



Manual básico de defensa jurídica de los menores extranjeros no acompañados (Menas)

Coordinadora de barrios de Madrid

DRARI Jurista

26 de noviembre de 2007



NOTAS GENERALES PROCEDIMIENTOS DE REPATRIACIÓN DE MENORES

- **DEMANDA Y CAUTELARÍSIMA:** es importante que la demanda vaya bien documentada. Para ello, sería ideal contactar con todos los chavales fuera del centro si fuera posible y hacemos una recogida de datos mínimos: identificativos, situación de su familia, desde cuándo lleva en España, por qué cómo y con quién vino (es importante, si allí estudiaba o no podía porque su familia no tenía recursos para ello y, a lo mejor con 11 años estaba trabajando para mantenerlos, p.ej.) centros y ciudades por los que ha pasado; qué Comunidad le ha tutelado, desde cuándo, nº exped. Tutela, teléfono de contacto con su familia en Marruecos, informes de la entidad que ejerce la tutela y de todas las asociaciones o colectivos donde el muchacho realiza actividades (equipos de fútbol, estudio de castellano . . .).

- **CONFLICTO DE INTERESES:** Al existir el conflicto de intereses, se solicita la designación de defensor judicial por parte del Juzgado de lo Contencioso Administrativo. Si entiende que no es competente (o antes que lo diga) se puede solicitar al Juzgado Civil, a través de un expediente de jurisdicción voluntaria).

- **REPRESENTACIÓN:** Para evitar inadmisiones por falta de representación es bueno solicitar a cada muchacho que haga una designación (siempre a dos letrados) que se presenta en el registro de la Fiscalía de menores. La copia sellada se adjunta junto a la demanda. Si el día de la cautelarísima el chico está en España, se hace el apud acta. Si el chico no está en España y no tenemos poder, le pedimos que lo otorgue en el

Consulado en la ciudad de Marruecos en que pueda. Ese poder lo otorgarán el padre del menor en representación de este a favor del letrado y procurador españoles. Es bueno tb. que lo otorguen a favor del procurador por si hay que recurrir al TSJ.

- **CAUTELARÍSIMA:** Como en todas, no se entra a estudiar el fondo del asunto, sólo si procede o no acordar la medida. Generalmente, los argumentos de oposición que esgrime la Abogacía del Estado son: **falta de representación** (los argumentos van en la documentación, pero los artículos que siempre debemos alegar son: **art. 18 LJCA: "tienen capacidad procesal ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, además de las personas que la ostenten con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Civil, los menores de edad para la defensa de aquellos de sus derechos e intereses legítimos cuya actuación les está permitida por el ordenamiento jurídico sin necesidad de asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela"**); **extemporaneidad**. En este sentido, mayoritariamente los jueces entienden que no concurre puesto que, tanto si se plantea por derechos fundamentales, sería vía de hecho, como por fundamentales el plazo se cuenta desde el momento en que el menor o su letrado han tenido conocimiento del hecho objeto del recurso (p.ej. el mismo día de la repatriación puesto QUE NO SE LES NOTIFICA NADA PREVIAMENTE). Finalmente, justifican la **innecesariedad de la medida** puesto que los daños causados al menor no son irreversibles (si gana el juicio puede regresar a España, incluso a costa del Gobierno español, literalmente la Jueza del JCA 26 dijo: *"el hecho de la repatriación no supone para el menor perdida alguna en sus relaciones sociales, laborales o personales, porque no realizaba otras actividades que las ocupaciones derivadas de su estancia bajo la tutela del IMMF. Y*

aunque en esta país (España) se encuentren dos hermanos del recurrentes, con permiso de trabajo, uno de ellos que asistió también a la comparecencia celebrada, no existe razón por el que ese vínculo pueda quedar perjudicado por la ejecución de la repatriación. Y en cuanto al propio regreso, cabe añadir que no hay indicios de que el menor pueda quedar desamparado en su país, constando en el expediente el domicilio donde residen sus padres y el resto de sus hermanos, al que será reintegrado para su reagrupación en las condiciones que señala el Reglamento”)

- **ACTUACIÓN DE LA FISCALÍA:** Si es por fundamentales, acuden siempre porque así lo establece la Ley, si es por Abreviado no, argumentando lo siguiente: *“Por tanto, visto que la representación y defensa de los intereses del menor corresponde única y exclusivamente al tutor del mismo, YA QUE ÉSTE SE ENCUENTRA EN SITUACIÓN LEGAL DE DESAMPARO Y EXISTE EN EL PRESENTE CASO YA QUE ES EL IMMF, y tal y como señala el propio artículo 8 de la LEC la intervención del Fiscal es provisional, subsidiaria, temporal y con carácter de urgencia hasta que se dote al interesado de los mecanismos de defensa, que en este caso ya existen al estar el menor sometido a tutela tal y como además señala expresamente la Sección 14 de la AU Prov de Madrid en Auto de 28 de abril de 2004. Por ello, el Ministerio Fiscal comunica al Juzgado que al no ser parte en el presente procedimiento, visto el cauce procesal escogido pro las Letradas, nada tiene que informar respecto de ésta ni otras posteriores resoluciones (...)”*.



ESCRITO DESIGNACIÓN MENOR

En a de de 200 .

D. , menor de edad, con permiso de residencia nº y expediente de tutela nº , actualmente con domicilio en la calle nº de , por medio del presente y al amparo del art. 24 de la Constitución española, designo para la defensa de mis intereses y para que me representen en cualquier procedimiento ya sea civil, penal o contencioso administrativo que se pueda tramitar contra mí a lo/as letrado/as del IC Don/Doña (Col. núm.) y Don/Doña (Col. núm.), con despacho profesional en la calle , nº , de) quienes en prueba de conformidad firman conmigo este escrito manifestando su expresa renuncia a la percepción de cualquier honorario o emolumento profesional que les pudiera corresponder.

Fdo.



DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

AL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO QUE POR TURNO DE REPARTO CORRESPONDA

D./Dña. y D./Dña , letrado/as del Colegio de Abogados de , Col. núm. y , con domicilio profesional en la calle de (CP.), teléfono y fax y de , **menor de edad, con pasaporte nº (del que aportamos fotocopia como documento nº 1) y domicilio en piso infantil de la entidad , sita en la calle (CP.)** según designación que acompaña a este escrito como documento nº 2 ante el Juzgado comparece y **DICE:**

Que por medio de este escrito y con base en el artículo 78.1 de la LJCA, en su redacción dada por la LO 19/2003 **FORMULO DEMANDA en Recurso Contencioso-administrativo** contra la resolución de la Delegación del Gobierno en de fecha de de , recaída en el expediente de tutela TU / , por el que se acordaba la repatriación de a Marruecos y **de la que tuvo conocimiento a través de una carta remitida por el IMMF el día de de 2007 (doc. nº 3)** y todo ello con base en los siguientes

HECHOS

PRIMERO.- Que el día le fue presentado para que firmara el recibí correspondiente de la comunicación que acompaña a este escrito como documento nº 3, en la que la Comunidad de comunicaba al menor que la Delegación del Gobierno, por resolución de *"acordaba la repatriación del referido menor a Marruecos"*.

SEGUNDO.- El hoy recurrente nació en Tánger-Marruecos el (en este acto sólo podemos aportar copia del pasaporte dado que el original le ha sido retirado por el Instituto madrileño del Menor y la Familia, lo que ha provocado que este menor de edad esté, en la actualidad, sin él).

Llegó a España en noviembre de 2005 en los bajos de un camión huyendo de la pobreza en que vivía en su país y con el ánimo de poder estudiar y completar aquí la formación obligatoria que sus padres no podían facilitarle en Tánger (doc. nº 4 que acompaña a este escrito) dado que no tenían recursos económicos para ello. Cuando llegó a Madrid tuvo que ser un vigilante de seguridad quien contactara con la policía para que poco después pudiera ingresar en el Centro de Primera Acogida de desde donde fue derivado a la residencia infantil de Nuestra Señora de Lourdes en Torrelodones.

Fue tutelado por la Comunidad de Madrid acordándose que se ejerciera la medida en acogimiento residencial **(dado que el menor no posee ningún documento relativo a este extremo solicitamos al Juzgado que requiera al Instituto Madrileño del Menor y la Familia para que aporte el expediente íntegro de tutela del menor, 08-TU-)**.

tiene 9 hermanos, siendo los únicos ingresos económicos con los que cuenta la unidad familiar los que la madre consigue vendiendo verduras y hierbas en el mercadillo, razón por la cual, cuando vivía junto a ella debió abandonar la enseñanza obligatoria y ponerse a trabajar en una fábrica de gambas cerca del puerto.

TERCERO.- , en la actualidad está perfectamente integrado en la sociedad española. **Continúa su proceso de formación realizando un curso de Garantía Social en la UFIL " " en el que cursa el perfil profesional de Construcciones Metálicas de Aluminio (doc. nº 5) donde destaca por que "está perfectamente integrado en su grupo y es un alumno siempre dispuesto a ayudar a sus compañeros y a cualquiera de sus profesores"**

A , en el expediente de repatriación que se ha debido instruir, **no se le ha oído conforme a Derecho (es decir en sede de la Administración del Estado y asistido de letrado). La Administración tampoco ha valorado (emitiendo el oportuno informe) la conveniencia o no de que el menor (de conformidad con el principio general del interés superior del menor) permanezca en España o sea repatriado a Marruecos. Pero tampoco se le ha notificado la resolución en la que se acuerda su repatriación, impidiéndole el acceso a los correspondientes recursos.**

CUARTO.- La precaria situación económica de la familia de en Marruecos, frente a su buena integración en España desaconsejan su repatriación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente el Juzgado al que me dirijo conforme a lo preceptuado por el artículo 8.4 de la LJCA, en la redacción dada por la LO 19/2003 de 23 de diciembre.

II

En cuanto al procedimiento, se seguirá por los trámites del procedimiento abreviado conforme a lo preceptuado por el artículo 78.1 de la LJCA, en la redacción dada por la LO 19/2003 de 23 de diciembre.

III

Legitimación: artículos 19 y 21 de la LJCA. Conforme al artículo 18 de la LJCA comparece el menor por sí al pretender el ejercicio de una acción impugnatoria dirigida al control de la validez de una actuación administrativa unilateral de resolución de una relación jurídico-administrativa en la que el menor ha accedido a una situación jurídica individualizada sin necesitar de la asistencia de su representante legal dado que tiene capacidad de obrar suficiente para comparecer por sí mismo en juicio y para otorgar poderes puesto que se trata de una decisión de carácter personalísimo afectante a su esfera personal y familiar.

IV

En el presente procedimiento, todos y cada uno de los organismos de las distintas Administraciones que han intervenido, lo han hecho vulnerando gravemente varios preceptos legales, que se dirán. Por lo que a juicio de esta parte la nulidad radical de la resolución hoy recurrida es evidente. La **Sala de lo contencioso administrativo del TSJ de Andalucía en Sevilla, sentencia de 11 de diciembre de 1997** señala que la importancia del sometimiento de la Administración al Derecho, y las consecuencias de nulidad en el expediente que este no sometimiento puede acarrear: *"Conviene recordar que el sometimiento de la Administración no sólo a la Ley, sino también al Derecho, no es mera declaración de principio sin plasmación normativa capaz de crear un vínculo obligacional; vínculo obligacional del que la Administración no puede sustraerse so pena de incurrir en ilegalidad en su actuar y el art. 103.1 CE representa tal realidad normativa que implica el sometimiento de la Administración a los principios generales del Derecho, entre los que se cuenta el de interdicción de la arbitrariedad, art. 9.3 CE, por lo que a tenor el control jurisdiccional, art. 106.1 CE, ha de extenderse, a la comprobación de la sinceridad de las causas puramente regladas que justifican la decisión. Incorre, desde luego, en arbitrariedad la actuación que basa su decisión en la concurrencia de unos requisitos cuya realidad no resulta justificada. La justificación sería y real, una vez que no se pone en cuestión la concurrencia del*

resto de los requisitos para acceder a la solicitud nominativa, resulta esencial e insoslayable, y su falta va a determinar la nulidad de la actuación."

La STS de 1 de octubre de 1992, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 4ª, señala que "el derecho al procedimiento administrativo forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva", de manera que cuando el procedimiento administrativo ni siquiera se abre no sólo sufre de esta manera directa el derecho a la tutela judicial efectiva, sino también, de manera indirecta en cuanto que se dificulta, restringe o limita la posibilidad de revisar los actos administrativos. No hay que perder de vista que si bien no nos encontramos en el presente caso en un procedimiento sancionador, lo cierto es que de él se pueden derivar medidas muy gravosas para el hoy recurrente, que, desde una perspectiva material, resultan equiparables a verdaderas sanciones.

V

La Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997 relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros (97/C 221/03). Define en su artículo 1 el concepto de menor extranjero no acompañado: "1. La presente Resolución se refiere a los menores de 18 años nacionales de países terceros que lleguen al territorio de los Estados miembros sin ir acompañados de un adulto responsable de los mismos, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres, en tanto en cuanto no estén efectivamente bajo el cuidado de un adulto responsable de ellos". Por su condición de extranjero, al menor no acompañado procedente de un tercer Estado, le son de aplicación las normas previstas en la LO 4/00 (reformada por la LO 8/00, 11/03 y 14/03) y el Reglamento que la desarrolla (RD 2393/04). Son varios los preceptos legales y reglamentarios que deberían poder conjugarse para construir un sistema normativo coherente, y por supuesto respetuoso con los Convenios internacionales suscritos por España en materia de protección de menores, así como con nuestra propia normativa interna de protección (**LO 1/96 de Protección jurídica del menor, artículo 1** "La presente Ley y sus disposiciones de desarrollo son de aplicación a los menores de 18 años que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de la ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad").

VI

Conforme al **artículo 39.4 de la CE**: "Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos" La **Convención de Derechos del niño de Naciones Unidas de 20 de noviembre del año 1989**. Por lo tanto y al establecer de manera clara el **artículo 3 de la LO**

1/96 que: "...las disposiciones legales relativas a las personas menores de edad, se interpretarán de conformidad con los Tratados Internacionales de los que España sea parte y, especialmente, de acuerdo con la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989", ese será el criterio de interpretación de todas las normas de extranjería que hacen referencia a los menores de edad. Conforme a lo previsto en el **artículo 3 de la Convención**: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una **consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño**". Nuestra legislación interna, al trasladar a nuestro ordenamiento ese principio, ha sido más categórica no dejando el principio del interés superior del menor como una consideración primordial, sino primando ese interés por encima de cualquier otro interés legítimo; así en el **artículo 2 de la LO 1/96**: "En la aplicación de la presente Ley **primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir**".

VII

En la legislación de extranjería, el **artículo 3 de la LO 4/00 de Derechos y Libertades de los extranjeros en España y de su integración social**, consagra como principio interpretativo general que: "...se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles." En concreto, y en lo que se refiere al caso concreto, interesa resaltar que expresamente el **artículo 20** de la LO 4/00 consagra el derecho a la tutela judicial efectiva, haciendo referencia en su apartado 2 a que: "los procedimientos administrativos que se establezcan en materia de extranjería respetarán en todo caso las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo, especialmente en lo relativo a....**audiencia del interesado** y motivación de las resoluciones". Este es el marco en el que debiera abordar la LO 4/00 y el Reglamento de desarrollo la situación de los menores extranjeros no acompañados, y este es el marco en el que debería encuadrarse la actuación de las distintas Administraciones competentes. El **artículo 35 de la LO 4/00**: "1. En los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas, que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias. 2. Determinada la edad, si se tratase de un menor, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores. 3. La **Administración del Estado, conforme al principio de reagrupación familiar del menor y previo informe de los servicios de protección de menores resolverá lo que proceda sobre el retorno a su país de origen o a aquél donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto, sobre su permanencia en España.** 4. Se

considerará regular a todos los efectos la residencia de los menores que sean tutelados por una Administración pública. A instancia del organismo que ejerza la tutela y una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen, se le otorgará un permiso de residencia, cuyos efectos se retrotraerán al momento en que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores. 5. Los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado adoptarán las medidas técnicas necesarias para la identificación de los menores extranjeros indocumentados, con el fin de conocer las posibles referencias que sobre ellos pudieran existir en alguna institución pública nacional o extranjera encargada de su protección. Estos datos no podrán ser usados para una finalidad distinta a la prevista en este apartado". Y su desarrollo reglamentario: 1. En los supuestos en que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tengan conocimiento de o localicen en España a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, informará a los Servicios de Protección de Menores para que, en su caso, le presten la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor. Con carácter inmediato se pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario y urgente, realizarán las pruebas necesarias. 2. Determinada la edad, si se tratase de un menor, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los Servicios competentes de Protección de Menores. 3. Si durante el procedimiento de determinación de la edad el menor precisara atención inmediata, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado lo solicitarán a los Servicios competentes de Protección de Menores. 4. **La Administración General del Estado, conforme al principio de reagrupación familiar del menor, después de haber oído al menor, y previo informe de los Servicios de Protección de Menores, resolverá lo que proceda sobre la repatriación a su país de origen o a aquél donde se encontrasen sus familiares, o, en su defecto, sobre su permanencia en España. De acuerdo con el principio del interés superior del menor, la repatriación a su país de origen solamente se acordará si se dieran las condiciones para la efectiva reagrupación familiar del menor o para la adecuada tutela por parte de los Servicios de Protección de Menores del país de origen. El procedimiento se iniciará de oficio por la Administración General del Estado o, en su caso, a propuesta de la entidad pública que ejerce la tutela del menor.** El órgano encargado de la tutela del menor facilitará a la autoridad gubernativa cualquier información que conozca relativa a la identidad del menor, su familia, su país o su domicilio, y pondrá en su conocimiento las **gestiones que haya podido realizar para localizar a la familia del menor.** La **autoridad gubernativa pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal todas las actuaciones llevadas a cabo en este procedimiento.** La Administración General del Estado, competente para llevar a cabo los trámites relativos a la repatriación desde España de un menor extranjero en situación de desamparo, actuará a través de las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno, quienes solicitarán de la

Comisaría General de Extranjería y Documentación la realización de las gestiones necesarias ante las Embajadas y Consulados correspondientes, con el fin de **localizar a los familiares de los menores o, en su defecto, los servicios de protección de menores de su país de origen que se hicieren responsables de ellos.** Si no existiera representación diplomática en España, estas gestiones se canalizarán a través del Ministerio de Asuntos Exteriores. **Una vez localizada la familia del menor o, en su defecto, los servicios de protección de menores de su país, se procederá a la repatriación mediante su entrega a las autoridades de fronteras del país al que se repatrie. No procederá esta medida cuando se hubiera verificado la existencia de riesgo o peligro para la integridad del menor, de su persecución o la de sus familiares.** En el caso de que el menor se encontrase incurso en un proceso judicial, la repatriación quedará condicionada a la autorización judicial. En todo caso deberá constar en el expediente la comunicación al Ministerio Fiscal. La repatriación del menor será acordada por el Delegado del Gobierno o por el Subdelegado del Gobierno y ejecutada por los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía. La repatriación se efectuará a costa de la familia del menor o de los servicios de protección de menores de su país. En caso contrario, se comunicará al representante diplomático o consular de su país a estos efectos. Subsidiariamente, la Administración General del Estado se hará cargo del coste de la repatriación. 5. Transcurridos nueve meses desde que el menor ha sido puesto a disposición de los Servicios competentes de Protección de Menores a la que se refiere el apartado 2 de este artículo, y una vez intentada la repatriación con su familia o al país de origen, si ésta no hubiere sido posible, se procederá a otorgarle la autorización de residencia a la que se refiere el artículo 35.4 de la Ley Orgánica 4/2000. En todo caso, el hecho de no contar con autorización de residencia no supondrá obstáculo para el acceso del menor a aquellas actividades o programas de educación o formación que, a criterio de la entidad de protección de menores competente, redunden en su beneficio. El hecho de que se haya autorizado la residencia, no será impedimento para la repatriación del menor, cuando posteriormente pueda realizarse conforme lo previsto en este artículo. 6. Si se trata de menores solicitantes de asilo, se estará a lo dispuesto en el párrafo cuarto del artículo 15 del Reglamento de ejecución de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, aprobado por Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero.

VIII

De la interpretación conjunta de los preceptos anteriormente citados para el caso que nos ocupa se deduce que:

1º.- Solo procederá la repatriación del menor cuando conste **suficientemente acreditado que esa medida es la que más favorece al menor en ese caso concreto, extremo que en el caso de xxxxxxxx no consta acreditado, no constan informes en los que se justifique la**

bondad de la repatriación frente a que pueda continuar en España para desarrollar su proyecto migratorio que incorpora su inequívoca voluntad de querer estudiar, lo que no pudo hacer en su país de origen.

2º.- La repatriación de un menor de edad extranjero exige la **tramitación de dos procedimientos administrativos diferenciados** que habrán de cumplir todas y cada una de las garantías que para el procedimiento administrativo general prevé la legislación vigente. Por lo tanto, en el presente caso, la Delegación del Gobierno en Madrid debería haber instruido un expediente administrativo en el que, teniendo el menor la condición de interesado, se le hubiera comunicado la incoación del expediente, trámite de audiencia y por último se le debiera haber notificado la resolución recaída en el procedimiento administrativo. Por otra parte la Comunidad de Madrid, debiera haber comunicado al menor el inicio del expediente en el que se iba a proponer su repatriación, así como debiera constar en el mismo informe social relativo a la situación real y actual de la familia del menor, en el que se reflejara que se había comprobado suficientemente que se daban las condiciones para la efectiva reagrupación familiar o para la adecuada tutela por parte de los servicios de protección de menores en Marruecos.

Esta confusión de procedimientos se pone de manifiesto porque **NO EXISTE UN EXPEDIENTE DE REPATRIACIÓN CON NÚMERO PROPIO**, sólo se hace referencia al expediente de tutela, y la entidad tutelar no es la competente en esta materia (es la Administración del Estado quien debe incoar el expediente y dar traslado a la entidad tutelar para instruirlo, arts. 35 LO 4/00 y 92.4 del Reglamento que la desarrolla, 2393/04).

3º.- En todo caso, y en todos y cada uno de los procedimientos instruidos debería **constar que se ha dado cumplimiento efectivo al ejercicio del derecho a ser oído que el menor** tiene en los procedimientos que le afectan. En concreto, y de manera específica, debiera quedar acreditado que conforme a lo previsto en el apartado 4 del artículo 92 del RD 2393/04, que el menor ha sido oído en referencia al procedimiento de repatriación y con anterioridad a haberse acordado ésta. **Y si, como ocurre en el presente supuesto, existe una contraposición de intereses clara entre el tutelado, que se niega a ser repatriado, y el tutor que propone la repatriación, se deberá suspender el procedimiento hasta que le sea nombrado defensor judicial** (que podría recaer en esta letrada, firmante de la demanda) Habiendo dado traslado de todas estas actuaciones al Ministerio Fiscal, lo que no se ha hecho. Por ello, solicitamos al Juzgado que promueva, dada la urgencia del caso, la solicitud de **nombramiento de Defensor Judicial** del menor , tal y como ya realizara, por el mismo procedimiento el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de Santander (doc. nº 6).

Con relación a que el menor no ha sido oído la sentencia del JCA nº 15 de Madrid, de 7 de mayo de 2007 es clara al respecto (doc. nº 7, pág. 13) : *“si el proceso, lo sea judicial o administrativo (importando poco en este caso lo sea sancionador o no) se configura como una controversia, lucha o pugna entre las partes afectadas, en la que todos han de contar con igualdad de armas o posibilidades de ataque y de defensa, la discriminación o desigualdad, y por tanto la vulneración de derechos fundamentales, se produciría desde el momento en que a alguna de ellas no se le permitiera o diera la posibilidad de intervenir en él en las mismas condiciones en que lo hagan los demás, ni tampoco de valerse después de los recursos a que tenga derecho, incluido este judicial.*

Y eso, en opinión del juzgador es lo que ha ocurrido aquí con la repatriación del menor- ya que frente a la solicitud cursada por la Comunidad de Madrid a la Delegación del Gobierno , es más que palmario, que por parte de la Autoridad no se adoptó decisión alguna que en cumplimiento de aquellas normas legales imperativas diera entrada en el expediente administrativo al menor afectado. Teniendo así, que contar en aquellos momentos con 17 años de edad y por tanto con suficiente juicio y madurez resultaba, no ya necesaria, sino obligada.

Tal carencia –la de no haber tenido como parte interesada en el expediente al menor (que no la simple omisión de un trámite de audiencia más o menos preceptivo) ni en su consecuencia, permitirle el acceso a los recursos- por lo que comporta de discriminatoria respecto de la parte que promovió la actuación para la repatriación es generadora de desigualdad manifiesta por razón de edad, y consiguientemente de indefensión clara para el menor por no haber sido oído (STC de 19 de abril de 2004)”.

4º.- Sin perjuicio de que esté previsto en el RD 2393/04 (art. 92.4) que la entrega del menor se realizará a las autoridades de frontera, a juicio de esta parte, ese precepto reglamentario es contrario a los principios y preceptos legales expuestos anteriormente, ya que no es posible que el Estado español garantice que se procede a la efectiva repatriación o a la adecuada tutela si a quien se entrega el menor es a las autoridades de frontera.

5º.- Por tanto, se acordó la repatriación de Said **contra su voluntad**, existiendo así un conflicto de intereses entre la entidad tutelar y el menor (y en sin oírle y sin que se le haya sido notificado la resolución acordada (no olvidemos que lo único que se le ha entregado ha sido una carta del IMMF en la que consta que se le informa de que se ha acordado su repatriación, pero en ningún caso se le entrega la resolución) Al no estar presente un letrado, privándole de la defensa de un letrado de su confianza para que le asesorase sobre la conveniencia o no de recurrir esa resolución que nunca le fue notificada.

Encontrándonos así, **“ante una resolución (el acuerdo de repatriación) nula de pleno derecho, cuando no, ante una vía de hecho, ya que las vías de hecho se caracterizan por tratarse de actuaciones administrativas llevadas a cabo sin la necesaria cobertura jurídica, al carecer de sus requisitos más sustanciales, es decir, aparentando lo que no es, al actuar al margen de cualquier decisión adoptada regularmente en el procedimiento de que se trate, aunque , como aquí ocurre, formalmente exista una resolución expresa del órgano con competencia para decidir. Vía de hecho que resultaría extensiva igualmente a la fase de ejecución del acto, desde el momento en que, como es de ver, no existe tampoco actuación alguna que así lo disponga”** (ST JCA nº 15 de Madrid, de 7 de mayo de 2007) (doc. 7, pág. 10).

IX

En cuanto a las costas, con base en el artículo 139.1 de la LJCA, esta parte entiende que se ofrecen méritos suficientes para una imposición particularizada a la Administración general del Estado, por las costas causadas en este proceso.

Con base en lo expuesto,

SOLICITO AL JUZGADO tenga por presentado este escrito, con sus copias y la documentación que lo acompaña, y previos los trámites legales oportunos acuerde dictar sentencia en la que declare:

a).- La nulidad radical de la resolución dictada por el Delegado del Gobierno en Madrid de 24 de marzo de 2006 que acuerda la repatriación del hoy recurrente por haberse dictado VULNERANDO el procedimiento establecido para ello en los artículos 35 de la LO 4/00 y 75.2 c y 92 del RD 2393/04.

b).- Reconocimiento de la situación jurídica individualizada del recurrente , procediéndose a la inmediata devolución de su pasaporte y dado que ya lleva más de 9 meses en España se proceda a su inmediata documentación gestionándose su permiso de residencia, **acordándose su permanencia en la residencia infantil de la entidad Tomillo donde vive en la actualidad.**

c) **Nombramiento de defensor judicial** para el menor , recayendo esta designación en la letrada **Doña** , firmante de esta demanda, dado el palmario conflicto de intereses existente entre y la entidad tutelar, el Instituto Madrileño del Menor y la Familia.

PRIMER OTROSI DIGO que a los efectos del artículo 40 de la LJCA esta parte manifiesta que la cuantía del presente recurso es indeterminada, por lo que **SOLICITO AL JUZGADO** tenga por hecha la anterior manifestación a los efectos oportunos.

SEGUNDO OTROSÍ DIGO que con base en el artículo 60 de la LJCA solicito el recibimiento a prueba que versará sobre los siguientes extremos, la nulidad radical de la resolución recurrida, la integración del menor en España, el perjuicio moral y psicológico que le está causando este proceso de repatriación sin ajustarse a derecho y el reconocimiento de la situación jurídica individualizada del recurrente.

SOLICITO AL JUZGADO tenga por hechas las anteriores manifestaciones y por solicitado en tiempo y forma el recibimiento a prueba.

TERCER OTROSI DIGO Que al amparo de lo previsto en el artículo **135 de la LJCA**, al derecho de esta parte interesa la **adopción de la siguiente MEDIDA CAUTELARÍSIMA que deberá mantenerse** durante la sustanciación de este procedimiento: **Que se deje sin efecto la resolución de repatriación acordada en tanto en cuanto se tramita el presente procedimiento dado que de la ejecución de la misma se derivan consecuencias irreparables para el demandante,**

Y todo ello con base en las siguientes,

ALEGACIONES

PRIMERA.- El artículo 129 de la Ley 29/98, de 13 de diciembre, reguladora de la Jurisdicción Contenciosa - Administrativa, posibilita a los interesados solicitar en cualquier estado del proceso *"la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia"*. No dejar en suspenso la ejecución de la resolución de repatriación supondría que la reagrupación familiar/expulsión habría de producirle unos perjuicios de imposible reparación que, en parte afectarían a su esfera personal (sentencias de 15 de enero de 1997 y de 23 de marzo de 1999 entre otras), matizando este criterio en el sentido de que no es solo la mera pendencia de un recurso contencioso administrativo contra la resolución que ordena la expulsión o la dificultad de defenderse en el proceso el ciudadano extranjero expulsado, lo que lleva a acordar la suspensión. Conforme al artículo 130 de la LJCA, habrá que acreditar en cada caso concreto lo que tradicionalmente se ha llamado el *periculum in mora*, conforme ha interpretado la jurisprudencia, será quien solicite la adopción de la medida cautelar quien habrá de probar que la no adopción de la medida que solicita puede privar de finalidad al recurso, valorando además los intereses en conflicto.

En el caso que nos ocupa, su repatriación comportaría un daño irreparable, como es el de que **interrumpa sus estudios (que ya debió abandonar siendo obligatorios cuando vivía en Marruecos) y quebraría definitivamente su integración en España, alcanzada después de superar muchas dificultades en una edad en la que ha debido asumir riesgos (el de su propia vida al venir a España en los bajos de un camión) y responsabilidades impropias de una persona de su edad. En este sentido "no acordar la suspensión podría parecer, no ya un claro incumplimiento o desobediencia de las decisiones judiciales, sino una voluntad malévola de castigar al menor y de descabalar la situación estable que mantenía; sobre todo si tenemos en cuenta que para hacer lo que se ha hecho, ni tan siquiera se ha contado con la aquiescencia del Juzgado, ni se ha tratado de justificar tampoco que era de todo punto imposible reintegrarle en la misma residencia". (Auto, JCA nº 15 de 11 de diciembre de 2006)**

SEGUNDA.- El recurrente no fue informado de la iniciación del expediente, no fue oído durante la tramitación del mismo (tramitación durante la que tampoco gozó de asistencia letrada, más allá de la de la letrada del IMMF cuyos intereses eran contrarios a los del menor (el menor deseaba quedarse en España y el IMMF deseaba repatriarlo). Tampoco se le notificó ni a día de hoy se le ha notificado la resolución por la que se iba a proceder a su repatriación, por lo que al no notificársele, no pudo utilizar los mecanismos legalmente establecidos para su defensa (como es la posibilidad de recurrir ese acuerdo que vulnera sus derechos y es contrario a sus intereses) ni tampoco se puso en conocimiento del Ministerio Fiscal toda esta tramitación. Lo único que ha recibido es una comunicación de una resolución que podría parecer firme e irrecurrible dado el momento en que se dictó.

Existe un conflicto de intereses entre la entidad tutelar y el menor, quien acude asistido a este procedimiento de una letrada de su confianza, dado que *"al ser un acto que afecta al ámbito de la personalidad del menor y no puede ponerse en tela de juicio su capacidad para comparecer en juicio (...)"* (Auto JCA nº 23 de Madrid de 18 de enero de 2007).

TERCERA.- Por todo lo anterior, queda suficientemente acreditado a juicio de esta parte, el notorio y grave perjuicio que ya le ha ocasionado al menor la resolución de repatriación adoptada por el Delegado del Gobierno en Madrid, perjuicio que se hubiera evitado si la Administración, actuando conforme a derecho, hubiera oído al menor y le hubiera notificado en tiempo y forma la resolución adoptada y se le hubiera informado de los recursos que contra la misma cabría interponer (lo que hasta este momento no se ha hecho) y, llegado el caso, se le hubiese nombrado defensor judicial que defendiera sus intereses, contrapuestos en el caso presente a los de su tutor y se hubiese notificado todo esto al Ministerio Fiscal. En fin, que solo la actuación por la vía de los hechos de la Delegación del Gobierno en Madrid es

la responsable de la situación en la que se encuentra ahora el menor, por lo que procede la adopción de la medida cautelar que se solicita a fin de no dejar sin contenido la resolución que pudiera recaer en el presente procedimiento. Su repatriación supondría quebrar absolutamente la integración que ya ha alcanzado en España (acreditada con la documentación que acompaña a este escrito).

De conformidad con lo expuesto se insta que a la mayor brevedad posible se restituya al menor en su situación inicial y se le mantenga en la residencia infantil de la entidad donde está residiendo, bajo la guarda del director de la misma.

Por lo expuesto,

SOLICITO AL JUZGADO tenga por efectuadas las anteriores manifestaciones y, tras los trámites legales oportunos, dicte Auto por el que se acuerde dejar en suspenso la resolución recurrida dadas las irreparables consecuencias que podría tener para el hoy recurrente.

Por ser de justicia que pido en a de de 2007.



DEMANDA PROTECCION DERECHOS FUNDAMENTALES

AL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO NÚM. DE LOS DE

Don XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX letrado del ICAM, en nombre y representación letrada del menor de edad **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**, con número de pasaporte **XXXXXXX**, que debidamente tengo acreditada mediante apoderamiento otorgado apud acta ante ese Órgano Jurisdiccional, ante ese Juzgado Contencioso Administrativo de los de Madrid comparece y como mejor proceda en Derecho, DICE:

Que mediante el presente escrito vienen a formular demanda en el **RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES** contra la Resolución de 10 de noviembre de 2005 dictada por el Delegado del Gobierno en Madrid acordando la repatriación del menor **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX** a Marruecos y que en cualquier caso no le ha sido notificada, así como contra la ejecución instada.

Todo lo anterior, con fundamento en lo siguientes hechos y fundamentos jurídicos

HECHOS

1.- Circunstancias personales del menor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX en Marruecos.

El instinto de supervivencia y las circunstancias personales, familiares y sociales del menor en su país de origen, provocaron la llegada del mismo a España (Anas tiene cuatro hermanos, carece de padre y su madre no tiene trabajo)

Acompañamos como **documento número 1**, Acta de fallecimiento de Don **XXXXXX XXXXXXXX**, padre del menor recurrente, acaecido el 17/12/2004.

Acompañamos como **documento número 2**, Copia del Libro de Estado Civil del Reino de Marruecos de la familia del menor acreditativo de lo anterior.

2.- Llegada del menor a España: Acogida del menor en el Centro de Primera Acogida de Hortaleza de los servicios de Protección de Menores de la Comunidad de Madrid.

A principios de marzo de 2005, el menor llegó sólo a Madrid procedente de Marruecos bajo los ejes de un autobús. Tras una breve pero dramática estancia en las calles de esta capital, fue conducido por una educadora de la Asociación XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXa los efectivos de la Policía Nacional de la Fiscalía de Menores de Madrid (en adelante, GRUME) al tratarse de un menor extranjero indocumentado.

El 14 de marzo de 2005, tras practicarse pruebas radiológicas indicadoras de aquella minoría de edad, se procedió por dicho GRUME a poner al menor bajo los servicios de protección de menores de la Comunidad de Madrid, esto es, el Instituto Madrileño del Menor y la Familia (en adelante IMMF), organismo autónomo dependiente de la Conserjería de Familia y Asuntos Sociales de la Comunidad de Madrid, siendo conducido aquel, al Centro de Primera Acogida de menores del distrito de Hortaleza, sito en la calle Mar Caspio núm. 8.

3.- Constitución de Tutela del Menor por el Instituto Madrileño del Menor y la Familia.

3.1 Constatación del desamparo del menor.

El 28 de marzo de 2005, es realizada una entrevista o exploración al menor de edad por técnicos del IMMF con el fin de constatar el desamparo del mismo.

Dicha entrevista será recogida en el documento denominado "**Acta de Audiencia**"; consignándose como puede ser observado: fecha y motivo de ingreso, fecha y lugar de nacimiento, país de procedencia, fecha aproximada de entrada en España, lugar por donde entró, motivos por lo que vino a España y interés por el que quiere marcharse o quedarse. **El menor manifiesta su intención de querer quedarse en España y trabajar de chapista o camarero.**

Este "Acta de audiencia", será equívocamente considerada como la audiencia al menor interesado prescrita para el procedimiento de repatriación y regulada en el artículo 92.4 del Reglamento de Extranjería (RD 2393/04) de la LO 4/2000, de 11 de enero.

Se acompaña como **documento núm. 3**, la mal denominada "Acta de Audiencia" al menor interesado.

3.2- Constitución de Tutela del menor.

El 29 de marzo de 2003, el Instituto Madrileño del Menor y la Familia de la Comunidad de Madrid, constituye la tutela del menor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, al amparo de lo dispuesto por el artículo 172 del Código Civil, acordando:

1º) "Declarar la situación de desamparo del menor... (Anas Hadad).. por el imposible ejercicio de los deberes de protección establecidos en por las leyes para la guarda del menor por parte de sus padres.

2º) "Constituir su tutela de dicho menor/es, la cual es asumida por la Comisión de Tutela del Menor por ministerio de la Ley".

3º) "Para asegurar la adecuada asistencia del menor/es, deberá ingresar en el Centro de Acogida de Hortaleza."

4º) "Solicitar de la Administración Central competente la iniciación de los trámites relativos para la reincorporación del menor en su núcleo familiar". **Resulta llamativo que se omita que el menor no quiere volver a Marruecos puesto que manifiesta quiere quedarse en España tal y como manifiesta en el denominado "acta de audiencia".**

Se constituye así la tutela del menor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, con fecha de nacimiento 01-01- (según Rx) con el Número _____/05 y Expediente de Tutela TU: _____/05.

Esta Resolución se notifica al "Ministerio Fiscal y demás interesados" (**pero no al menor que era el mas interesado**) y cabe "contra la Resolución Formal de constitución de Tutela de la Menor efectuar alegaciones ante el Pleno de la Comisión de Tutela del Menor o impugnarla ante el Juzgado de Familia correspondiente de Madrid."

Se acompaña como **documento núm. 4** Resolución de Tutela del menor.

Tras esta Resolución de Tutela queda suspendida la patria potestad de los padres del menor y formalizada la tutela administrativa del mismo.

El 6 de abril de 2005, XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX es derivado al recurso de protección de la XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX., sito en la XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX s/n XXXXXXX

4.- Consentimiento materno al acogimiento del menor por los servicios de protección.

El 11 de abril de 2.005, Doña XXXXXXXXXXXXXXXX, viuda y madre del menor, ama de casa y sin profesión, otorga consentimiento a la tutela constituida por el IMMF con el Nº _____/05 y Expte. De TU

/05, y sin ninguna reserva por lo que respecta al entonces presente y futuro de su hijo.

Se acompaña como **documento núm. 5**, Copia del Consentimiento materno.

5.- Conclusión del Expediente de Protección del menor en el IMMF y solicitud a la Delegación del Gobierno en Madrid del inicio de los trámites para la repatriación del menor.

5.1 Conclusión del Expediente.

El 12 de abril de 2005, la Comisión de Tutela del IMMF (sello y firma del Vicepresidente y Secretario), acuerda tener por completada la instrucción del Expediente de constitución de Tutela: TU /05 y en su punto 4º, se expresa:

1. "Dada la edad del menor, su desarraigo social y falta de referentes adultos, deberá gestionarse a la mayor brevedad posible su reagrupación familiar en su país de origen o en su defecto de resultar imposible este trámite proceder a su regularización a la mayor brevedad posible en España" (No recoge en absoluto la opinión del menor que a fecha de hoy tiene un fuerte arraigo personal, social y laboral)

Acompañamos como **documento núm. 6**, copia el referido acuerdo.

5.2 Propuesta de repatriación a la Delegación del Gobierno.

El 27 de septiembre de 2005, el Presidente de la Comisión Tutelar del Menor del IMMF, solicita de la Delegación del Gobierno en Madrid, "el inicio de los trámites relativos a la repatriación del menor extranjero tutelado XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX".

En dicho documento, ni se menciona el consentimiento materno a la tutela asumida por el IMMF ni a las circunstancias familiares del menor en España y su país de origen.

Acompañamos como **documento núm. 7**, Propuesta de repatriación.

6.- Resolución de Repatriación

El 10 de noviembre de 2005, el Delegado del Gobierno dicta Resolución de repatriación del menor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX a su país de origen.

Apuntamos que dicha resolución tiene como número de expediente en la Delegación del Gobierno el mismo que tiene el IMMF para el

expediente de tutela: Expediente CT 0442/05 (¿no debería tener número propio?). Resaltamos los siguientes extremos:

1. Por el citado IMMF (..) se comunica que el menor fue citado para realizar el trámite de audiencia al interesado. Igualmente se ha facilitado (...), proponiéndose la repatriación a su país de origen. **La Delegación del Gobierno vuelve a confundir la entrevista de exploración del desamparo del menor de 28-03-2005 con la audiencia al menor que le compete realizar según el artículo 62 del RELOEX – actual 92 del mismo-. La Delegación del Gobierno hace dejación de funciones en una materia que constitucionalmente tiene atribuida., ¿Por qué no se realiza la audiencia personal al menor en fechas cercanas a ese acuerdo de repatriación para que la Delegación del Gobierno pueda tener una visión lo más completa posible del menor y sus circunstancias y resolver en equidad y derecho conforme a su interés superior?...**
2. Vistas las circunstancias que en el presente caso concurren y no suponiendo el retorno del menor a su país peligro para su integridad o la de sus familiares, esta Delegación del Gobierno, en uso de las facultades que se le confieren y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 35.2 de la LO 4/200 de 11 de enero, reformada por las Leyes Orgánicas 8/2000 de 21 de diciembre y 14/2003 de 20 de noviembre, acuerda la repatriación del citado menor a Marruecos. **¿A qué circunstancias se refiere el Delegado del Gobierno?, ¿Por qué no se pondera el interés superior del menor por la Delegación del Gobierno en Madrid? ¿Que intereses distintos a los del superior interés subyacen en ese acuerdo?**
3. (..) Notifíquese la presente resolución al representante legal del menor, con la advertencia de que contra la misma puede interponer recurso potestativo de reposición ante esta Delegación del Gobierno en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a su notificación (art. 116 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, modificada (..) o en su caso recurso Contencioso Administrativo ante los Juzgados de lo Contencioso Administrativo de Madrid, en el plazo de 2 meses contados desde el día siguiente al de la notificación (...)**¿Por qué no da traslado al menor para que conozca la Resolución a fin de que pueda conocer su situación y defender sus intereses legítimos?, ¿Por qué no ha garantizado la publicidad de su expediente al menor interesado cuando afecta a su esfera personal, familiar y social?**

Destacamos que, esa Resolución no se notifica ni al IMMF, ni al Ministerio Fiscal y por supuesto tampoco al menor al menor interesado, ni tampoco se le da traslado o conocimiento de dicha Resolución ni de la fecha de ejecución de la misma. La indefensión no puede ser más absoluta.

Acompañamos como **documento núm. 8** Resolución de repatriación 10-noviembre-2005

7.- Derivación del menor desde la Asociación XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX a un recurso de vida independiente.

El 16 de febrero de 2006, el menor fue trasladado a un recurso residencial de vida autónoma e independiente dentro del marco educativo y pedagógico desarrollado por la citada Entidad

En otro orden de cosas, el 27 de febrero de 2006, la citada ONG efectúa por registro administrativo del IMMF solicitud de inicio de los trámites ante la Delegación del Gobierno la concesión del permiso de residencia contemplado en el artículo 35 de la LO 4/2000 de 11 de enero, suministrando al citado Instituto, junto con toda la documentación necesaria el pasaporte del menor para tales fines.

Resulta sorprendente que la citada solicitud de regularización efectuada por la ONG al IMMF no conste en el expediente de protección remitido a este Juzgado, por lo que nuevamente se ponen de manifiesto obstáculos ante este Juzgado que evidencian una clara falta de colaboración por parte del IMMF.

8.- Intento de repatriación

El 10 de Marzo de 2006, desde el IMMF se remite a la Brigada Provincial de Extranjería y Documentación, 2º Grupo operativo de Extranjeros, Pasaporte del Menor para su repatriación al País de origen.

Acompañamos como **documento núm. 9**, copia del escrito dirigido a la Brigada por el IMMF.

"El lunes día 27 de marzo de 2006, Anas había sido trasladado a la pensión de la c/ Pez, núm. 40. La noche del 27 la directora del Centro supo que al día siguiente si la policía no podía llevar a cabo la reagrupación de otro menor, iría a buscar al menor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX para su reagrupación.

El 28 de de marzo de 2006, a las 7:00 de la mañana, la coordinadora de vida independiente acompañada del Presidente de XXXXX se personaron en la puerta de la pensión con la policía. A las 8:00 de la mañana los dueños de la pensión nos comunican que el menor no había dormido allí aquella noche pero que tenía en la pensión sus pertenencias. La policía preguntó donde estaba el taller del menor y se dio la información que necesitaron. Delante de la policía la coordinadora del programa llamó al menor por teléfono y le comunicó que era mejor que se entregara, el menor corto la llamada y la policía se marchó"

Acompañamos como **documento núm. 10**, copia del informe de incidencias de AFAS.

Ante el miedo de que aquella llamada invitándole a que se entregase a la Policía fuese para efectuarse su repatriación a Marruecos, abandona el recurso residencial de vida independiente en el que venía residiendo, pasando desde entonces a vivir en la calle.

En fechas posteriores, el menor entra en contacto con miembros de la Asociación XXXXXXXXXX, quienes ante la dramática situación en la que se encuentra el menor y a instancias del mismo, deciden adoptar medidas legales que restablezcan la inseguridad que padece, asumiendo la defensa del mismo, el letrado que suscribe la presente demanda.

9.- Cese de tutela

El 30 de mayo de 2006, el IMMFF decide cesar en la tutela del menor por decidir este "abandonar voluntariamente su residencia". Sorprende el descaro institucional, por cuanto que el cese en la tutela esta legalmente tasado en los artículos 276 y 277 del Código Civil, sin que por el momento dicha circunstancia suponga cese alguno; segundo, y más grave, el menor no abandona voluntariamente su recurso residencial, se ve forzado a ello por la inseguridad jurídica y desprotección en que dicha entidad le sitúa.

Acompañamos **como documento 11**, Copia del Cese de la Tutela del Menor.

10.- Interposición de demanda por Derechos Fundamentales.

El 10 de septiembre de 2.006, es interpuesto escrito de demanda por el cauce previsto en la ley rituaria contenciosa administrativa al haberse vulnerado derechos e intereses del menor susceptibles de amparo constitucional.

A los anteriores hechos le son de aplicación los siguientes fundamentos jurídicos

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I FUNDAMENTOS DE DERECHO PROCESAL

JURISDICCION

Corresponde a los Juzgados y Tribunales españoles integrantes todos ellos del Poder Judicial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 117.3 de la Constitución Española y 3.1, 4, 7, 9.1 y 24 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

COMPETENCIA

Competencia Objetiva: Son competentes para conocer la presente demanda los Jueces y Tribunales del orden de lo Contencioso Administrativo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7, 9.4 y 91 de la LOPJ así como artículo 1 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa .

Competencia Territorial: Corresponde a los Juzgados de lo Contencioso Administrativo acorde con lo dispuesto en el artículo 8.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, en redacción dada por la LO 19/2003, de 23 de diciembre, que establece, el conocimiento a favor de dichos órganos "de todas las resoluciones que se dicten en materia de extranjería por la Administración periférica del Estado", es decir, la Delegación del Gobierno en Madrid.

PROCEDIMIENTO

En cuanto al procedimiento, se seguirá por los trámites del procedimiento abreviado contemplado en el artículo 114 y siguientes de la LJCA al tratarse de un procedimiento administrativo que ha servido de base una Resolución de repatriación dictada e instada a los funcionarios del Cuerpo Nacional de la Policía por el Delegado del Gobierno en Madrid, que en cualquier caso no se ajusta a Derecho por socavar derechos e intereses de amparo constitucional.

CAPACIDAD PROCESAL

La capacidad para ser parte en el presente procedimiento la ostenta el menor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, por pretender una tutela de ese Juzgado de lo Contencioso Administrativo frente a la Delegación del Gobierno en Madrid, siendo todos ellos a quienes afecta de un modo directo el pronunciamiento de ese Órgano Jurisdiccional en relación a las pretensiones que se afirman.

El menor de edad no emancipado, de 17 años de edad, XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, tiene capacidad procesal para ser parte en este procedimiento administrativo pues así se lo permite el ordenamiento jurídico en atención a su edad y condiciones de madurez y juicio suficiente, para la defensa de los derechos de su personalidad.

LEGITIMACION

ACTIVA: Se ha de reconocer en el menor de edad de 17 años, sujeto de derechos e intereses legítimos susceptibles de amparo judicial y constitucional, pues el objeto de la actuación administrativa que impugnamos afecta directamente a su esfera personal, familiar y social, por lo que se encuentra legitimado al amparo del artículo en 18 de la LJCA 29/ 1998, Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa así como por los principios pro actione y favor minoris.

PASIVA: La pretensión que se ejercita se afirma frente a la Delegación de Gobierno en Madrid, quien ostenta la legitimación pasiva al amparo de lo establecido en el artículo 21 de la LJCA.

REPRESENTACION Y DEFENSA DE LAS PARTES

La ostenta DonXXXXXXXXXXXXXXXXX, en calidad de letrado designado por el menor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX y apoderado para tales fines mediante otorgamiento judicial apud acta.

PRETENSIONES QUE SE EJERCITAN

Son las que autorizan los artículos 31 y 32 de la Ley 29/1998, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que se concretan en lo siguiente, de acuerdo con este articulado:

1. Declarar la nulidad de pleno Derecho del procedimiento de repatriación seguido por no ser conforme a Derecho y por vulnerar derechos de amparo constitucional.
2. Declarar la nulidad de pleno Derecho de la Resolución del Delegado del Gobierno en Madrid de 10 de noviembre de 2.005, por entender que violenta derechos, intereses, libertades y garantías de amparo constitucional al no haber tenido el menor conocimiento de aquella y negarle el auxilio judicial letrado.

PLAZO

La Resolución dictada por el Delegado del Gobierno en Madrid, acordando la repatriación del menor es un acto administrativo diferente del acto de notificación; aquel despliega su eficacia en la medida que la notificación se traslada a conocimiento del menor circunstancia que no ha tenido lugar en cualquier caso, por lo que no se puede alegar su consentimiento y firmeza.

No se puede exigir por tanto un plazo para recurrir si la resolución objeto del recurso no es conocida por el menor y menos alegarse esta circunstancia por la Administración demandada, cuando ha sido esta quién ha generado por la falta de notificación la consiguiente indefensión.

Traemos a colación a este respecto la **Sentencia 359/06, Derecho Fundamental 1/06**, dictada por el Juzgado Contencioso Administrativo núm. 14 de los de Madrid, quien en su Fundamento Jurídico Segundo "in fine" establece al respecto de la notificación de la resolución de repatriación al menor que:

"..dicha Resolución debió notificarse al menor, informándole además de los recursos que cabían contra la misma, en consonancia con la relevancia de dicho acuerdo respecto de su persona y con el derecho del menor a "recibir de las Administraciones Públicas la asistencia adecuada para el efectivo ejercicio de sus derechos y que se garantice su respeto", conforme a lo dispuesto en el artículo 10 de la LOPJM. En consecuencia, no habiendo notificado dicho Acuerdo al menor, no podemos hablar de que nos encontremos ante un acto consentido y firme, ni tampoco ante la extemporaneidad del recurso que nos ocupa, debiendo recordar lo dispuesto en el artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), según el cual las notificaciones irregulares o defectuosas surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que se pongan en conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación o resolución o interponga cualquier recurso que proceda, lo cual resulta de aplicación al caso que nos ocupa, en el que ni tan siquiera hubo notificación irregular, sino simple y llanamente no se notificó el Acuerdo de repatriación a la persona a la que más directamente afectaba"

Tampoco es de recibo alegar la extemporaneidad del recurso cuando el IMMF y el Ministerio Fiscal no han ejercitado en defensa del interés prevalente del menor los recursos pertinentes, máxime cuando este último tuvo constancia que la audiencia al menor interesado en el procedimiento de repatriación no había sido realizada. Recordemos en este sentido, que el Ministerio Fiscal es parte en todos los procedimientos de repatriación y tiene copia, por prescripción legal del artículo 92 del RELOEX, de toda la documentación contenida en el expediente, no sólo de protección, sino también de repatriación.

II FUNDAMENTOS DE DERECHO MATERIAL

PRIMERO.- Consideraciones previas

a) Instrumentos jurídicos que habrán de ser tomados en cuenta en el presente caso.

Nos remitimos a los expuestos en el Fundamento Jurídico Quinto de la Sentencia 1/06 dictada por el Juzgado Contencioso Administrativo núm. 14 de los de Madrid en procedimiento de derechos fundamentales por la repatriación de un menor extranjeros a su país de origen:

"Antes de entrar en examen de los mismos, debemos realizar una serie de consideraciones. Las Convención sobre los Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989 (CDN), es el principal instrumento internacional en el otorgamiento y protección de los derechos civiles y políticos de los menores, siendo de aplicación en España no solo en virtud de lo dispuesto en el artículo 96 de la Constitución Española, al formar parte de nuestro ordenamiento interno, sino con arreglo a lo dispuesto en los artículos 10.2 y 39 de la Carta Magna, estableciendo este último la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y dentro de ésta la de los menores, los cuales gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos. En base a ello, dicha CDN debe servir de guía para la solución de los problemas que, en relación con los menores, se nos presenten en caso de laguna normativa.

Por otro lado, resulta relevante también en el ámbito de la protección del menor la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor ya citada; y por lo que se refiere a la normativa española de extranjería respecto a los menores extranjeros, debe acudirse al artículo 35 de la LOEX y a los artículos 92 a 94 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la LOEX, y que viene a sustituir al Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, en cuyo artículo 62 se ocupaba de los menores extranjeros no acompañados, esto es, del nacional de un tercer país o el apátrida menor de 18 años que llega al territorio de los estados miembros de la CE sin ir acompañado de un adulto responsable de él, o cualquier menor al que se deje solo tras su entrada en el territorio de los estados miembros (artículo 2.f de la Directiva 2003/1986/CE del Consejo, de 22 de septiembre). Por último, como alto comisionado de las Cortes Generales designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en el Título Primero de la Constitución Española (artículo 54), resulta un documento de obligada referencia el Informe del Defensor del Pueblo sobre asistencia jurídica de los extranjeros en España del año 2005, y en concreto el apartado titulado "Asistencia Letrada a Menores Extranjeros" (páginas 319 y siguientes).

Pues bien, sin perjuicio de la clara importancia y aplicabilidad de la CDN y de la LOPJM en este ámbito, hay que partir, en relación a los menores extranjeros no acompañados, por lo que aquí nos interesa, de los artículos 35 de la LOE y 92 del RLOE. Dicha normativa, como la

Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de julio de 1997, relativa a los menores no acompañados nacionales de terceros países, parten del principio de reagrupación familiar del menor, considerando como medida procedente el retorno del menor a su país de origen o a aquél donde se encontrasen sus familiares, o en su defecto, cuando no sea posible la repatriación, su permanencia en España para su reintegración. Así las cosas, la salida de nuestro país de un menor extranjero no acompañado, sólo puede tener como motivo su reagrupación con su familia, de forma que dicha reagrupación familiar se convierte en un derecho para el menor extranjero, en contraposición a otras medidas previstas en la legislación de extranjería como la expulsión, la devolución o el retorno, que tienen el carácter de verdaderas sanciones administrativas. La naturaleza, por tanto, de las medidas a adoptar en relación a tales menores extranjeros, está en clara conexión con el principio del interés superior del menor, el cual se constituye en el principio rector que han de regir todas las acciones que se adopten con los mismos (artículo 3 de la CDN; artículos 2, 3, 11.2.a de la LOPJM). En este sentido, en la Tercera Edición de la Declaración de Buenas Prácticas (2004) del Programa de Menores no Acompañados en Europa (constituyen una iniciativa conjunta de la Alianza Internacional Save the Children y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados), en su apartado 13.6, bajo la rúbrica Regreso al País de Origen, se expresa lo siguiente: "13.6.1. Se trata de un tema muy complejo para el que se necesitan orientaciones detalladas sobre la implementación de buenas prácticas. Un menor no acompañado sólo podrá ser devuelto si se considera que la devolución está en interés superior del menor. Todas las demás consideraciones, como, por ejemplo, lucha contra la inmigración ilegal, han de ser secundarias. La mejor forma de llevar a cabo la reunificación familiar y el regreso al país de origen es hacerlo de forma voluntaria. Los menores han de ser plenamente informados y consultados y sus opiniones respetadas a lo largo de todo el proceso. El tiempo que un menor haya estado fuera de su país de origen y su edad son factores importantes a tomar en cuenta en ese proceso".

b) El interés prevalente del menor: norma de orden público

El interés superior del menor ha sido elevado a "norma de orden público, y por consiguiente de insoslayable observancia en el Ordenamiento jurídico español" STC núm. 28/2001 (Sala Primera, Sección 1ª) de 1 de febrero y por ende, en la interpretación y aplicación de las normas.

La primacía del interés superior del menor, constituye el principio rector de la actuación de los poderes públicos, por lo que las Administraciones públicas facilitaran a aquellos la asistencia adecuada de sus derechos, debiendo recibir la asistencia adecuada para el efectivo ejercicio de sus derechos, artículos 10.1; 11.1 y 11.2 de la

LO 1/1.996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor en relación al artículo 9 CE

Esta última ley supone la recepción en el Ordenamiento jurídico español de la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, ratificada por instrumento por España el 30 de noviembre de 1990, que marca el inicio de una nueva filosofía en relación con el menor, basada en su condición de sujeto titular de derechos e intereses legítimos en la sociedad.

Cabe, por último, recordar que en caso de duda o laguna en la aplicación e interpretación de las normas, procederá la aplicación del principio "favor minoris".

Este interés superior y prevalente del menor es el que no ha estado presente entre las instituciones intervinientes en este procedimiento de repatriación.

c) Criterios de conducta de las Administraciones Públicas que intervienen en el procedimiento de repatriación según el Defensor del Pueblo y referencia al Ministerio Fiscal.

El informe del Defensor del Pueblo del año 2004 declara, en relación a los procedimientos de repatriación, que **"El mayor número de problemas en relación a esta cuestión continúa planteándose como consecuencia del automatismo con que las Administraciones entienden que debe procederse a la repatriación de los menores a su país de origen o, al menos, a verificar un intento de que la misma se lleve a cabo (...)"**
Página 273 del informe.

Acompañamos como **documento 12,** Informe del Defensor del Pueblo del año 2004

De otro lado, el representante legal de estos menores viene denegando sistemáticamente la validez de los poderes de representación otorgados por dichos menores para la defensa de sus derechos e intereses legítimos, con la paradoja y contradicción de que dicho representante legal no ejerce la defensa y protección de dichos menores - véase nuestro caso- que legalmente tiene encomendada, por razón del interés prevalente y superior del menor.

Acompañamos como **documento 13,** informe del IMMF

En cuanto al Ministerio Fiscal, señala la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 6/2004 los siguientes aspectos dignos de remarcarse (extraemos parte de la misma):

"El interés del menor se identifica, por regla general, con la permanencia del mismo en la familia y en el ámbito cultural del que procede" (pag. 3 de la Instrucción 6/2004)

"La especificidad del procedimiento - se refiere al de repatriación por motivos de reagrupación familiar- radica por tanto en que se pretende que en todo caso el mismo salvaguarde los intereses del menor y le aleje de riesgos potenciales" (pág. 4 de la Instrucción)

"Por ello, y sintetizando, los Sres. Fiscales habrán de acomodar su intervención a las siguientes pautas:

. "Debe intentarse la repatriación del menor con fines de reagrupación familiar conforme a las disposiciones específicas que para los menores contiene la legislación de extranjería. **La repatriación no es, sin embargo, un objetivo absoluto que se haya de perseguir a toda costa; pueden estar en juego también otros intereses como la vida, la integridad física o psíquica y el respeto a los derechos fundamentales del menor**, que pueden hacer que la balanza del interés superior de este se incline finalmente en pro de su permanencia en España."

Los recursos contra el acuerdo de repatriación habrán de regirse por las normas y trámites del procedimiento administrativo y de la jurisdicción contenciosa- administrativa. La legitimación del Ministerio Fiscal para recurrir estas decisiones encuentra su apoyo legal en los artículos 3.7 EOMF y 8.2 LECiv"

Por tanto, contrasta el posicionamiento sostenido por el Ministerio Fiscal en la Comunidad de Madrid, y este letrado no llega a vislumbrar los intereses que defiende, respecto del sostenido por ese mismo Ministerio en el País Vasco, así este último, en un procedimiento idéntico seguido en el Juzgado Contencioso Administrativo núm. 4 de Bilbao respecto de la repatriación de un menor extranjero tutelado, defiende en este caso y cito literalmente:

" H) En el presente supuesto no consta en el expediente administrativo que se hayan llevado a cabo las exigencias establecidas en la Ley 30/1992 y en la Ley y Reglamento de Extranjería, señaladas anteriormente **por lo cual y sin perjuicio de la prueba que se practique en el acto de la vista debe considerarse nula la orden administrativa de expulsión por ausencia de los requisitos legalmente establecidos para proceder a la misma, vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 de la Constitución Española.**"

Por tanto, ¿qué autoridad o principios jurídicos pretende invocar el Ministerio Fiscal en el presente procedimiento?; ¿Qué intereses y derechos defiende el Ministerio Fiscal?, la verdad, no lo sabemos, salvo que sirva a intereses que nada tengan que ver con la Convención de los Derechos del Niño, la Constitución Española, la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, su propia Instrucción 6/2004. Una vez más, nos queda claro que este Ministerio Fiscal se desautoriza a sí mismo.

Acompañamos como **documento número 14**, copia del escrito de Alegaciones realizado por el Ministerio Fiscal en el País Vasco.

SEGUNDO.- Vulneraciones de procedimiento y derechos y libertades fundamentales del menor acaecidas

2.1. Vulneraciones acaecidas en el procedimiento de repatriación del menor.

El procedimiento de repatriación seguido por la Delegación del Gobierno en Madrid acordando la repatriación del menor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX es nulo de pleno Derecho por haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido y por haber lesionado derechos y libertades del menor susceptibles de amparo constitucional.

1) Falta acuerdo de incoación de expediente administrativo de repatriación por parte de la Delegación del Gobierno en Madrid, con número propio de expediente administrativo.

2) **No se han incorporado informes relativos a la situación del menor en España ni a su realidad personal, familiar y social en su país de origen**, que permitan ponderar su interés prevalente. En este sentido, establece el artículo 92.4 del Reglamento de extranjería que:

*"La Administración General del Estado, conforme al principio de reagrupación familiar, y después de haber oído al menor, y previo informe de los servicios de protección de menores (..). De acuerdo con el principio del interés superior del menor, la repatriación a su país de origen solamente se acordará si **se dieran las condiciones para la efectiva reagrupación familiar del menor (..)**"*

3) **No se ha realizado la audiencia al menor interesado** en sede de la Administración General del Estado tal como prescribe el artículo 92.4 del RD 2393/2004, que desarrolla el Reglamento de la LO 4/2000, de 11 de enero, pues el artículo 92.4 del citado texto legal establece que:

"La Administración General del Estado (...) después de haber oído al menor (...)"

En su lugar, se ha tomado como tal, la entrevista realizada al menor en sede de protección para la constatación de su desamparo (la mal denominada "Acta de Audiencia" a la que hacíamos mención en los hechos), lo cual no puede admitirse pues las competencias en materia de extranjería corresponden constitucionalmente a la Administración Central, y la

Administración autonómica no puede arrogarse competencias que por ley no le están reservadas.

- 4) La Resolución dictada por la Delegación del Gobierno acordando la repatriación del menor a Marruecos no ha sido notificada, puesta en conocimiento del menor interesado, por lo que no ha sido informado de los recursos administrativos y judiciales previstos legalmente contra la misma, vulnerándose por tanto su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso al proceso. Y finalmente se ha intentado la ejecución material de la misma por la Brigada Provincial de Extranjería, primero acudiendo al piso de autonomía donde residía el menor y como éste no se encontraba afortunadamente en aquel.

De todo lo anterior, podemos decir que se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido por parte de la Delegación del Gobierno en Madrid, tan sólo existe una propuesta de inicio de trámites realizada por el IMMF y una Resolución de Repatriación. En definitiva, Señoría, estamos ante un presunto procedimiento administrativo y una Resolución de repatriación por lo que puede claramente afirmarse su nulidad de pleno derecho al haberse vulnerado derechos, intereses legítimos y libertades de un menor susceptibles de amparo constitucional en este procedimiento.

2.2. Derechos fundamentales vulnerados al menor.

.- Artículo 24.1- "Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión"
Artículo 24.2 - "Así mismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y asistencia de letrado (..)":

a) Puntualización previa:

En el sentido indicado por la Sentencia 1/06 dictada por el Juzgado Contencioso Administrativo núm. 14 de los de Madrid, antes indicada, establece al respecto, en su fundamento jurídico Sexto, que:

"... no es cierto que el elenco de las garantías previstas en el artículo 24 de la Constitución Española lo sean fundamentalmente para el proceso penal y que sean aplicables con modulaciones al procedimiento administrativo sancionador lo que, como hemos dicho, no acontece en el caso que nos ocupa, y en consecuencia, que el traslado de las garantías y derechos que recoge dicho artículo a la vía

administrativa solamente pueda tener lugar cuando en el procedimiento tramitado en dicha vía tenga el carácter sancionador; ni tampoco que los principios de audiencia, contradicción o el de interdicción de la indefensión, sean un derecho de configuración legal, como dice la Comunidad de Madrid en relación con el derecho a ser oído personalmente, aun cuando, como es evidente, están contemplados en la Ley ordinaria (así en la legislación general sobre el procedimiento administrativo, artículo 35 de la LRJPAC; o en los procedimientos administrativos en materia de extranjería, artículo 20.2 de la LOEX), y así ha tenido ocasión de expresarlo la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, al examinar la vulneración de dichos principios en procedimientos de extranjería que no tienen naturaleza sancionadora, como son los supuestos de denegación de entrada en territorio español y retorno a su país (por todas, vid Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, Sección Séptima, de 17 de febrero de 2006, recurso 2765/2003, Pte. Excmo. Sr. Trillo Torres)”

b) Concretas vulneraciones de amparo constitucional.

Primera Indefensión:

Al menor se le tenía que haber notificado directamente la Resolución de repatriación del Delegado del Gobierno o su representante legal, haberle dado traslado o conocimiento de la misma:

a) Notificación directa: Se dan condiciones objetivas (edad) y subjetivas(condiciones de madurez y juicio suficiente) para considerar que el menor tenía que haber tenido conocimiento directo de las actuaciones del expediente administrativo de repatriación, especialmente, se le debería haber notificado directamente la Resolución de fecha 10 de febrero de 2006, que le hubiese permitido recabar el auxilio judicial en la defensa de sus derechos e intereses legítimos frente a esa decisión de la autoridad gubernativa acordando su repatriación.

Hay que recordar que la doctrina del Constitucional relativa al emplazamiento judicial en sede contenciosa administrativa, es trasladable a la sede procedimental administrativa, cuando la indefensión sufrida es real y efectiva (SSTC 182/1987, de 17 de noviembre – RTC 1987,82 – entre otras. El menor ha padecido una indefensión material absoluta en cuanto al procedimiento administrativo y todas las actuaciones prescritas legalmente en el mismo.

b)Traslado o conocimiento de la Resolución de Repatriación por su representante legal.: En todo caso, la Delegación del Gobierno tendría que haber ordenado que el Representante Legal del menor le diese traslado o conocimiento de la Resolución de repatriación, habida cuenta del conflicto de intereses que pudo constatar esa autoridad gubernativa al conocer el denominado acta de exploración o de audiencia, en el que le menor expresaba su deseo de no volver a

Marruecos y quedarse en España y que su Señoría habrá podido evidenciar.

Segunda Indefensión

El menor tendría que haber sido oído personalmente en sede de la Administración General del Estado en el procedimiento de repatriación de acuerdo con el artículo 92.4 del Reglamento de Extranjería.

“ Jurisprudencialmente el derecho de los menores a ser oídos, ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional destacando: “El derecho del interesado a ser oído en el proceso en que se ventilan sus intereses integra el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, como venimos reiterando de manera constante, derecho que, en su calidad de fundamental, tienen todos, incluidos los menores cuando posean suficiente juicio para ello, como expresamente reconoce el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor” STC 71/2004, Sala 2ª de 19 de abril – **Informe del Defensor del Pueblo 2005 sobre asistencia jurídica gratuita a extranjeros-**

Debe añadirse que en opinión del citado Tribunal la omisión del trámite de audiencia al menor supone la vulneración del artículo 24.1 de la Constitución. STC 221/2202, Sala 2ª, de 25 de noviembre. - **Informe del Defensor del Pueblo 2005 sobre asistencia jurídica gratuita a extranjeros-**

En el sentido de las dos anteriores indefensiones alegadas resuelve positivamente el Juzgado Contencioso Administrativo núm. 14 en su sentencia tantas veces mencionada, así

“Por lo que se refiere a la alegación de que al menor se le tenía que haber notificado directamente la Resolución de repatriación del Delegado del Gobierno o su representante legal haberle dado traslado conocimiento de la misma, al respecto también nos hemos pronunciado anteriormente en el sentido de que resultaba obligada la notificación del acuerdo de repatriación al propio menor, dadas sus condiciones de edad y madurez, dada la afectación a derechos personalísimos del mismo. Además, ya hemos dicho, con arreglo al artículo 11 de la LOPJM, ambas Administraciones Públicas deberían haber facilitado al menor la asistencia adecuada para el ejercicio de sus derechos. Por el contrario, lo acontecido en el caso que nos ocupa es que la Comisión de Tutela del Menor solicita se inicie expediente de repatriación de la Delegación del Gobierno, la cual, en los términos que luego veremos, y sin oír al menor, accede a dicha solicitud acordado la repatriación, de la que se da cuenta al Ministerio Fiscal, sin que ningún reproche se haga a esta actuación. Aun sin poner en duda que la actuación de tales Administraciones y del Ministerio Fiscal se guíe por el interés del menor, resulta difícil entender que se haya atendido a dicho interés cuando únicamente se oyó al menor en el Acta de exploración de desamparo -que tuvo lugar el 22 de diciembre de 2003-

, siendo así, que, precisamente, resulta fundamental, como criterio para averiguar el interés del menor, el oír al niño, en función de la edad y madurez del mismo, como contempla el artículo 12 de la CDN - ya citado- y artículo 9 de la LOPJM ("el menor tiene derecho 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 afecta a su espera personal, familiar o social").

Por otro lado, se alega que el menor tendría que haber sido oído en sede de la Administración General del Estado en el procedimiento de repatriación de acuerdo con el artículo 62.4 del anterior RLOEX, como en el actual artículo 92.4 del RLOEX de 2004, que dispone que "la Administración del Estado, conforme al principio de reagrupación familiar del menor, después de haber oído al menor, y previo informe de los servicios de protección de menores (cuestión ésta de los informes que excede del presente procedimiento, pero respecto de la cual resulta interesante el punto 13.6.2 de la Declaración de Buenas Prácticas de 2004 ya citada), resolverá lo que proceda sobre la repatriación a su país de origen...". Es claro que en el expediente de repatriación remitido por la Delegación del Gobierno en Madrid no se ha practicado dicha audiencia del menor, indicándose en la Resolución de repatriación de 10 de febrero de 2006 que por el citado IMMF se comunica que el menor fue citado para realizar el trámite de audiencia al interesado, incorporándose a los folios 7 y 9 del expediente administrativo el Acta de audiencia o de exploración realizada en el seno del expediente administrativo llevada a cabo por dicho IMMF, Acta de exploración del menor realizada el día antes de la resolución de tutela, de fecha 23 de diciembre de 2003. No está demás recordar que la CDN se estructura sobre cuatro principios fundamentales: no discriminación; el interés superior del menor; el derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo; y el respeto a las opiniones del menor. Ya hemos hecho referencia al interés superior del menor y su consideración en el caso que nos ocupa. Y por lo dicho, el respeto a las opiniones del menor tampoco se ha tenido en cuenta, a pesar de los preceptos mencionados anteriormente, que claramente exigen el respeto del derecho de los menores a ser oídos, en función de su edad y madurez.

Mas este derecho a ser oído que tiene el menor, exige que la audiencia del mismo se realice con las garantías debidas y con el asesoramiento del profesional que, como dice el Defensor del Pueblo en el Informe citado, por excelencia está llamado a asesorar y velar por los derechos e intereses de los ciudadanos, concluyendo que la asistencia jurídica del Letrado hacia el menor extranjero no acompañado es requisito ineludible y necesario para llevar a efecto el derecho del menor a ser oído. Además de reiterar en el contenido del artículo 12 de la CDN, insistir en que el artículo 9.2, en relación con el derecho a ser oído,

establece que "se garantizará que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio... y, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor, o a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirlos objetivamente", añadiendo en su apartado tercero que "cuando el menor solicite ser oído directamente o por medio de persona que le represente, la denegación de la audiencia será motivada y comunicada al Ministerio Fiscal y a aquéllos", de todo lo cual las Administraciones Públicas deberían informar a los menores facilitando así a los menores la asistencia adecuada para el ejercicio de sus derechos (artículo 11 de la LOPJM). Aún cuando, efectivamente, la LOEX no establezca expresamente ese derecho de asistencia letrada para los menores extranjeros no acompañados, ya hemos dicho como uno de los principios alrededor de los que gira la CDN es el principio de no discriminación, resultando claramente discriminatorio el hecho de que dicha asistencia se conceda a cualquier extranjero mayor de edad y, sin embargo, pretenda negarse o no se facilite a los menores extranjeros no acompañados."

Por lo que bastaría a este respecto para estimar la demanda presentada para declarar la nulidad de pleno derecho pretendida.

Por todo lo anterior, SOLICITO

Que se tenga por presentado el presente RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO interpuesto, en tiempo y forma legal, contra el procedimiento de repatriación seguido prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido y contra la Resolución de repatriación de de noviembre de 2005 dictada en el mismo por el Delegado del Gobierno en Madrid, acordando la repatriación del menor a Marruecos, y que en cualquier caso no le ha sido notificada, y finalmente contra la ejecución material instada, todo ello, por entender que se vulneran derechos, intereses legítimos y libertades del menor susceptibles de amparo constitucional

Es de Justicia que pido en Madrid a 2 de junio de 2006

Fdo.: DonXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Col. 68196

PRIMER OTROSI DIGO: Que de conformidad con lo dispuesto en la Ley Rituaria aplicable, se Solicita que sea la Administración demandada condenada a las costas judiciales del presente procedimiento.

SEGUNDO OTROSI DIGO: Que solicito el recibimiento a prueba consistente en:

1.- Valoraciones y Recomendaciones sobre la repatriaciones de menores extranjeros tutelados en la Comunidad de Madrid por el Defensor del Pueblo y en relación a los derechos y libertades fundamentales de aquellos, a cuyo efecto y en caso de admisión de dicha prueba, se remitirá oficio a la Oficina del Defensor del Pueblo para incorporar al proceso, vía informe, aquella Valoraciones y Recomendaciones.

Es de justicia que pido en el mismo lugar y fecha ut supra.



AL JUZGADO

D./Dña. _____ y D./Dña _____, letrado/as del Colegio de Abogados de _____, Col nº XXXX y XXXXX, con despacho profesional en la calle _____ de _____ (CP. _____), teléfono _____ y fax _____ y de _____ **menor de edad, con pasaporte nº _____ (del que aportamos fotocopia como documento nº 1) y domicilio en piso infantil de la entidad _____, sita en la calle _____ (CP _____)** según designación que acompaña a este escrito como documento nº 2 ante el Juzgado comparece y **DICE:**

Que al amparo de lo previsto en el artículo **135 de la LJCA**, al derecho de esta parte interesa la **adopción de la siguiente MEDIDA CAUTELARÍSIMA que deberá mantenerse** durante la sustanciación del correspondiente procedimiento: **Que se deje sin efecto la resolución de repatriación acordada en tanto en cuanto se tramita el correspondiente procedimiento dado que de la ejecución de la misma se derivan consecuencias irreparables para el demandante,**

Y todo ello con base en las siguientes,

ALEGACIONES

PRIMERA.- Descripción del supuesto de hecho.

SEGUNDA.- El artículo 129 de la Ley 29/98, de 13 de diciembre, reguladora de la Jurisdicción Contenciosa - Administrativa, posibilita a los interesados solicitar en cualquier estado del proceso *"la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia"*. No dejar en suspenso la ejecución de la resolución de repatriación supondría que la reagrupación familiar/expulsión habría de producirle unos perjuicios de imposible reparación que, en parte afectarían a su esfera personal (sentencias de 15 de enero de 1997 y de 23 de marzo de

1999 entre otras), matizando este criterio en el sentido de que no es solo la mera pendencia de un recurso contencioso administrativo contra la resolución que ordena la expulsión o la dificultad de defenderse en el proceso el ciudadano extranjero expulsado, lo que lleva a acordar la suspensión. Conforme al artículo 130 de la LJCA, habrá que acreditar en cada caso concreto lo que tradicionalmente se ha llamado el periculum in mora, conforme ha interpretado la jurisprudencia, será quien solicite la adopción de la medida cautelar quien habrá de probar que la no adopción de la medida que solicita puede privar de finalidad al recurso, valorando además los intereses en conflicto.

En el caso que nos ocupa, su repatriación comportaría un daño irreparable, como es el de que **interrumpa sus estudios (que ya debió abandonar siendo obligatorios cuando vivía en Marruecos) y quebraría definitivamente su integración en España, alcanzada después de superar muchas dificultades en una edad en la que ha debido asumir riesgos (el de su propia vida al venir a España en los bajos de un camión) y responsabilidades impropias de una persona de su edad. En este sentido "no acordar la suspensión podría parecer, no ya un claro incumplimiento o desobediencia de las decisiones judiciales, sino una voluntad malévola de castigar al menor y de descabalar la situación estable que mantenía; sobre todo si tenemos en cuenta que para hacer lo que se ha hecho, ni tan siquiera se ha contado con la aquiescencia del Juzgado, ni se ha tratado de justificar tampoco que era de todo punto imposible reintegrarle en la misma residencia". (Auto, JCA nº 15 de 11 de diciembre de 2006)**

TERCERA.- El recurrente no fue informado de la iniciación del expediente, no fue oído durante la tramitación del mismo (tramitación durante la que tampoco gozó de asistencia letrada, más allá de la de la letrada del IMMF cuyos intereses eran contrarios a los del menor (el menor deseaba quedarse en España y el IMMF deseaba repatriarlo). Tampoco se le notificó ni a día de hoy se le ha notificado la resolución por la que se iba a proceder a su repatriación, por lo que al no notificársele, no pudo utilizar los mecanismos legalmente establecidos para su defensa (como es la posibilidad de recurrir ese acuerdo que vulnera sus derechos y es contrario a sus intereses) ni tampoco se puso en conocimiento del Ministerio Fiscal toda esta tramitación. Lo único que ha recibido es una comunicación de una resolución que podría parecer firme e irrecurrible dado el momento en que se dictó.

Existe un conflicto de intereses entre la entidad tutelar y el menor, quien acude asistido a este procedimiento de una letrada de su confianza, dado que *"al ser un acto que afecta al ámbito de la personalidad del menor y no puede ponerse en tela de juicio su capacidad para comparecer en juicio (...)"* (Auto JCA nº 23 de Madrid de 18 de enero de 2007).

CUARTA.- Por todo lo anterior, queda suficientemente acreditado a juicio de esta parte, el notorio y grave perjuicio que ya le ha ocasionado al menor la resolución de repatriación adoptada por el Delegado del Gobierno en Madrid, perjuicio que se hubiera evitado si la Administración, actuando conforme a derecho, hubiera oído al menor y le hubiera notificado en tiempo y forma la resolución adoptada y se le hubiera informado de los recursos que contra la misma cabría interponer (lo que hasta este momento no se ha hecho) y, llegado el caso, se le hubiese nombrado defensor judicial que defendiera sus intereses, contrapuestos en el caso presente a los de su tutor y se hubiese notificado todo esto al Ministerio Fiscal. En fin, que solo la actuación por la vía de los hechos de la Delegación del Gobierno en Madrid es la responsable de la situación en la que se encuentra ahora el menor, por lo que procede la adopción de la medida cautelar que se solicita a fin de no dejar sin contenido la resolución que pudiera recaer en el presente procedimiento. Su repatriación supondría quebrar absolutamente la integración que ya ha alcanzado en España (acreditada con la documentación que acompaña a este escrito).

De conformidad con lo expuesto se insta que a la mayor brevedad posible se restituya al menor en su situación inicial y se le mantenga en la residencia infantil de la entidad donde está residiendo, bajo la guarda del director de la misma.

Por lo expuesto,

SOLICITO AL JUZGADO tenga por efectuadas las anteriores manifestaciones y, tras los trámites legales oportunos, dicte Auto por el que se acuerde dejar en suspenso la resolución recurrida dadas las irreparables consecuencias que podría tener para el hoy recurrente.

Por ser de justicia que pido en a de de 2007