

LA AUDIENCIA Y LA LEGITIMACIÓN DE LOS MENORES INMIGRANTES NO ACOMPAÑADOS EN SU EXPEDIENTE DE REPATRIACIÓN. CRÓNICA DE UN CAMINO JURISPRUDENCIAL¹

Cristóbal Francisco Fábrega Ruiz

Universidad de Jaén

Uno de los aspectos que más problemas jurídicos han dado en la materia relativa a los MENA es el de la intervención del menor afectado por un procedimiento de repatriación en el mismo, manifestando su opinión, e incluso existencia o no de legitimación en los procedimientos administrativo y judicial cuando la postura del menor es contraria a la de la entidad tutelar que es, precisamente, la que ha iniciado dicho procedimiento. En esta materia ha habido una jurisprudencia y una actuación de la Fiscalía contradictoria y poco ajustada a derecho, impregnada más de actitudes pragmáticas y de control de flujos que de una verdadera protección de los derechos fundamentales implicados y del principio prevalente del interés del menor. El Tribunal Constitucional en dos sentencias de su Sala 1ª de 22 de diciembre de 2008 ha querido poner orden en esta cuestión, lo que definitivamente se ha realizado con la reforma de los apartados 5 y 6 del artículo 35 de la Ley Orgánica de Extranjería operada en el año 2009.

En esta comunicación pretendemos hacer un recorrido sobre la evolución de la cuestión que ha terminado con la expresa determinación legal de la misma para evitar que, en el futuro, se sigan cometiendo los mismos errores.

1. EL PRINCIPIO DE AUDIENCIA AL MENOR Y SU APLICACIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS DE REPATRIACIÓN.

Tal como refleja la sentencia de Tribunal Constitucional (Recurso de amparo 3319/2007) de 22 de diciembre de 2008, en la que luego abundaremos, el mismo, en diversas resoluciones ha estimado vulnerados el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24-1º CE) de los menores en supuestos de procesos judiciales en que no habían sido oídos o explorados por el órgano judicial en la adopción de medidas que afectaban a su esfera personal (como ejemplo. SSTC 22112002~ de 25 de noviembre. FJ 5, ó 17/2006, de 30 de enero, FJ 5). Así, se ha reiterado que el derecho de los menores que estén en condiciones de formarse un juicio propio a ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte, ya sea directamente o por medio de representante o de un órgano apropiado aparece recogido en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 (art. 12) y que, en nuestro Ordenamiento, el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor reconoce el derecho de éste a ser oído tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en qué esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social.

El art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 (ratificado por España el 30 de noviembre de 1990) señala que:

se tendrán en cuenta las opiniones del niño en función de la edad y madurez. Con tal fin se dará, en particular al niño, oportunidad de 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.

Y el art. 2 de LOPJM señala que "las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretan de forma restrictiva.

Además, podemos citar también el art. 24-1º de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en que se establece que "los niños (...) podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tomada en cuenta para los asuntos que los afecten, en función de su edad y madurez".

Como vemos, el artículo 9 LOPJM asocia a este derecho de audiencia el derecho a ejercerlo por sí mismo o a través de la persona por él designada que represente al menor cuando tenga suficiente juicio.

No estamos únicamente ante el representante legal del menor ya que el mismo artículo 9-2º LOPJM establece la intervención de este cuando la designación efectuada por el menor no sea posible o no convenga al interés del menor, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor que

¹ El presente trabajo constituye una actualización de parte del que bajo el título "Tratamiento jurídico e integración de los menores de edad no acompañados" se incluyó en el libro *La integración de los extranjeros. Un análisis transversal desde Andalucía*. Atelier. Barcelona 2009.

también puede ser oído a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitir su opinión objetivamente.

Este principio, que es uno de los básicos, como elemento instrumental del prevalente de mayor interés del menor claramente reconocido, ha sido claramente desconocido en la práctica en el procedimiento que nos ocupa. Así, a lo largo del procedimiento de repatriación el menor no es oído, ni informado del proceso que le afecta, incumpliendo lo dispuesto en los artículos 92-4º REE, 9-2º LOPJM y concordantes de la mayoría de las leyes autonómicas sobre protección de menores; 12 de la Convención de Naciones Unidas de 1989 sobre Derechos del Niño, y 8-14º de la Carta Europea de los Derechos del Niño de 1992.

Este incumplimiento se da al considerarse que dicha exigencia se cumple suficientemente con las declaraciones que realizó el menor en los correspondientes expedientes de tutela, lo que ha sido denunciado por el Defensor del Pueblo en su Informe de 2006 como una práctica rechazable y contraria al artículo 92-4º del REE que exige que el menor sea oído por la Administración General del Estado en el mismo procedimiento de repatriación.

Esta omisión presenta el agravante de que la audiencia es un instrumento fundamental para determinar el interés del menor y calibrar el posible riesgo que puede darse con su repatriación al país de origen. No olvidemos que muchos de estos menores proceden de países donde se ven enfrentados a la explotación sexual o laboral, reclutamiento o matrimonio forzoso, ablación u otras prácticas tradicionales perjudiciales.

2. LA AUDIENCIA DEL MENOR EN LA DOCTRINA DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA

Los órganos judiciales no han mantenido una postura unánime en la materia, sobre todo en determinados territorios como Madrid, donde la postura de la Fiscalía ha sido también errática, no encontrando más defensa para estos menores que la de determinadas organizaciones no gubernamentales o abogados voluntarios.

No obstante, la mayor parte de los órganos judiciales que se han acercado al problema exigen con rigor que dicha audiencia se practique en el mismo procedimiento de repatriación sin que pueda considerarse dicho trámite cumplido por las alegaciones del menor efectuadas ante la entidad tutelar cuando con anterioridad fue tutelado. En este sentido puede tenerse en cuenta las SsTSJ Madrid (Sección 5ª) de 26-4-2007, 10 y 24-7-2007, la STSJ de Málaga (Sección 1ª) de 26-1-2007, Juzgado de lo CA nº 1 de Huesca en Sentencia 13-10-2006 y JCA 26 Madrid en sentencia de 19-10-2007. También abogan por la necesidad de audiencia específica so pena de nulidad las sentencias de 31 de mayo de 2007 del Juzgado CA nº 15, la de 4 de diciembre de 2007 del Juzgado nº 20, y la de 22 de octubre del nº 26 todos ellos de Madrid.

Indican estas resoluciones que la ausencia de dicho trámite imposibilita valorar adecuadamente si la repatriación responde al superior interés del menor. Facilita el parecer del interesado, que en ocasiones puede ser trascendente, y permite llegar a través de éste al conocimiento de circunstancias eventualmente relevantes para determinar la procedencia de la repatriación lo que supone la nulidad del procedimiento debiendo retrotraerse las actuaciones al momento de la audiencia para que esta se practique en el nuevo expediente a realizar. Es tan importante la audiencia para conocer la realidad del menor que algún autor considera que el menor debe ser oído no solo al iniciar el expediente de repatriación, sino también en el momento inmediatamente anterior a ejecutar la misma ya que durante la tramitación del expediente el menor puede haber variado sus circunstancias por haber asistido a cursos de formación, haber enfermado, haber fallecido alguno de los progenitores, etc. (Zapatero, 2007:51).

Los Tribunales difieren en cuanto a las consecuencias derivadas de la falta de audiencia. Así la STSJ Málaga (Sección 1ª) de 26-1-2007 sigue la tesis, ya mantenida por la Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado, entendiendo que la omisión de la audiencia del menor implica una lesión del derecho de defensa del artículo 24 CE. Por el contrario la sección 9ª del Tribunal Superior de Justicia de Madrid niega dicha consecuencia al considerar que el procedimiento de repatriación carece de carácter sancionador, lo que determina la imposibilidad de acudir al cauce procesal especial de derechos fundamentales. Por el contrario la sentencia de la sección 9ª del Tribunal Superior de Justicia de Madrid considera que la omisión de la audiencia al menor en el expediente de repatriación, no solo supone una grave vulneración legal si no que afecta directamente a la tutela judicial efectiva establecida en el artículo 24-1º de la Constitución con cita de las SsTC 221/2002 de 25-11, 71/2004 de 19-4 y 152/2005 de 6-6. En igual sentido se manifiesta el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en sentencia de 14 de febrero de 2008 que considera que la falta de audiencia hace a la resolución nula de pleno derecho.

3. ¿PUEDE EL MENOR ACTUAR POR SI MISMO COMO PARTE EN EL PROCEDIMIENTO DE REPATRIACIÓN Y SU IMPUGNACIÓN JUDICIAL?

Debemos preguntarnos ahora si la audiencia del menor permite a este actuar como parte en el procedimiento de repatriación o no, actuando incluso a través de su correspondiente asistencia letrada.

Tengamos en cuenta que el artículo 2 LOPJM establece que las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva lo que nos sirve de base para admitir que nuestro derecho recoge la tesis de la denominada capacidad de obrar progresiva lo que supone el reconocimiento de la capacidad procesal del menor maduro para intervenir en los procedimientos de repatriación como si fuera mayor de edad y ello por encontrarnos ante una materia de carácter personalísimo en el que, de acuerdo con la regulación del Código Civil (artículo 162), se excluye la representación legal y se permite la actuación del menor si este tuviera suficiente madurez.

Sabemos que la doctrina civil es clara y precisa al negar capacidad procesal a los menores no emancipados en el ámbito del proceso civil tal como se deduce de los artículos 7 y 8 LEC, pero esta no es trasladable automáticamente al ámbito del procedimiento administrativo o de la jurisdicción contencioso-administrativa toda vez que la capacidad procesal de los menores tiene una regulación específica y diferenciada en los artículos 30 de la Ley 30/1992 (LRJ-PAC) y 18 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa².

En cuanto a la posibilidad del menor de poseer capacidad para nombrar letrado que le represente en juicio, el art. 18 de la LCA en relación con el art. 162-1º del Código Civil le reconoce capacidad procesal suficiente ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo para la defensa de sus derechos fundamentales dado el carácter personalísimo de los mismos y teniendo en cuenta la edad y madurez de aquel.

A pesar de la claridad de la regulación administrativa, la distinta regulación civil ha provocado un profundo debate en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa que ha provocado la existencia de resoluciones contradictorias con lo que ello supone de incertidumbre en los profesionales jurídicos, extendiendo también dudas sobre otros derechos vinculados a la legitimación del menor como el relativo a la asistencia letrada.

Los principales conflictos se dan en los casos en que la entidad pública tutelar y el Ministerio Fiscal coinciden en la oportunidad de retornar al menor en contra de la voluntad de éste. En estos casos, las respuestas que se han dado pueden clasificarse en dos grupos perfectamente delimitados:

1.- Los menores de edad maduros tienen plena capacidad de obrar en el expediente y plena capacidad procesal para recurrir la resolución de repatriación ante la jurisdicción contencioso-administrativa. En caso de conflicto de intereses con sus representantes legales no precisan de ninguna integración de su personalidad procesal.

Según este planteamiento los menores intervienen de la misma manera que el interesado en el procedimiento administrativo común por lo que podrán actuar asistidos de asesor cuando lo consideren conveniente en defensa de sus intereses (artículo 85-2º LRJA-PAC).

Esto es así no solo por la propia regulación específica del procedimiento administrativo y contencioso-administrativo (artículos 30 del LRJA-PAC y 18 LCA que ya hemos visto), sino también por la doctrina de la progresividad de la capacidad de obrar, y lo dispuesto en el artículo 162-1º del CC que exceptúa de la representación paterna los actos relativos a los derechos de la personalidad de los menores y otros que estos, de acuerdo con las Leyes y sus condiciones de madurez, puedan realizar por sí.

Nosotros ya manteníamos esta concepción en otro lugar (Fábrega, 2001:130)³ que ha sido, también, recogido en la Sentencia de 25 de septiembre de 2006 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo Nº 14 de Madrid en Procedimiento de Derechos Fundamentales Nº 1/2006 al considerar este caso como uno de los de carácter personalísimo⁴, la Sentencia de 6 de noviembre de 2006 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo Nº 25 de Madrid, confirmada por la Sentencia de la Sección Quinta del TSJ de Madrid de 26 de abril de 2007, la Sentencia de 13 de octubre de 2006 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo Nº 1 de Huesca, el Juzgado de lo Contencioso-administrativo Nº 15 de Madrid en sentencias de 27 de abril de 2007, que incide en el carácter personalísimo del derecho, y 31 de mayo de 2007 y la de 4 de diciembre de 2007 del Juzgado nº 20, y de 22 de octubre de 2007 del nº 26 (en este caso se trata de un menor de 16

² El artículo 30 de la Ley 30/1992 dispone que « Tendrán capacidad de obrar ante las Administraciones Públicas, además de las personas que la ostenten con arreglo a las normas civiles, los menores de edad para el ejercicio y defensa de aquéllos de sus derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico-administrativo sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela. Se exceptúa el supuesto de los menores incapacitados, cuando la extensión de la incapacitación afecte al ejercicio y defensa de los derechos o intereses de que se trate. El artículo 18 LCA reproduce el anterior al establecer que 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 aquéllos de sus derechos e intereses legítimos cuya actuación les esté permitida por el ordenamiento jurídico sin necesidad de asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela. Los grupos de afectados, uniones sin personalidad o patrimonios independientes o autónomos, entidades todas ellas aptas para ser titulares de derechos y obligaciones al margen de su integración en las estructuras formales de las personas jurídicas, también tendrán capacidad procesal ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo cuando la Ley así lo declare expresamente».

³ Por considerar al menor capaz no creemos necesario el nombramiento de defensor judicial en estos casos.

⁴ Esta sentencia, sin embargo, fue posteriormente dejada sin efecto, por Sentencia de la Sección 8ª del TSJ de Madrid de 28 de febrero de 2007.

años) todos ellos de Madrid. Igualmente se contempla esta doctrina en la sentencia de la sección 3ª de la sala de lo contencioso-administrativo del TSJ de Madrid de fecha 9 de octubre de 2007 que confirma el auto de 18 de enero de 2007 del Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 23.

Esta capacidad procesal de los menores también ha sido reconocida de manera implícita en la Sentencia de 31 de julio de 2007 de la Sala de lo Contencioso -administrativo del TSJ de Cantabria que desestima el recurso de apelación interpuesto por la Delegación del Gobierno contra la Sentencia de 27 de diciembre de 2006 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo Nº 1 de Santander⁵ que, estimando el recurso interpuesto por el propio menor, dejaba sin efecto la repatriación acordada, o la Sentencia de 4 de mayo de 2007 de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de Barcelona. La Sentencia del TSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 24 de septiembre de 2010 considera a un menor tutelado por la entidad pública sujeto de derechos, con capacidad jurídica y de obrar para tramitar su propia autorización de residencia sin necesidad de asistencia alguna.

2.- Una segunda postura solo admite la capacidad de obrar del menor ante las Administraciones Públicas cuando exista una norma del ordenamiento jurídico-administrativo que expresamente lo autorice, lo que no se da en el caso de los expedientes de repatriación.

Por ello, considera que el derecho del menor a ser oído se debe poner en relación con el sentido general que cumple en la legislación, de tal manera que, aunque su cumplimiento pueda constituir un requisito de validez del acto resolutorio del expediente de repatriación, no autorizaría a que pueda participar directamente en su condición de interesado en el referido expediente.

Esta postura es mantenida en las Secciones Octava (Sentencias de 22 de noviembre de 2006 y 28 de febrero de 2007) y Novena (Sentencias de 10 y 24 de julio de 2007) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Las sentencias que siguen este criterio se dividen a la hora de garantizar el derecho del menor si existe conflictos de intereses con su representante legal, sin ponerse de acuerdo incluso sobre quien es el mismo, si los propios padres del menor residentes en su país de origen (Sección 8ª TSJ de Madrid Sentencia de 22 de noviembre de 2006⁶) o la entidad pública que posee la tutela por lo que entienden que debe procederse de oficio al nombramiento de un defensor judicial por la existencia de conflictos de intereses (Sección 9ª TSJ de Madrid Sentencias de 10 y 24 de julio y 6 de noviembre de 2007, y Auto de 6 de abril de 2006 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo Nº 14 de Madrid) .

A nuestro entender este criterio es claramente erróneo. Desconoce la concepción doctrinal y legal mayoritaria que mantiene la idea de una capacidad de obrar progresiva en los menores, introduce vías de integración de la capacidad procesal del menor en la jurisdicción contencioso administrativa de difícil encaje ya que el artículo 300 del Código Civil que regula el nombramiento de defensor judicial se remite al cauce de la jurisdicción voluntaria; responde parcialmente a la problemática planteada pues solo se pronuncia sobre la defensa de los intereses del menor en relación con el proceso judicial contencioso pero omite cualquier manifestación sobre la integración de la capacidad de obrar del menor en el procedimiento administrativo y no garantiza que el mismo pueda acudir ante el Juzgado de lo Contencioso solicitando el nombramiento de dicho defensor judicial cuando las notificaciones del acuerdo de repatriación se han realizado legítimamente a la entidad tutelar que es su representante legal sin habersele hecho a él a pesar de mantener una opinión contraria. Hemos de decir que, tal como acertadamente indica la sentencia de la sección 9ª del TSJ de Madrid de 6 de noviembre de 2007, existe conflicto de intereses en el caso de discrepancia entre la opinión de la entidad tutora y del menor ya que, como indica la sentencia de la sala 1ª del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2003 « el conflicto de intereses existe cuando, en la realización de los actos de guarda y protección, la actuación de los representantes pone en peligro el beneficio del menor o incapaz, al ser éste contrario al interés subjetivo o personal de éstos». Indiquemos que el menor, por si mismo, puede solicitar el nombramiento del defensor (artículo 300 CC) e incluso el juez debe de oficio proveerlo del mismo según establece el artículo 8 LEC.

Tampoco se garantiza al menor la conveniente asistencia letrada en el expediente administrativo, ni se le notifica la resolución adoptada. Esta omisión se hace con conocimiento de causa, tal como refleja el Defensor

⁵ En este caso se adoptó medida provisionalísima de carácter cautelar por auto de 20 de septiembre de 2006.

⁶ En estos casos luego se ponen otro tipo de trabas. Así, por ejemplo, en el caso de los marroquíes y al ser ley aplicable a la capacidad la ley nacional del menor como ley personal (artículo 9-1º CC), y al establecer la legislación marroquí la prevalencia del varón sobre la mujer en el ejercicio de la patria potestad (artículo 231 de la Mudawana) se impide la actuación de la madre en representación legal de su hijo, olvidando que el derecho extranjero es aplicable en España siempre que no vaya contra el orden publico interno (artículo 12-3º CC) entendido este como sistemas básicos y esenciales del ordenamiento jurídico. La doctrina mas autorizada entiende que el orden publico en derecho español se da, en el campo matrimonial, en la igualdad de los cónyuges y la monogamia (superada ya la idea de la heterosexualidad matrimonial). La Dirección General de los Registros y del Notariado considera que atenta contra el orden público español la aplicación de derechos discriminatorios para el varón o para la mujer [Resoluciones 5-2-1998, 14-2-1998 y 16-2-1998 (3 casos en cada una de estas dos)]. Nosotros entendemos que la igualdad de los cónyuges afecta también al ejercicio de la patria potestad y que, por lo tanto, la representación legal derivada de la misma no podría concederse de forma desigual a ambos progenitores por mucho que así lo estableciera la ley nacional.

del Pueblo en su informe de 2006, de acuerdo con la respuesta que a su intervención dio la Delegación del Gobierno en la Comunidad de Madrid, de que, al no tener la repatriación un carácter sancionador, no requería de asistencia letrada ni cabía la posibilidad de ningún tipo de recurso contra la misma por lo que carecía de sentido su notificación. Asimismo, la Delegación indicaba que la notificación de la resolución se había realizado por teléfono a la entidad tutelante. Por su parte, la Consejería de Familia y Asuntos Sociales de esa Comunidad manifestaba que la normativa de extranjería no contempla el procedimiento de notificación al menor. En contra de estas opiniones se manifiesta en dicho Informe el Defensor del Pueblo que entiende que la autoridad gubernativa debe notificar legalmente al menor, con arreglo a sus condiciones de edad y madurez, la resolución a la que llegue con el fin de que pueda éste recurrirla en vía judicial, si así lo desea por ser el menor sujeto del procedimiento y no mero objeto del mismo. En igual sentido se manifestaba la Dirección General de Inmigración al entender que las resoluciones administrativas de repatriación deben ser formalmente emitidas y notificadas, debiendo hacer mención a los recursos que quepan contra ellas.

Sobre la necesidad de notificación al menor puede verse la sentencia de 31 de mayo de 2007 del Juzgado CA nº 15 de los de Madrid⁷.

4. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Nuestro Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de manifestarse sobre la materia en dos sentencias de fecha 22 de diciembre de 2008 en las que se resolvían recursos presentados por el mismo asunto.

Así en el recurso de amparo nº 3319/07 contra la sentencia de 28 de febrero de 2007 de la Sección 8ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Madrid, dictada en apelación contra la sentencia de 25 de septiembre de 2006 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 14 de Madrid. Se interpuso recurso en nombre y representación del menor y en representación de una Asociación, contra la resolución de repatriación del menor. El menor designaba al letrado de la asociación como su representante. En el acto de la vista del recurso se sometió a las partes la posibilidad de un nombramiento de Defensor Judicial al menor dados los intereses en conflicto entre éste y la entidad pública tutora. Así se dictó auto en que se nombraba al letrado.

Se formalizó la demanda contra la resolución de repatriación alegando la falta de audiencia al menor prevista en el art. 62 del Reglamento de Extranjería y la falta de la notificación de dicha resolución al menor, que en dicha época contaba con diecisiete años y, por ello, tenía suficiente madurez para poder nombrar letrado. La demanda considera que se le han vulnerado al menor los derechos del art. 24 de la CE lo que le habría ocasionado la correspondiente indefensión.

El Juzgado dictó sentencia en que se desestimaban las alegaciones de falta de capacidad para comparecer en juicio y por el hecho de haberse nombrado un defensor judicial. Entiende el juzgador que en cuanto a la posibilidad del menor de poseer capacidad para nombrar letrado que le represente en juicio, el art. 18 de la LCA en relación con el art. 162-1º del Código Civil le reconoce:

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 aquel". La causa de inadmisibilidad no puede prosperar "bien por entender que el menor tiene capacidad procesal bien porque cualquier defecto de representación del menor quedó debidamente subsanada mediante nombramiento del defensor judicial al amparo de lo dispuesto en el art. 138 de la LCA.

Entiende obligatoria la notificación al menor de la resolución de repatriación conforme al art. 11 de la LOPJM., todo ello en base a la existencia de interés contradictorios del menor con el órgano tutelar, por lo que estima parcialmente el recurso contencioso por vulneración del derecho recogido en el art. 24-2º de la CE, derecho de defensa.

Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación que fue estimado por sentencia de fecha 28 de febrero de 2007, por entender la Sala Contenciosa que el letrado:

no ostentaba mandato alguno del menor, que, además, carecía de capacidad procesal" conforme al art. 18 de la LCA por lo que el recurso se habría interpuesto "sin acreditar la representación de un menor de edad sometido a tutela, defecto este último para el que el juzgador debió haber otorgado un plazo de subsanación, sin que corresponda al juzgador de instancia suplir ese defecto de capacidad-cuando el menor no se encuentra en la situación prevista en el art. 8 de la LECivil, de aplicación supletoria a este orden jurisdiccional- mediante el nombramiento de un defensor judicial (por colisión de intereses con la Administración tutelante) para lo que, en opinión de esta Sala y sección, carece de competencia, correspondiendo a los órganos jurisdiccionales del Orden Civil, a través del oportuno procedimiento de jurisdicción voluntaria (arts. 299 y 300 C.Civil), dicho nombramiento.

La sentencia acoge el recurso planteado por el Ministerio Fiscal y revoca la sentencia apelada. Es de observar como el Fiscal de Madrid es el que interpone el recurso que da lugar a la revocación.

⁷ Muy crítica con el procedimiento llevado a cabo por la Delegación del Gobierno se muestra esta resolución que llega a afirmar: «No hay acuerdo de iniciación, ni comunicación del mismo al menor, ni pruebas, ni informes, ni propuesta de resolución, ni traslado de esta al afectado, ni resolución motivada, ni constancia de persona o institución que se haga cargo de él en Marruecos; no hay nada».

Se presento por el menor recurso de amparo ante el TC. Frente a lo anterior en este caso la Fiscalía ante el TC se posiciono a su favor. Considera esta que:

la solución adoptada por la Sala de lo contencioso administrativo, aún cuando se trata de una cuestión de legalidad ordinaria por referirse a los presupuestos procesales necesarios para conformar válidamente la "litis", no satisface las exigencias de proporcionalidad en relación con el derecho de acceso al proceso, vulnerando así este derecho como integrante del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del art. 24.1 de la CE. (...) la interpretación dada por la Sala carece de una razonabilidad acorde con los deseos del legislador sobre la protección de los intereses de los menores y la finalidad de la normativa aplicada tendente a reconocer una capacidad progresiva a los menores en atención a su edad y grado de madurez, el menor contaba con una edad de diecisiete años en el momento de la demanda, además de desconocer la regla interpretativa del art. 2 de la LOPJM, por lo que ha convertido la falta de capacidad procesal del menor y su falta de representación en un obstáculo para la protección del derecho reconocido en la instancia, la vulneración del derecho de defensa del art. 24.2 de la C.E., cuando, por otra parte el menor estuvo representado por un defensor judicial, nombramiento cuya validez desconoce la Sala por ser un nombramiento reservado a la jurisdicción civil dado el procedimiento legalmente establecido para el nombramiento, el de la jurisdicción voluntaria, y sin embargo los requisitos de dicho procedimiento fueron cumplidos por el juzgado contencioso, como se ha indicado, en la vista de 6 de abril de 2006, por lo que, nuevamente, realiza una interpretación excesiva y rigurosa de las normas procesales, en este caso las relativas a la competencia, de nuevo desfavorable para el derecho a la tutela judicial efectiva y ello a pesar de una posible interpretación, en el sentido dado por el órgano de instancia.

Estas argumentaciones son acogidas por el Tribunal al entender que la repatriación del menor es uno de los supuestos en que queda afectada la esfera personal y familiar del mismo. Por ello, considero que se había conculcado su derecho a la tutela judicial efectiva y declara la nulidad de la sentencia ordenando retrotraer las actuaciones judiciales al momento anterior al de dictarse dicha Sentencia para que se dicte nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental reconocido.

Pero, a pesar de la claridad de la sentencia no acaban aquí los avatares del asunto. Consecuencia de dicho pronunciamiento el Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó nueva sentencia de 29 de abril de 2009, por la que estima, de nuevo, el recurso de apelación de nuevo sin oír al menor. Esto provoca un nuevo recurso de amparo que fue numerado con el 5450/2009. Dicho recurso fue inadmitido a trámite por el TC al entender que, al no encontrarnos ante un procedimiento sancionador, las "eventuales indefensiones integrarán siempre vicios de legalidad ordinaria sin percusión en el ámbito del art. 24. CE."

Ante esto el Fiscal presenta recurso de súplica que es desestimado por auto 96/2010 de 19 de julio al ratificarse en el criterio de que la resolución judicial impugnada en amparo, que califica la falta de audiencia al menor en los procedimientos administrativos de repatriación a efectos familiares como un vicio de simple legalidad ordinaria.

La segunda sentencia resuelve el recurso de amparo núm. 3321/07, promovido por la Asociación "Coordinadora de barrios para el seguimiento de menores y jóvenes", y, con el apoyo del Fiscal, considera a dicha coordinadora legitimada recurrir ya que entre sus fines estatutarios está conseguir la integración en la sociedad y la promoción de las personas con problemas de cualquier clase de marginación social especialmente menores y jóvenes, incluyendo el ejercicio de las acciones judiciales que se entiendan oportunas para la tutela de sus derechos y libertades fundamentales y su exclusión supone una interpretación y aplicación en exceso rigurosa de la exigencia legal de interés legítimo. Máxime cuando dicha asociación estaba ejerciendo un seguimiento de los intereses del menor en vía administrativa., incluido el hecho de que es al Letrado de dicha asociación al que se nombra defensor judicial.

5. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 35 LOEX. REFERENCIA CONCRETA A LA AUDIENCIA EN REPATRIACIÓN Y A LA LEGITIMACIÓN DEL MENOR

La existencia de esta práctica titubeante y la fijación de postura por nuestro TC en las sentencias antes indicadas ha hecho que se haya procedido en la última reforma de la

Ley Orgánica de los Derechos y Libertades de los extranjeros operada por la reforma de 2009 (BOE de 12 de diciembre). Así el artículo 35 que es el que regula estas materias queda de la siguiente forma en los casos que nos interesan:

Apartado 5 del artículo.- "Acordada la iniciación del procedimiento, tras haber oído al menor si tiene suficiente juicio, y previo informe de los servicios de protección de menores y del Ministerio Fiscal, la Administración del Estado resolverá lo que proceda sobre el retorno a su país de origen a aquel donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto, sobre su permanencia en España".

Es importante observar la necesidad absoluta antes de acordar la repatriación de oír al menor y al Ministerio Fiscal. Esperemos que la "resistencia pasiva" por parte de la Administración ante la interpretación que, por la doctrina y tribunales, se daba a la regulación desaparezca, si bien, como luego diremos, nos tememos que no va a ser así.

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

años, con juicio suficiente, que hubieran manifestado una voluntad contraria a la de quien ostenta su tutela o representación, se suspenderá el curso del procedimiento, hasta el nombramiento del defensor judicial que les represente”.

Se incluye expresamente de forma legal la posibilidad de intervención del menor mayor de 16 años en el procedimiento y en la impugnación judicial de sus resoluciones. Esto se hace, sin duda, por la doctrina del TC (STC 1ª 22-12-2008 2 sentencias) que ha dejado claro lo que siempre lo estuvo a pesar de la posición contraria del Ministerio Fiscal madrileño y de algunos Tribunales que consideraban que bastaba con la audiencia dada en el expediente de desamparo. Igualmente, se establece la obligatoriedad de la suspensión en los casos en los que se tenga menos de 16 años para el nombramiento de un defensor judicial que los represente.

Parecería que con la reforma legal se ha terminado la cuestión.

6. EPILOGO FINAL ALGO PESIMISTA

Hemos indicado, en multitud de ocasiones, que las leyes de inmigración se contemplan en nuestro sistema de una forma sesgada, considerándola más como un problema de orden público, que de derechos humanos y solidaridad internacional, creando verdaderas situaciones de gueto y marginación, y, en último extremo, convirtiendo a los inmigrantes en chivos expiatorios y responsables de los problemas económicos y sociales que nuestros políticos son incapaces de solucionar. Así funcionamos con mitos totalmente desmentidos por los estudios empíricos de los inmigrantes como nichos de delincuencia, que “roban” a los españoles puestos de trabajo, y abusan de los servicios sanitarios y sociales incluso de forma preferente a los nacionales, llegando incluso a ser un importante riesgo para nuestro sistema de valores⁸. La realidad es que no es lógico considerar la inmigración como un problema en sí misma. El problema está en la pobreza, la exclusión social y la marginación del inmigrante.

Si a todo lo anterior añadimos la ambigüedad y el uso de conceptos jurídicos indeterminados que informa toda la legislación de extranjería, así como el hecho de que la administración tiene una casi total libertad de concesión o de no renovación de los permisos lo que les da incluso el poder de crear un ilícito castigado con la expulsión, nos da una visión poco menos que “patética” del mundo que espera al extranjero sin medios en nuestro país. Toda esta situación provoca una total inseguridad jurídica, agravada por la importancia que los aspectos de orden público en esta materia y la presión económica que una adecuada atención a estos menores supone.

Las leyes de extranjería con independencia del gobierno existente, ocultan, detrás de una supuesta fachada de reconocimiento de derechos y libertades, una normativa de carácter policial, que persigue el control de los inmigrantes, y cuyo protagonista estelar es el Ministerio del Interior⁹.

Por ello manteníamos en otro lugar (Heredia y Fábrega, 1999: 20 y 21), que al profundizar en esta parcela del ordenamiento “da la impresión de que abandonamos el Estado de Derecho”.

Administración, jueces y fiscales formamos parte de la sociedad en la que vivimos. Nos vemos arrastrados por las convicciones de esta que pululan a nuestro alrededor como moscas en verano y, por ello, corremos el riesgo, como ya ha ocurrido, de interpretar las normas de una forma utilitarista.

Por ello las modificaciones legales no servirán de nada si no educamos a la sociedad civil, ni tenemos una voluntad política decidida y solidaria que nos haga ver la inmigración como un problema, no de orden pública, no de defensa ante un supuesto invasor, si no como una cuestión de derechos humanos que nos enriquece, que nos aporta, y que, en el fondo de nuestro ser, nos convierte en una sociedad mejor, más libre, más igualitaria y más solidaria. Es decir, mucho más humana.

BIBLIOGRAFÍA

- Fábrega Ruiz, Cristóbal Francisco. (2001). *Protección Jurídica del menor inmigrante*. Madrid: Colex.
- Fábrega Ruiz, Cristóbal Francisco. (2009). Tratamiento jurídico e integración de los menores de edad no acompañados. En Sixto Sánchez Lorenzo. (Ed.). *La integración de los extranjeros. Un análisis transversal desde Andalucía* (pp. 497-528). Barcelona: Atelier.
- Heredia Puente, Mercedes y Fábrega Ruiz, Cristóbal Francisco. (1997). *Medidas cautelares en Derecho de Extranjería*. Madrid: Colex.
- Zapatero Gómez, Justino. (2007). Menores. Un solo marco jurídico. En *Los derechos de los menores extranjeros*. Estudios de Derecho Judicial 104/2006, CGPJ, Madrid.

⁸ Por razones más de cansancio que de espacio nos abstenemos de repetir la multitud de argumentos y datos que desmontan estos prejuicios tan asentados en la sociedad española y fomentados con total desfachatez por la clase política y los medios de comunicación, obviando que esos planteamientos dan lugar a la xenofobia verdadero caldo de cultivo del huevo de la serpiente que destroza los derechos humanos. Para profundizar en esta materia pueden verse las primeras páginas de Fábrega (2001).

⁹ Hoy vemos como el organismo unificado en materia de inmigración se ha integrado totalmente en dicho ministerio.