien también actúa en calidad de defensora judicial de los menores [REDACTED]

[REDACTED] contra la vía de hecho señalada en el antecedente de hecho primero de la presente resolución, se ordena a la Delegación del Gobierno que cese en dicha actuación y adopte las medidas necesarias para el retorno de los menores de edad repatriados. Con expresa imposición de costas a las partes demandadas.

Contra esta Sentencia podrá interponerse ante éste Juzgado recurso de apelación en el plazo de quince días a contar desde su notificación, previa consignación de la cantidad de 50 euros en la cuenta de depósitos y consignaciones de este juzgado, sin la cual no se admitirá a trámite el recurso, de conformidad con lo dispuesto en la D.A. 15<sup>a</sup> de la L.O.P.J.





Así por ésta mi Sentencia, de la que se expedirá testimonio para su unión a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

**PUBLICACIÓN.-** La anterior sentencia, ha sido dada y publicada por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez que la suscribe, hallándose celebrando audiencia pública en el día de su fecha. Doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.