

**JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
NÚMERO 14 DE LOS DE MADRID**

C/ Gran Vía, 19-3ª Planta  
28013 Madrid  
Tfno: 91.49.30.323  
Fax: 91.49.30.148

**Derecho Fundamental 1/06**

Registro General 359/06

Demandante: D. BOUABID ETTAIR y "ASOCIACIÓN COORDINADORA DE BARRIOS PARA EL SEGUIMIENTO DE MENORES Y JÓVENES"

Procuradora: D. Ignacio Melchor de Oruña

Letrado: D. Juan Ignacio de la Mata Gutiérrez

Demandados: DELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN MADRID

Ilmo. Sr. Abogado del Estado

INSTITUTO MADRILEÑO DEL MENOR Y DE LA FAMILIA

Letrada de la CAM: D<sup>a</sup>. Elena Gallardo Pernas

MINISTERIO FISCAL

**SENTENCIA**

En la Ciudad de Madrid, a veinticinco de septiembre de dos mil seis.

El Ilmo. Sr. D. CELESTINO SALGADO CARRERO, MAGISTRADO-JUEZ del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 14 de los de MADRID; habiendo visto los presentes autos de Derechos Fundamentales seguidos bajo el nº 1/06 y promovidos por el Procurador D. Ignacio Melchor de Oruña, en nombre y representación de **D. BOUABID ETTAIR y "ASOCIACIÓN COORDINADORA DE BARRIOS PARA EL SEGUIMIENTO DE MENORES Y JÓVENES"**, siendo asistido por el Letrado D. Juan Ignacio de la Mata Gutiérrez, contra la **DELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN MADRID**, representada y asistida por el Ilmo. Sr. Abogado del Estado, contra el **INSTITUTO MADRILEÑO DEL MENOR Y DE LA FAMILIA**, representada y asistida por la Letrada de la CAM D<sup>a</sup>. Elena Gallardo Pernas.



## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 5 de abril de 2006 tuvo entrada en Decanato de estos Juzgados el presente procedimiento, presentado por el Letrado d. Juan Ignacio de la Mata Gutiérrez, en nombre y representación del menor D. Bouabid Ettair y de la “ASOCIACIÓN COORDINADORA DE BARRIOS PARA EL SEGUIMIENTO DE MENORES Y JÓVENES”, teniendo por presentado recurso contencioso administrativo contra la Resolución, de fecha 10 de febrero de 2006, del DELEGADO DEL GOBIERNO EN MADRID, por la que se acordó la repatriación a Marruecos del menor Bouabid Ettair y contra la ejecución instada por la Delegación del Gobierno a la Brigada Provincial de Extranjería y Documentación de 5 de abril de 2006, por vulneración de los Derechos Fundamentales del menor.

**SEGUNDO.-** Por Providencia de fecha 5 de abril de 2006, se acordó incoar el presente recurso y tramitarlo como Procedimiento especial para la Protección de los Derechos Fundamentales, requiriéndose a la Administración demandada a fin de que en plazo no superior a cinco días remitiera el expediente administrativo y se acordó la formación de pieza separada de suspensión cautelarísima (PSS 55/06), al amparo del art. 135 de la LJCA, donde en fecha 5 de abril de 2006, recayó auto acordando haber lugar a la suspensión del acto administrativo impugnado.

Al día siguiente, en fecha 6 de abril de 2006, se celebró comparecencia prevenida en el art. 135 LJCA, se dictó Auto nombrando como Defensor Judicial del menor al Letrado D. Juan Ignacio de la Mata Gutiérrez y, formándose pieza separada de suspensión prevenida en el art. 129 LJCA (PSS 58/06), se dictó Auto acordando: primero, mantener la medida cautelar acordada con carácter provisionalísima en el Auto de 5 de abril de 2006, segundo, proceder a la devolución del pasaporte del menor a la Comisión de Tutela del Menor de la Comunidad de Madrid, a fin de conservarlo a disposición de este Juzgado y, tercero, no haber lugar a la suspensión de la tutela que ostenta la Comisión Tutelar del Instituto Madrileño del Menor y de la Familia.

**TERCERO.-** Por la Letrada de la Comunidad de Madrid, se opuso al nombramiento de Defensor Judicial del menor efectuado, abriéndose pieza separada incidental y citándose a las partes y Ministerio Fiscal a comparecencia, tras la cual se desestimó dicho incidente por Auto de 24 de





abril de 2006. Asimismo se interpuso recurso de súplica contra la Providencia de incoación de fecha 5 de abril de 2006, solicitando la inadmisión del recurso, tramitándose por el cauce previsto en el art. 117 de la Ley 29/1998. En fecha 25 de abril de 2006 se dictó auto acordando no haber lugar a las causas de inadmisión invocadas por la Letrada de la Comunidad de Madrid y por el Ministerio Fiscal, poniendo de manifiesto, a continuación, el expediente administrativo a la actora para formalizar demanda en plazo de ocho días.

**CUARTO.-** Recibido el escrito de demanda, se dio traslado de éste al resto de partes y Ministerio Fiscal a fin de proceder a la presentación de alegaciones y acompañar los documentos que estimaran oportunos, lo cual así verificaron.

En fecha 2 de junio de 2006 se admitió y declaró pertinente la prueba propuesta por la demandante, así como la propuesta por la Comunidad de Madrid, acordándose lo pertinente para su práctica y con el resultado que obra en autos.

**QUINTO.-** Por Providencia de fecha 4 de septiembre de 2006, una vez finalizado el periodo de prueba, se acordó declarar los autos conclusos sin más trámite para Sentencia, quedando sobre la mesa de S.Sª. por Diligencia de fecha 21 de septiembre de 2006.

**SEXTO.-** En la sustanciación del presente juicio se han observado las prescripciones legales y demás de pertinente aplicación al supuesto de autos.

### **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

**PRIMERO.-** Por D. BOUABID ETTAIR y la “ASOCIACIÓN COORDINADORA DE BARRIOS PARA EL SEGUIMIENTO DE MENORES Y JÓVENES”, se interpone el presente recurso contencioso administrativo de protección de los Derechos Fundamentales contra la Resolución, de fecha 10 de febrero de 2006, del Delegado del Gobierno en Madrid, por la que se acordó la repatriación a Marruecos del menor Bouabid Ettair, y contra la ejecución instada por la Delegación del Gobierno a la Brigada Provincial de Extranjería y Documentación, de fecha 5 de abril de 2006, a fin de que se declare la nulidad de pleno derecho de dicha Resolución y, como



situación jurídica individualizada del menor, se ponga a su disposición su pasaporte para poder renovarlo en el Consulado de Marruecos, se le entregue la tarjeta de residencia ya concedida y se le reconozca su residencia legal en nuestro país hasta su mayoría de edad. Asimismo solicita que se le reconozca al menor una indemnización de daños morales que se fije directamente por S.S.<sup>a</sup> o a determinar en periodo de ejecución de Sentencia.

En la demanda se pone de manifiesta como en octubre del año 2003, Bouabid Ettair, de nacionalidad marroquí, llegó a España procedente de Marruecos, a la edad de 13 años, siendo conducido por la Guardia Civil al Centro de Protección “Nuestra Señora del Cobre” (Algeciras), del que se escapó, siendo localizado en Madrid el 11 de diciembre de 2003 por miembros del Cuerpo Nacional de Policía, poniéndolo a disposición del Grupo de Menores de la Policía Nacional, y por parte de éste a disposición de los Servicios de Protección de Menores. Tras la constatación de desamparo del menor, el 23 de diciembre de 2003, el Instituto Madrileño del Menor y de la Familia constituyó la tutela del menor Bouabid Ettair. Con fecha 20 de enero de 2004, la Comisión de Tutela del Instituto Madrileño del Menor y de la Familia (en adelante IMMF), acordó la conclusión del expediente de protección del menor, confirmando la situación de desamparo del mismo y la tutela del menor, permaneciendo bajo la guardia del Director de la Residencia Infantil de Protección de Menores “Picón de Jarama”, y acordándose gestionar su reagrupación familiar en su país de origen o en su defecto, de resultar imposible dicho trámite, proceder a su regularización a la mayor brevedad posible. Con fecha 20 de febrero de 2004, el Presidente de la Comisión Tutelar del Menor del IMMF solicitó de la Delegación del Gobierno en Madrid el inicio de los trámites relativos a la repatriación del menor extranjero tutelado Ettair Bouabid. Asimismo, con fecha 4 de febrero de 2005, el IMMF solicitó a la Delegación del Gobierno autorización de residencia temporal, por circunstancias excepcionales al menor tutelado, concediéndose por Resolución de 11 de julio de 2005, otorgando al menor el NIE X-06946497-Z, con permiso en vigor hasta el 11 de julio de 2006. El 1 de julio de 2005, la Delegación del Gobierno en Madrid acuerda la primera Resolución de repatriación con datos de identidad (Bouabid Tair) y nacimiento (1 de enero de 1990) erróneos. Imposibilidad de la tarjeta de datos de residencia concedida al menor por privación de su pasaporte. Con fecha 10 de febrero de 2006, el Delegado del Gobierno dictó una nueva Resolución de repatriación del menor Bouabid Ettair, modificando los errores materiales de la anterior de 1 de julio de 2006. El 5 de abril de 2006, aproximadamente a las 6:50 de la mañana, cuando el menor sale de su domicilio para acudir a su taller de formación, es abordado por cuatro personas, una de las cuales se identificó como policía, siendo conducido a la Comisaría del Aeropuerto; en ese día, el Letrado Sr. de la Mata Gutiérrez, en nombre y representación del menor Bouabid Ettair y en nombre y



representación de la “Asociación Coordinadora de Barrios para el Seguimiento de Menores y Jóvenes”, interpuso recurso por el Procedimiento especial de protección de los Derechos Fundamentales de la persona que nos ocupa, solicitando medida cautelarísima al amparo del art. 135, con el resultado que obra en los Antecedentes de esta resolución.

Fundan su recurso en que tanto el Acuerdo de repatriación de la Delegación del Gobierno en Madrid, de fecha 10 de febrero de 2006, como la ejecución instada por dicha Delegación de la anterior Resolución llevada a cabo por la Brigada Provincial de Extranjería, conculcan los derechos fundamentales recogidos en el artículo 15, 17.1 y 3, 19, 18, 24 y 25.3 de la Constitución Española.

**SEGUNDO.-** Siendo previo el examen del fondo del asunto en análisis de las **causas de inadmisibilidad** invocadas por las partes, la Letrada de la Comunidad de Madrid, en representación del IMMF, en su escrito de alegaciones a la demanda, reitera las causas que opuso en trámites anteriores, en sendos recursos de súplica: uno contra la Providencia, de fecha 5 de abril de 2006, por la que se tuvo por interpuesto el recurso que nos ocupa, al que se le dio el trámite específico previsto en el artículo 117.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa (LJCA), y otro contra el Auto de designación del defensor judicial, de fecha 6 de abril de 2006. Así, reiteró las causas de inadmisibilidad consistentes en: la falta de legitimación de la “Asociación Coordinadora de Barrios para el Seguimiento de Menores y Jóvenes”; que el acto recurrido no es susceptible de impugnación por ser consentido y firme y por haber transcurrido el plazo del artículo 115 de la LJCA; inadmisibilidad del recurso al amparo del artículo 69.b de la LJCA por haberse interpuesto por persona incapaz y en base al mismo precepto en relación con el artículo 23 de la LJCA, al haberse interpuesto el recurso por persona no debidamente representada, derivadas de la falta de capacidad de obrar del menor, para comparecer por sí mismo en juicio y para otorgar poderes; y en la oposición al nombramiento de defensor judicial acordado por Auto de 6 de abril de 2006, al entender que el auto era nulo de pleno derecho por falta de jurisdicción, al estar atribuido al orden civil el nombramiento de defensor judicial.

Por su parte, el Ministerio Fiscal interesó la inadmisión del recurso en base a la extemporaneidad del mismo, falta de legitimación del Letrado recurrente y de la “Asociación Coordinadora de Barrios para el Seguimiento de Menores y Jóvenes” por ausencia e interés legítimo, y que el recurso ha sido interpuesto por persona incapaz, ya que el menor Bouabid Ettair no ha cumplido los 18 años, ni ha sido emancipado, por tanto y a todos los efectos es menor de edad y





no puede comparecer en juicio por sí solo, sin que pueda ejercer acciones sin autorización de su tutor legal.

Por lo que se refiere a la **falta de jurisdicción** alegada en relación con el nombramiento de defensor judicial, debemos reiterar lo ya expuesto en el Auto de fecha 24 de abril de 2006, en el que se acordó no haber lugar al incidente de oposición a dicho nombramiento de defensor judicial, remitiéndonos a los razonamientos del mismo y, en particular: *“Entiende este que resuelve, en cuanto a la alegación de falta de jurisdicción, por venir atribuido el nombramiento de defensor judicial al Orden Civil, que, como ya se dijo en el mencionado Auto, el procedimiento de designación de defensor judicial puede llevarse a efecto en el seno del procedimiento en que el que se suscite un conflicto de intereses entre el menor y quien ostente su representación legal, tanto más cuanto el procedimiento por el que se sustancia la solicitud lo es por el de protección de los derechos fundamentales de la persona, urgente y sumario, y como tal previsto en la Ley de la Jurisdicción. Es obvio que cualquier Juzgado o Tribunal, con independencia del Orden Jurisdiccional donde se plantea el conflicto de intereses indicado, debe, en interés del menor, propiciar el nombramiento de un defensor judicial”*.

Como ya hemos dicho, tanto la Letrada de la Comunidad de Madrid como la representante del Ministerio Fiscal alegaron la **falta de legitimación** de la “Asociación Coordinadora de Barrios para el Seguimiento de Menores y Jóvenes”, por ausencia de interés legítimo, mencionando el Ministerio Fiscal la doctrina jurisprudencial contenida en la Sentencia 19 de mayo de 2000. Al efecto, debemos recordar el contenido de una Sentencia mas reciente, de la Sección 6ª de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de fecha 10 de junio de 2004 (recurso 5/2003, Pte. Excmo. Sr. Puente Prieto), en la que se declaró la inadmisión del recurso contencioso interpuesto por una asociación contra el Real Decreto 232/2002, de 1 de marzo, por el que se regula el registro de sentencias sobre responsabilidad penal de los menores, en cuyo Fundamento de Derecho Primero expresa lo siguiente: *“...Alegada por la representación del Estado la inadmisión de recurso con fundamento en la falta de legitimación del recurrente es necesario el examen previo de dicha causa de inadmisión recordando, como hace nuestra sentencia de 28 de diciembre de 1999 EDJ 1999/48414, que, según reiterada doctrina constitucional y jurisprudencia de esta Sala -SSTC 60/1982 EDJ 1982/60, 62/1983 EDJ 1983/62, 257/1988 EDJ 1988/573, 97/1991 EDJ 1991/4834, 195/1992 EDJ 1992/11281, 143/1994 EDJ 1994/4114 y ATC 327/1997 y SSTS de 12 de febrero de 1996 EDJ 1996/570, 13 de marzo de 1997 y 8 de febrero de 1996, 13 de marzo de 1997 y 8 de febrero de 1999 EDJ 1999/1243-, después de la Constitución EDL 1978/3879 y a la luz de su art. 24.1 EDL 1978/3879, el interés directo*





Administración  
de Justicia

previsto en la Ley Reguladora de esta Jurisdicción aquí aplicable -art. 28.1.a) EDL 1956/42 - como presupuesto para que la pretensión contencioso-administrativa pueda ser actuada en juicio y examinada en la sentencia, se ha visto sustituido por el más amplio de "interés legítimo", derivado de la relación unívoca existente entre el sujeto y el objeto de la referida pretensión -acto o disposición impugnados- e identificable con cualquier ventaja o utilidad jurídica. o desventaja, derivadas de la reparación pretendida; beneficio o perjuicio el expresado que puede ser actual o futuro, pero que, en todo caso, ha de ser cierto y concreto, sin que baste, por tanto, su mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento, y recordar, asimismo, que, después de la Norma Fundamental, esta configuración de la categoría procesal examinada habría de servir también para la impugnación directa de las disposiciones de carácter general y no la obsoleta que derivaba del ap. b) del mismo precepto, o, lo que es igual, que para la impugnación de una de esas disposiciones era también aplicable, como regla común de legitimación, la del ap. a) del mencionado art. 28 y no la legitimación corporativa que exigía ese ap. b). La vigente Ley Jurisdiccional -art. 19.1.a) EDL 1998/44323 -, siguiendo las mencionadas pautas jurisprudenciales y ya sin distinguir entre impugnación de actos -actuación- y disposiciones, reconoce legitimación a "las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo" y, al propio tiempo, a "las corporaciones, asociaciones, sindicatos y grupos o entidades a que se refiere el art. 18 EDL 1998/44323 -grupos de afectados, uniones sin personalidad o patrimonios independientes o autónomos al margen de su integración en las estructuras formales de las personas jurídicas- que resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos".

Del mismo modo, y en el ámbito administrativo, el art. 3 1.1.a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, LRJAP y PAC EDL 1992/17271, considera "interesados" para promover un procedimiento administrativo a quienes lo hagan como "titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos".

Como aquella Sentencia que al principio invocábamos de 28 de diciembre de 1999 EDJ 1999/48414 continúa diciendo, pese a esta amplitud, el concepto de interés legítimo no puede ser asimilado al de interés en la legalidad, que haría equiparable la legitimación en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo a la legitimación popular, que solo en los casos "expresamente" contemplados en la Ley es admisible, conforme actualmente determina el art. 19.1.h) de la vigente Ley Jurisdiccional EDL 1998/44323. Al respecto, esta Sala, en auto de 21 de noviembre de 1997 -decíamos en esa



Madrid

*Sentencia-, declaró la imposibilidad de reconocer ese interés legitimador cuando resultaba únicamente de una autoatribución estatutaria.*

*Como hemos declarado en Sentencia de 10 de junio de 2002 EDJ 2002/26050 , desde el punto de vista constitucional la reciente Sentencia de 16 de abril de 2002 (recurso núm. 5106/1996) EDJ 2002/9987 ha declarado que "Según la jurisprudencia constitucional las decisiones jurisdiccionales de inadmisión de recursos se ajustan al art. 24.1 de la CE EDL 1978/3879 siempre que sean razonables y no erróneas y que aprecien adecuadamente una causa legal de inadmisión; y así la STC 252/2000 de 30 de octubre (FJ 2) EDJ 2000/33365 , en relación concretamente con la legitimación activa, señala que "pese a que determinar quién tiene interés legítimo para recurrir en la vía contencioso-administrativa es una cuestión de legalidad ordinaria, los órganos jurisdiccionales quedan compelidos a interpretar las normas procesales (en este caso la LJCA de 1956 EDL 1956/42 ), no sólo de manera razonable y razonada, no arbitraria ni incurra en error notorio, sino en sentido amplio y no restrictivo, esto es, conforme al principio "pro actione", con "interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón, revelen una clara desproporción entre los fines que las causas de inadmisión preservan y los intereses que sacrifican" (por todas STC 88/1997, de 5 de mayo EDJ 1997/2616)". Más en concreto sobre la interpretación del art. 28.1 a) de la LJCA de 1956 EDL 1956/42 a la luz de la Constitución EDL 1978/3879 la jurisprudencia de este Tribunal ya desde antiguo ha venido entendiendo que el concepto de interés directo aludido en dicho precepto debía sustituirse por el de interés legítimo del art. 24.1 de la CE y desde este planteamiento se ha de aplicar al contencioso-administrativo la regla general de la legitimación por interés (ventaja o utilidad jurídica que se obtendría en caso de prosperar la pretensión ejercitada), de modo que para que exista interés legítimo en la jurisdicción contencioso-administrativa, la resolución impugnada (o la inactividad denunciada) debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso, siendo por ello inconstitucionales las decisiones jurisdiccionales de inadmisión de recursos en los que se pueda cabalmente apreciar tal interés".*

*Y es que, por muy amplia que sea la interpretación jurisprudencial del artículo 28.1.a) de la Ley Jurisdiccional EDL 1956/42 , y actualmente, el 19 de la vigente Ley EDL 1998/44323 , no cabe llegar hasta el extremo, como decimos en Sentencia de 30 de junio de 1995 EDJ 1995/3724 , de que pueda reconocerse legitimación procesal por la mera autoatribución de la misma, siendo necesario que cuando se alegue falta de acreditación del interés para recurrir, no habiéndose aportado los estatutos, se analice esta aportación por la recurrente o se deduzca, como en el caso enjuiciado para una de las*

*actoras en esa sentencia, el requisito de la legitimación de otras circunstancias o pruebas constatables por otras vías probatorias, resultando en cualquier caso imprescindible el conocimiento de los objetivos y finalidades de la recurrente según los estatutos por los que se rige, dato que no consta en los autos y que imposibilita entender acreditada la legitimación negada justamente por la parte demandada”.*

Asimismo, en el Fundamento de Derecho Tercero concluye lo siguiente acerca de la falta de legitimación opuesta por el Abogado del Estado: “...debe aceptarse la alegación del representante de la Administración del Estado acerca de la falta de legitimación de la recurrente que se limita a invocar la existencia de dicha legitimación, negada por la recurrida, mas sin aportar los estatutos por los que se rige omisión que, al no permitirnos considerar los fines atribuidos a la misma, obliga a negar -por no acreditada-, la legitimación a cuyo reconocimiento se opone la Administración demandada sin que la recurrente, ante la postura procesal adoptada por el Abogado del Estado en relación con la discutida legitimación, haya cumplido con la obligación que a ella le correspondía de aportar los estatutos en que consten los objetivos y finalidades de la asociación recurrente, cuya circunstancia no permite a la Sala entender acreditada la legitimación negada justamente por la parte demandada, ya que la misma no puede deducirse de otra documentación obrante en autos puesto que al escrito interpositorio se aportó exclusivamente la escritura de poder, pero sin que, en contra de lo que suele ocurrir en dicha escritura, se testimonien los preceptos estatutarios que definan los objetivos y finalidades de la asociación recurrente, extremos que tampoco pueden deducirse de la propia denominación de dicha asociación, que se califica por el uso de dos términos genéricos que nada precisan a efectos legitimadores como son los de Xusticia y Sociedad de Galicia”.

Como vemos, en dicha Sentencia, partiendo del concepto más amplio de interés legítimo que acoge la vigente LJCA frente al de interés directo previsto en la Ley de 1956 así como del principio *pro actione*, niega la legitimación por falta de acreditación de los objetivos y finalidades de la asociación recurrente según los estatutos por los que se rige, al no ser aportado los estatutos que definan tales objetivos y finalidades. Por el contrario, en los presentes autos obran los Estatutos de la Asociación, que reflejan los fines y actividades de la misma (Artículo 2: Fines: La Asociación tiene como fines principales: conseguir la integración en la sociedad y la promoción de las personas con problemas de cualquier clase de marginación social, especialmente menores y jóvenes. Artículo 3: Actividades: Párrafo 2º: La Entidad podrá interponer cuantas acciones y recursos administrativos o judiciales entienda oportunos para la tutela de los derechos y libertades fundamentales de las personas comprendidas



entre sus fines, especialmente menores y jóvenes), lo que posibilita entender acreditada la legitimación negada por el contrario de lo resuelto en dicha Sentencia y precisamente por los propios razonamientos de la misma.

En este sentido es significativo el contenido del artículo 20 de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (LOEX), donde, bajo la rúbrica Derecho a la Tutela Judicial Efectiva, además de otras consideraciones que luego tendremos en cuenta, en su apartado cuarto se expresa que *“en los procesos contencioso administrativos en materia de extranjería estarán legitimadas para intervenir las entidades que resulten afectadas en los términos previstos por el artículo 19.1.b de la Ley reguladora de dicha jurisdicción”*, lo cual, evidentemente, debe ponerse en conexión con los fines y objetivos que aparezcan en sus respectivos Estatutos.

En cuanto a la causa de inadmisibilidad invocada también al amparo del artículo 69.b de la LJCA por haberse interpuesto el recurso contencioso administrativo por **persona incapaz y no debidamente representada**, derivadas ambas de la falta de capacidad de obrar del menor para comparecer por sí mismo en juicio y para otorgar poderes, debemos partir también de lo que ya se expuso en el Auto de 24 de abril de 2006 por el que se declaró no haber lugar al incidente de oposición al nombramiento de defensor judicial llevado a cabo por Auto de 6 de abril de 2006, en el que decíamos lo siguiente: *“Por otro lado, como ya se dijo en la mencionada Resolución, el Código Civil y la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, en su Disposición Adicional Tercera, prevén el nombramiento de defensor judicial en atención al interés más necesitado de protección, cual es el del menor. Y, llegados al punto de tener que decidir acerca de la actuación del menor en el seno de los presentes autos, se optó entonces por uno de los dos cauces posibles que ofrece la legislación procesal: esto es, o bien entender que el menor tenía capacidad suficiente para ejercer por sí mismo su derecho, al tratarse de una decisión personalísima afectante a su esfera personal, familiar o social, en base a lo prevenido en el artículo 18 de la LJCA, nombrando Letrado de su confianza que le representara en juicio; o bien, acudir al instituto previsto en el ordenamiento jurídico para el supuesto de conflicto de intereses entre el menor y su representante, designándose defensor judicial; solicitud esta última por la que nos inclinamos en base a los motivos expuestos en el referido Auto. Y si así se hizo es porque el Ministerio Fiscal, máximo garante del interés del menor no se opuso entonces –ni lo ha hecho ahora- a dicho nombramiento, pues expresamente ha manifestado que nada tiene que objetar.*





*En definitiva, vistas las alegaciones vertidas en la comparecencia celebrada en el día de hoy por todas las partes, se entiende que no han sido enervados los razonamientos expuestos y, en consecuencia, procede el mantenimiento en su integridad lo dispuesto en el Auto de fecha 6 de abril de 2006, dictado por este Juzgado”.*

Asimismo, debemos dar por reiterado lo expuesto en el Auto de 6 de abril de 2006, por el que se nombró Defensor Judicial del menor Boaubid Ettair al Letrado D. Juan Ignacio de la Mata Gutiérrez, en cuanto a la existencia, a juicio de este que resuelve, de un verdadero conflicto de intereses entre el menor y la Comisión de Tutela, y en consecuencia la conveniencia de dicho nombramiento, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 162, 163, 299 y 301 del Código Civil, y Disposición Adicional Tercera de la Ley Orgánica 1/1996, reiterando lo expuesto a que el incidente de designación de defensor judicial puede llevarse a cabo en el seno del procedimiento en que pueda plantearse en conflicto de intereses entre el menor y quien ostente su representación legal, cualquiera que sea el orden jurisdiccional en que se plantee (vid también el contenido del artículo 158 del Código Civil).

Pero es que, profundizando en la posibilidad apuntada en el Auto de 24 de abril de 2006, de que podía entenderse que el menor tenía capacidad suficiente para ejercer por sí mismo su derecho, al tratarse de una acción personalísima afectante a su esfera personal, familiar o social, nombrando Letrado de su confianza que le represente en juicio, dado el tiempo transcurrido desde dicha resolución que ha permitido una mayor reflexión sobre tal alternativa indicada entonces, cabe concluir que, al amparo de lo prevenido en el artículo 18 de la LJCA, en relación con lo dispuesto en el artículo 162.1º del Código Civil (“los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan: 1º Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo”), el menor Bouabid Ettair tiene capacidad procesal suficiente ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo para la defensa de sus derechos fundamentales que invoca en el presente procedimiento, dado el carácter personalísimo de los mismos, así como la edad y madurez de aquél. En este sentido, debemos recordar que cabe diferenciar diversas etapas en la capacidad de obrar del menor, habiéndose acuñado en la doctrina el término “menor maduro”. Así el menor tiene una capacidad de obrar progresiva y, aún siendo menor, puede realizar diversos actos jurídicos con plena validez y eficacia, dependiendo de la edad que ostente, como otorgar testamento, contraer matrimonio en determinadas circunstancias, formalizar contratos de trabajo a partir de los 16 años o instar su emancipación, prestar su consentimiento informado en





Administración  
de Justicia

intervenciones médicas sobre su persona en el ámbito de su derecho a la salud (cuestión no resulta expresamente por nuestro Derecho, pero contemplada en Derecho comparado en países de nuestro entorno). En esta línea, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 (ratificada por España el 30 de noviembre de 1990), en su artículo 12 expresa que *“Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio del derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afecten al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente, o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la Ley nacional”*. A su vez, en la Exposición de Motivos de la LOPJM se explicita que:

*“Las transformaciones sociales y culturales operadas en nuestra sociedad han provocado un cambio en el status social del niño y como consecuencia de ello se ha dado un nuevo enfoque a la construcción del edificio de los derechos humanos de la infancia.*

*Este enfoque reformula la estructura del derecho a la protección de la infancia vigente en España y en la mayoría de los países desarrollados desde finales del siglo XX, y consiste fundamentalmente en el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos.*

*El desarrollo legislativo postconstitucional refleja esta tendencia, introduciendo la condición de sujeto de derechos a las personas menores de edad. Así, el concepto «ser escuchado si tuviere suficiente juicio» se ha ido trasladando a todo el ordenamiento jurídico en todas aquellas cuestiones que le afectan. Este concepto introduce la dimensión del desarrollo evolutivo en el ejercicio directo de sus derechos”*.

Además, la conclusión que aquí mantenemos de que el menor Bouabid Ettair, dadas sus condiciones de edad y madurez, tiene capacidad de obrar suficiente para reclamar ante este orden jurisdiccional y por sí mismo la defensa de sus derechos de la personalidad, los cuales pueden relacionarse con los Derechos Fundamentales de la Constitución o protegibles en Amparo, tiene fundamento no sólo en los argumentos expuestos, sino que resulta conforme con el principio general recogido en el artículo 2 del la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM), conforme al cual “las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva”.



Madrid



En consecuencia, la causa de inadmisibilidad invocada no puede prosperar: bien por entender que el menor Bouabid Ettair tiene capacidad procesal en los términos expuestos anteriormente; o bien por cuanto que, en cualquier caso, cualquier defecto de representación del menor quedó debidamente subsanado mediante el nombramiento del defensor judicial que tuvo lugar en los presentes autos al amparo de lo dispuesto en el artículo 138 de la LJCA, plenamente acorde con la doctrina del Tribunal Constitucional acerca de la subsanabilidad de los defectos de representación, y de las que son expresión asimismo los artículos 11.3 de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, o los artículos 45.3, 51.3, 56.2 y 93.3 de la LJCA.

Respecto a la causa de inadmisibilidad consistente en que se impugna un **acto o actuación no susceptible de impugnación**, dado que la Resolución de repatriación del menor dictada por la Delegación del Gobierno no fue recurrida, siendo un **acto consentido y firme**, conforme a lo dispuesto en el artículo 69.c en relación con el artículo 28, ambos de la LJCA, y **por haber transcurrido el plazo** previsto en el artículo 115.1 de la LJCA para la interposición del recurso por el procedimiento especial que nos ocupa, se fundan ambas en que la Resolución del Delegado del Gobierno en Madrid, de fecha 10 de febrero de 2006, que acordó la repatriación del menor, notificada a las partes, sin que la misma fuera recurrida, deviniendo por tanto firme. Tales cuestiones guardan estrecha relación con el fondo del asunto, y en concreto con la pretendida vulneración del derecho fundamental previsto en el artículo 24 de la Constitución, vulneración alegada en base, entre otros extremos, precisamente, a la falta de notificación del Acuerdo de repatriación al menor tal y como pusimos de manifiesto en el Auto de 25 de abril de 2005, dictado al amparo de lo previsto en el artículo 117 de la LJCA. Y dando una solución definitiva, por lo que a esta instancia se refiere, a la cuestión planteada, teniendo en cuenta lo dicho anteriormente en relación a la capacidad de obrar suficiente del menor - dada su edad y madurez- para la defensa de sus derechos de la personalidad, 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.

**TERCERO.-** Una vez resueltas las causas de inadmisibilidad invocadas, debemos recordar que los artículos 114 y siguientes de la LJCA regulan un proceso especial de amparo ordinario, que supone el desarrollo del artículo 53.2 de la Constitución en el ámbito del proceso administrativo, procedimiento que debe estar “basado en los principios de preferencia y sumariedad”, y en el que no puede ser discutido en él la conformidad a Derecho de la actuación administrativa impugnada, sino únicamente la posible lesión de los derechos fundamentales y libertades públicas comprendidos en la Sección 1ª del Capítulo 2º del Título I y en el artículo 14 de la Constitución. Dicha limitación del objeto de este proceso especial determina que, en caso de sentencia desestimatoria de la pretensión de amparo ordinario, la eficacia de la cosa juzgada material se extiende únicamente a dicha pretensión, esto es, que no se ha producido lesión de un derecho fundamental provocado por la actuación administrativa sometida a revisión judicial.

Conforme a la Disposición Transitoria 2ª.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en tanto no se desarrollase el artículo 53.2 aludido, se permitía a los particulares que entendieran vulnerados sus derechos fundamentales por una actuación administrativa, la opción de acudir al proceso administrativo ordinario o iniciar el proceso de protección jurisdiccional de derechos fundamentales regulado por la Ley 62/1978 (cuyos artículos 6 a 10, referentes a la “Garantía contencioso-administrativa”, han sido derogados por la Disposición Derogatoria Segunda, letra c), de la LJCA). No obstante no ser aplicable dicha Disposición Transitoria 2ª.2 de la LOTC tras la entrada en vigor de la LJCA y del proceso especial del amparo ordinario en el orden contencioso-administrativo que comentamos, la LJCA no niega que la tutela judicial de amparo ordinario pueda recabarse a través de un proceso ordinario.

En definitiva, cabe que en el Proceso Ordinario, o en su caso Abreviado, el actor pueda alegar la legalidad de la actuación administrativa, con la posible discusión de su inconstitucionalidad.

Incluso el Tribunal Constitucional permite iniciar en paralelo ambos procesos (Sentencia del TC 84/1987, de 29 de mayo), en relación con un mismo acto o





disposición: así, podrá plantearse el proceso ordinario o abreviado correspondiente, alegando los motivos de legalidad ordinaria, y a la vez, el proceso especial de amparo, si bien deduciéndose su objeto a la infracción de los derechos fundamentales tutelados por dicho proceso especial.

**CUARTO.-** En cualquier caso, y en relación con el objeto del procedimiento especial que nos ocupa, debemos recordar que, reiterada doctrina jurisprudencial (Sentencias del Tribunal Supremo, entre innumerables otras, de 27 de octubre de 1981, 3 de noviembre de 1982, 7 de julio de 1983, 19 de diciembre de 1984, 4 de octubre de 1985, 15 de noviembre de 1986 y 16 de septiembre de 1988), ha venido señalando que el ámbito jurisdiccional de protección de los Derechos Fundamentales por el procedimiento sumario de referencia, está exclusivamente establecido para tutelar los mencionados, Derechos comprendidos en los artículos 14 a 29 y 30.2 de la Constitución, conforme determinan los artículos 53.2 y 161.1 de su texto y el 41.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, sin que tal procedimiento permita examinar cualquier pretendida infracción del Ordenamiento Jurídico ni resolver en relación con temas o cuestiones de estricta legalidad ordinaria, pues su ámbito se circunscribe a determinar si el acto o disposición que se impugna vulnera directamente aquellos Derechos, por lo que sólo sobre las pretendidas violaciones de los Derechos Fundamentales puede versar el examen de los Órganos Jurisdiccionales Contencioso Administrativos, bien entendido que si para decidir la conformidad jurídica del acto hubiera de realizarse previo examen de normas de carácter inferior a la Carta Magna, se estaría rebasando el ámbito propio de dicho procedimiento, por lo que las alegaciones sobre pretendidas violaciones del Ordenamiento Jurídico basadas en preceptos distintos de los Constitucionales de referencia -y aun cuando gratuitamente y a los meros efectos "pro forma" se cite de los expresamente comprendidos en el marco que pretende garantizar el presente procedimiento-, o sobre supuestas irregularidades formales del acto, no pueden ser tomadas en consideración dentro del cauce del procedimiento especial seguido a elección del demandante

**QUINTO.-** Partiendo de lo anteriormente expuesto en el sentido de que el procedimiento que nos ocupa tiene por objeto la infracción de los Derechos Fundamentales tutelados por dicho proceso especial de amparo ordinario sin que puedan alegarse en el mismo motivos de legalidad ordinaria contra la actuación administrativa impugnada, se alega la vulneración de los Derechos Fundamentales consagrados en los artículos 15, 17.1 y 3, 19, 18, 24 y 25.3 de la Constitución Española.



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”.

En línea de lo expuesto, tanto el Ministerio Fiscal como la Letrada de la Comunidad de Madrid como el Ilmo. Sr. Abogado del Estado, han manifestado que no nos encontramos ante un procedimiento sancionador, por lo que no le son de aplicación los principios del Derecho Administrativo sancionador, debiendo recordar que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 92.4 del RLOEX, la repatriación del menor será acordada por el Delegado del Gobierno o el Subdelegado del Gobierno y ejecutada por los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, de forma que la actuación llevada a cabo por los miembros del Cuerpo Nacional de Policía el día 5 de abril de 2006, por sí sola, no constituye más que la ejecución del Acuerdo de repatriación (como viene a reconocer la parte recurrente en su demanda, al folio 11 de la misma), y sin que pueda constituir un **trato inhumano o degradante** proscrito por el artículo 15 o un supuesto de **detención** al que resulten de aplicación las garantías contenidas en el artículo 17 de la Constitución Española. Por igual motivo, no encontrándonos ante un procedimiento sancionador, no podemos entender que el acuerdo de repatriación y la ejecución del mismo constituyen vulneración



alguna de la limitación constitucional prevista en el artículo 25.3 de que la Administración civil no podrá imponer sanciones que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad.

En cuanto a la **vulneración del artículo 19 de la Constitución Española** en relación con el artículo 13.1 de la misma, entiende el recurrente que al menor se le ha impuesto peor trato que a un inmigrante adulto en situación irregular, máxime cuando el menor Bouabid Ettair tiene concedida por la Delegación del Gobierno una autorización de residencia y con validez hasta el 11 de julio de 2006. Asimismo destaca como, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 42.2.d.e del RLOEX del año 2001 (Real Decreto 864/2001), en relación con el artículo 32.1 de la LOEX, el menor lleva casi tres años en España tutelado por una entidad pública española y está próximo a cumplir los 18 años, de forma que podrá obtener la residencia permanente en nuestro país, así como la nacionalidad española al amparo del artículo 22.2.c del Código Civil, que exige únicamente el tiempo de un año en tal supuesto. Lo cierto es que, haya sido concedida o no la autorización de residencia en cuestión, el artículo 35.4 de la LOEX expresa que se considera regular a todos los efectos la residencia de los menores que sean tutelados por una Administración pública, sin perjuicio que a instancia del organismo de tutela se le otorgue una autorización de residencia, cuyos efectos, precisamente, se retrotraerán a momento en que el menor hubiera sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores; más, como indica el párrafo segundo del artículo 92.5 del RLOEX "el hecho de que se haya autorizado la residencia no será impedimento para la repatriación del menor, cuando posteriormente pueda realizarse conforme a lo previsto en este artículo".

Se entiende asimismo vulnerado el **artículo 18 de la Constitución Española**, pues la resolución y ejecución instada por el Delegado del Gobierno revelan un notorio y arbitrario abuso de Derecho que se concreta con el sufrimiento físico, psíquico, angustia, incertidumbre de futuro, impacto emocional que el menor experimentó el 5 de abril de 2006 y del que se deriva una manifiesta ansiedad e inseguridad porque se pueda repetir una situación similar, violando con ello el **honor del menor**. Mas, como bien indican las partes demandadas, las actuaciones impugnadas por sí solas no puede entenderse que vulneren dicho derecho al honor, sin que el hecho de que se ocasionen daños morales implique de manera automática que se entienda vulnerados los derechos protegidos por el artículo 18 de la Constitución, ya que para que ello tenga lugar es necesaria una intromisión ilegítima en los términos establecidos en el artículo 7º de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, reguladora de la protección civil y del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; debiendo, en cualquier caso, resultar acreditados tales daños morales, y sin que en los





presentes autos haya habido prueba alguna en tal sentido, como tampoco de la existencia de tratos inhumanos o degradantes.

Por todo ello, y dando por reproducidas las argumentaciones expuestas por las partes demandadas, no cabe estimar que la actuación administrativa impugnada haya supuesto una vulneración de los Derechos Fundamentales recogidos en los artículos 15, 17, 18, 19 y 25.3 de la Constitución Española.

**SEXTO.-** A distinta conclusión vamos a llegar en cuanto a la existencia de una actuación contraria a derecho que vulnera lo dispuesto en el **artículo 24.1 y 2 de la Constitución Española**. La parte recurrente alega diversas circunstancias de **indefensión**: en primer lugar, que al menor se le tenía que haber notificado directamente la notificación de repatriación del Delegado del Gobierno o su representante legal haberle dado traslado o conocimiento de la misma; en segundo lugar, que 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 62.4 del RLOEX del 2001; en tercer lugar, denegación de la tutela judicial efectiva de acceso al proceso judicial; y en cuarto lugar, que el acceso al proceso exige que el menor pueda valerse de representación y asistencia técnica, habiéndosele imposibilitado al menor el ejercicio de este derecho porque ha sido privado ilegalmente de su pasaporte para otorgar poder de representación, acudiendo a la designación del Letrado actuante en este proceso al amparo del artículo 9 de la LOPJM.

Al respecto debemos hacer un par de puntualizaciones. De un lado, 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).

Y de otro, por lo que se refiere a la vulneración del derecho de la tutela judicial efectiva, dicho derecho es un derecho de prestación o de naturaleza prestacional, que corresponde a los jueces y tribunales en el seno del proceso y de configuración legal, en tanto que no puede ejercerse al margen de los cauces y del procedimiento legal establecido (entre otras muchas Sentencia del Tribunal Constitucional 190/1991, de 14 de octubre, y 140/1995, de 28 de septiembre); en definitiva, como pone de manifiesto la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, Sección Séptima, de 13 de julio de 2001 (recurso 330/1997, Pte. Excmo. Sr. Martín González), la falta de tutela judicial efectiva que prohíbe el artículo 24 de la Constitución es, precisamente, la judicial, a cuya vía no se había llegado al tiempo de la interposición del recurso, lo que implica que tal pretendida omisión de la tutela judicial efectiva sólo hubiera podido tener lugar de denegarse la tal dicha tutela judicial por los órdenes jurisdiccionales, lo que no ha sucedido. Dicho de otra forma, tan sólo en el caso de que la índole de la actuación administrativa sea tal que llegue a producir un resultado que cierre el paso a la anterior intervención revisora de la jurisdicción, podría aceptarse hipotéticamente que desde el plano de la actuación administrativa pudiera producirse la lesión de la tutela judicial efectiva, lo que, como hemos dicho, no acontece en el presente caso, al haber accedido a la vía jurisdiccional.

Así las cosas, no puede estimarse el tercer motivo en que se funda la indefensión alegada, esto es, la denegación de la tutela efectiva de acceso al proceso judicial. Tampoco el cuarto motivo de indefensión es decir, que se le haya imposibilitado al menor el ejercicio del derecho de acceso al proceso que exige que pueda valerse de representación y de asistencia técnica, al haber sido privado ilegalmente de su pasaporte para poder otorgar el poder de representación, por cuanto que una cosa es la capacidad de obrar en el orden civil y otra cuestión distinta es la capacidad procesal: así las cosas, es discutible si el Notario hubiera accedido a protocolizar el otorgamiento de poder por parte del menor de edad sujeto a la tutela del IMMF, cuestión, que en todo caso, no compete resolver a este que resuelve, y otra distinta es la capacidad procesal para actuar ante este orden jurisdiccional, cuestión que ha sido resuelta *supra*.

**SÉPTIMO.-** 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.

En consecuencia, y por lo expuesto, se está en el caso de apreciar que la Resolución del Delegado del Gobierno de fecha 10 de febrero de 2006 que acordó la repatriación del menor de edad Bouabid Ettair a Marruecos infringió el ordenamiento jurídico, vulnerando las garantías susceptibles de amparo a las que hemos hecho referencia, lo que determina su nulidad y la estimación del recurso; y en consecuencia declarar asimismo la nulidad de pleno derecho de la



ejecución instada por la Delegación del Gobierno en Madrid, conforme a lo previsto en el artículo 121.2 de la LJCA.

**OCTAVO.-** Se pretendía asimismo el **reconocimiento de la situación jurídica individualizada del menor** consistente en: que se pusiera a disposición del menor su pasaporte para poder renovarlo en el Consulado de Marruecos, se le entregase la tarjeta de residencia que tiene concedida; que se le permita residir legalmente en España sin que pueda ser objeto de una nueva repatriación; y que se declare su derecho de ser indemnizado por los daños morales causados.

Dado el carácter revisor de esta jurisdicción en relación con la administración administrativa impugnada, que no es otro que el acuerdo de repatriación, las tres primeras pretensiones exceden del objeto del presente recurso, examinar, como hemos hecho, si el acto administrativo impugnado es ajustado o no a Derecho y si, como consecuencia de ello, se han vulnerado los Derechos Fundamentales invocados.

Respecto a la solicitud de que se le reconozca una indemnización por los daños morales causados, debemos recordar que, según doctrina jurisprudencial reiterada, la anulación de un acto administrativo no conlleva automáticamente el reconocimiento del derecho a indemnización, pudiendo diferirse para ejecución de sentencia su cuantificación, pero no la cuestión de su existencia o no, que debe ser objeto de cumplida prueba antes de sentencia. Como expresión de dicha doctrina la Sentencia de la Sala Tercera del TS. Sección 5ª, de 1.2.00 (rec. 1779/1994, Pte. Excmo. Sr. Sanz Bayón), en su Fundamento III, nos dice:

*TERCERO.- En el segundo y último motivo de casación, en base al artículo 95.1.4 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se aduce la infracción de los arts. 106.2 de la Constitución, 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, 232 y 240.2 de la Ley del Suelo y 139 de la Ley 30/1992. En definitiva, estos preceptos reconocen la responsabilidad de la Administración y el derecho de los particulares a ser indemnizados de los daños y perjuicios causados por el funcionamiento de los servicios públicos, siendo en el presente supuesto denegada indebidamente una licencia de obras, y concedida posteriormente, con la consiguiente dilación en la ejecución de la construcción proyectada, originadora, según el recurrente, de daños y perjuicios. En primer lugar, se ha de puntualizar que conforme a la jurisprudencia reiterada de esta Sala, en aplicación del artículo 40.2 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 y preceptos concordantes sobre la responsabilidad de la*





*Administración, - y hoy también expresamente recogido en el art. 142.4 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre-, la anulación de un acto administrativo en vía judicial, no conlleva automáticamente el reconocimiento del derecho de indemnización. Tal como expresa el artículo 79.3 de la Ley Jurisdiccional, el demandante podrá solicitar indemnización de daños y perjuicios, incluso en el escrito de conclusiones, si constaren ya probados en autos, teniéndolo también así establecido el Tribunal Supremo en sentencias de 19 de abril de 1988, 23 de julio de 1993 y 24 de mayo de 1999, y que lo que puede diferirse para ejecución de sentencia es sólo la fijación de la cuantía de los daños, pero no la cuestión de su existencia o inexistencia. La pretensión indemnizatoria, formulada con diferimiento de su determinación cuantitativa al periodo de ejecución de sentencia, y sin haberse practicado prueba alguna acerca de tales daños o perjuicios, de necesario acreditamiento antes de la sentencia, para dejar relegada a su ejecución la estricta concreción del "quantum" indemnizatorio, tal como también se desprende del art. 84.c) de la Ley Jurisdiccional, no puede ser estimada.*

*En el supuesto aquí contemplado, la parte demandante se limitó a enunciar declarativamente su derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios causados, reiterando en el suplico de la misma, el derecho a obtener tal indemnización en la cuantía que se fije en ejecución de sentencia, insistiendo en su escrito de conclusiones que la determinación de los daños y perjuicios de deferirá a la ejecución de la sentencia, sin que en la fase de recibimiento a prueba, se propusiese ninguna que tuviera por objeto el hecho referente a su existencia y cuantía indemnizatoria, siendo de notar que fue admitida y practicada la propuesta por el demandante, siendo claro y evidente que no hay en estos autos prueba alguna de la existencia de los daños y perjuicios reclamados, pesando la carga de esa prueba sobre el actor que ha dispuesto de la posibilidad de solicitarla y acreditarlo, sin que esta Sala, aquí y ahora, pueda suplir tal omisión. Por todo ello, y en aplicación de la doctrina anteexpuesta, es procedente desestimar este motivo de casación.*

Por otra parte la doctrina consolidada de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en relación con la indemnización por perjuicios morales, según se recoge, entre otras, en Sentencia de 1 de diciembre de 1989, 4 de abril de 1989, 31 de octubre de 1990, etc., no es otra que las que aquéllos son susceptibles de compensación económica a pesar de las dificultades en su determinación cuantitativa por carecer de parámetros o módulos objetivos para valorar el "pretium doloris", por lo que dicha indemnización siempre tendrá un cierto componente subjetivo y habrá de consistir en una suma razonable, destacándose, igualmente, que el daño moral o afectivo en sentido estricto es absolutamente independiente de las circunstancias que rodean al perjudicado,





ya que lo que se valora es un bien inmaterial, ajeno a toda realidad física evaluable, como afirmaron las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Tercera, del 4 de diciembre de 1987 y 7 de abril de 1988.

Y a juicio de este que resuelve, la anulación del acto impugnado no puede justificar por sí solo el pretendido daño moral, reiterando lo expuesto anteriormente al respecto, no bastando la alegación de que se han producido unos daños morales sin aportar una mínima prueba de la efectiva producción de los mismos, por lo que no ha lugar a la petición examinada.

**NOVENO.-** Dada la derogación del artículo 10.3 de la Ley 62/1978, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, que seguía el criterio del vencimiento en materia de costas procesales, se está en el caso de aplicar lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, de forma que, no apreciándose mala fe o temeridad en el proceder del demandante, no procede la imposición de las costas procesales de este procedimiento.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

### **FALLO:**

**ESTIMAR PARCIALMENTE** el recurso contencioso administrativo interpuesto por **BOUABID TAIR** y la **“ASOCIACIÓN COORDINADORA DE BARRIOS PARA EL SEGUIMIENTO DE MENORES Y JÓVENES”**, al amparo del procedimiento especial para la Protección de Derechos Fundamentales de la Persona, contra la Resolución, de fecha 10 de febrero de 2006, del **DELEGADO DEL GOBIERNO EN MADRID**, por la que se acordó la repatriación a Marruecos del menor Bouabid Ettair y contra la ejecución instada por la Delegación del Gobierno a la Brigada Provincial de Extranjería y Documentación de 5 de abril de 2006, por vulneración de los Derechos Fundamentales del menor expuestos en el Fundamento Jurídico Séptimo de esta Resolución y reconocidos en el artículo 24.2 de la Constitución Española; desestimando el resto de las pretensiones formuladas por la parte recurrente en reconocimiento de una situación jurídica individualizada. Todo ello sin expresa imposición de las costas procesales de este Procedimiento.





Contra la presente resolución cabe interponer recurso de apelación dentro de los quince días siguientes al de su notificación.

**PUBLICACION.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Ilma. Magistrado-Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha. Doy fe.

