

dispuesto en la Ley 30/1992 de RJAP y del PAC⁷⁵, de 26 de noviembre: el plazo máximo de resolución expresa será de 3 meses⁷⁶ y el plazo máximo para notificar esta resolución expresa será de 6 meses⁷⁷, transcurridos los cuales se ha de entender que se ha producido la caducidad del procedimiento administrativo incoado⁷⁸ al colisionar la intervención de la Administración Pública en un procedimiento de desamparo con derechos e intereses protegidos constitucionalmente⁷⁹.

Existen dudas acerca de ante qué jurisdicción acudir ante la inactividad de la Administración, quien deja transcurrir los meses y los años sin emitir resolución alguna en la que acuerde la tutela del menor, impidiendo así el acceso a un derecho muy importante como el derecho a obtener documentación, una autorización de residencia⁸⁰.

Asumida la tutela por la Administración correspondiente, ésta podrá acudir al juez, para que éste atribuya la tutela del menor a una ONG o a una entidad, dedicada a la protección de menores, con las que previamente ha firmado convenios de colaboración⁸¹.

⁷⁵ Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. *BOE* nº 285, de 27 de noviembre de 1992, pp. 40300-40319 (consultado 11/05/2018).

⁷⁶ Artículo 42.3 la Ley 30/1992. Vid.

⁷⁷ Artículo 42.2 de la Ley 30/1992. Vid.

⁷⁸ Artículo 44.2 de la Ley 30/1992. Vid.

⁷⁹ Artículo 39.4 de Constitución Española citado anteriormente.

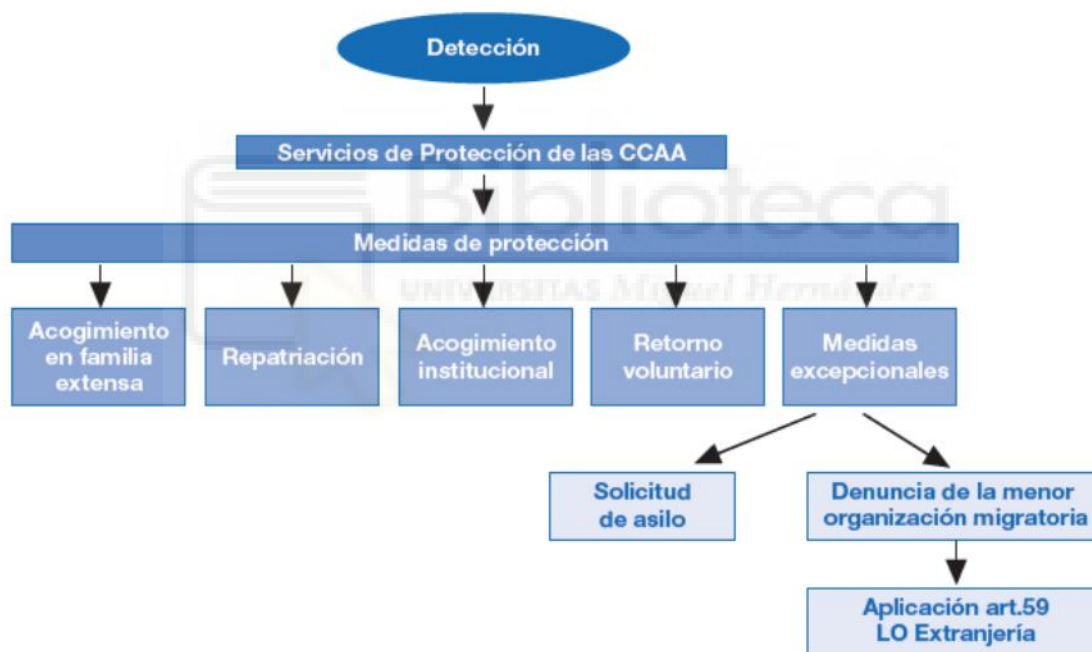
⁸⁰ La Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial de Barcelona se ha pronunciado al respecto en el Auto nº 135/2010 de 13 de mayo de 2008. Se revisa un Auto de un Juzgado de Primera Instancia que se declaró incompetente para conocer una demanda presentada en la que se solicitaba que la DGAIA declarara que es un menor en situación de desamparo, que asumiera su tutela y realizara los trámites para obtener la residencia en este país. Entiende la Audiencia Provincial de Barcelona en su Fundamento de Derecho Segundo que la potestad jurisdiccional de los Juzgados de Familia es exclusiva y excluyente en las localidades donde funcionen, abarca únicamente las actuaciones previstas en los Títulos IV y VII del Libro Primero del Código Civil, y correlativas del Código de Familia de Cataluña, y aquellas otras cuestiones que en materia de Derecho de la Familia le son atribuidas por las leyes, sin que pueda extenderse la competencia de los Juzgados de Familia a enjuiciamientos que impliquen el ejercicio de acciones que no quedan exactamente incluidas entre las materias atribuidas a la competencia jurisdiccional de los Juzgados de Familia (procedimientos en los que se plantee oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores por el cauce procesal del art. 779 y siguientes de la LEC), como es la minoría de edad.

⁸¹ Artículo 35.11 de la Ley Orgánica 4/2000 (Vid.): *La Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas podrán establecer convenios con organizaciones no gubernamentales, fundaciones y entidades dedicadas a la protección de menores, con el fin de atribuirles la tutela ordinaria de los menores extranjeros no acompañados.* También en relación con el artículo 172.1 del Código Civil citado anteriormente.

El artículo 35.12 de la LO 4/2000 prevé que “*Las Comunidades Autónomas podrán llegar a acuerdos con las Comunidades Autónomas donde se encuentren los menores extranjeros no acompañados para asumir la tutela y custodia, con el fin de garantizar a los menores unas mejores condiciones de integración.*”

Esta previsión legislativa trata de responder a las situaciones que se dan por el movimiento intra autonómico de los menores no acompañados, que teniendo la tutela de una Comunidad Autónoma, se encuentran acogidos de hecho por otras Comunidades Autónomas.

La siguiente figura muestra un cuadro de la forma de actuación ante un MENA en España.



CUADRO 1. ESQUEMA DE ACTUACIÓN ANTE UN MENA EN ESPAÑA. Fuente: VIOLETA QUIROGA, ARIADNA ALONSO, MONTSERRAT SÒRIA, “*Menores migrantes no acompañados/as: Sueños de bolsillo*”, UNICEF y Fundación Banesto, diciembre de 2010, p. 123. Disponible en: https://www.unicef.es/sites/www.unicef.es/files/Suenos_de_bolsillo.pdf (consultado 12/05/2018).

Por su parte, también el Tribunal Constitucional, en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva de estos menores extranjeros no acompañados en los procedimientos de reagrupación con el paso de los años ha ido estableciendo la siguiente doctrina. En estos supuestos de hecho los problemas se planteaban en dos aspectos, la audiencia al menor cuando tuviera bastante capacidad para ello y la

posibilidad de elegir un abogado que lo representase en dichos procedimiento cuando la institución de protección de menores autonómica que tenía asumida su tutela y representación mantenía una posición que era contradictoria con la manifestada por el menor.

El Tribunal Constitucional en su sentencia 183/2008⁸², la primera tal y como reconoce el propio Tribunal en la que se pronuncia sobre la capacidad procesal de los menores de edad para impugnar judicialmente decisiones que afecten a su esfera personal, estima el recurso de amparo interpuesto y recuerda que el derecho a la tutela judicial efectiva exige que se posibilite a cualquier menor, con capacidad y madurez suficiente, instar a los órganos judiciales, en cualquier orden jurisdiccional, la defensa de intereses que afecten a su esfera personal, incluso contra la voluntad de quienes ejerzan su representación legal⁸³.

En esta STC, también aprovecha para recordar su anterior jurisprudencia⁸⁴ en la que había estimado vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva en aquellos supuestos de procesos judiciales en los que los menores no habían sido oídos o explorados por el órgano judicial en la adopción de medidas que afectaban a su esfera personal y reitera 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, de acuerdo con lo establecido en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del Niño y el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, 15 enero, de protección jurídica del menor, además de otros instrumentos normativos de ámbito europeo.

En cuanto a los procedimientos de repatriación de menores el Tribunal señala que se trata de uno de los supuestos en los que queda afectada la esfera personal y familiar de un menor⁸⁵ y por lo tanto debía reconocerse el derecho a ser oído del menor si este

⁸² STC 22 diciembre 2008 (RJ 2008, 184) y STC 22 diciembre 2008 (RJ 2008, 183).

⁸³ STC 183/2008, de 22 de diciembre de 2008, Fundamento Jurídico 5º.

⁸⁴ STC 25 noviembre 2002 (RJ 2002, 221), FJ 5, ó STC 30 enero 2006 (RJ 2006,17) FJ 5.

⁸⁵ STC 17 septiembre 2007 (RJ 2007, 372) en la que argumentaba que se encuentra ante un supuesto que afecta a la esfera personal y familiar de un menor, que, con diecisiete años de edad en el momento de resolverse sobre la autorización para la repatriación, gozaba ya del juicio suficiente para ser explorado por el Juzgado de Menores, con el fin de hacer efectivo el derecho a ser oído. Por esta razón, el Juzgado debió otorgar un trámite específico de audiencia al menor antes de resolver la pretensión

tenía suficiente juicio y establecer un trámite específico en el procedimiento para la audiencia al menor.

Así el Tribunal Constitucional concluye que en estos casos se detecta una aplicación del ordenamiento procesal desproporcionada que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva de estos menores al impedirles la impugnación de una decisión administrativa que les afecta personalmente y poder así posteriormente instar también su control judicial. En estos supuestos indica el Tribunal la interpretación y aplicación de la regulación de la capacidad procesal, por ser un presupuesto de acceso a la jurisdicción, debe estar regida por el principio *in dubio pro actione*⁸⁶, siendo constitucionalmente exigible que se ponderen las circunstancias concurrentes para adoptar una decisión que no resulte rigorista ni desproporcionada en que se sacrifiquen intereses de especial relevancia.

Una jurisprudencia que tuvo como consecuencia, además de la paralización de algunas repatriaciones de menores extranjeros cuando ya se encontraban embarcados en el avión que los llevaba de vuelta a sus países de origen⁸⁷, la modificación de la Ley y el Reglamento de Extranjería para contemplar estos derechos. Así en la reforma del artículo 35.5 de la LO 2/2009⁸⁸, se reconoce la audiencia al menor si tiene suficiente juicio antes de la iniciación del procedimiento de repatriación y en su apartado 6 se reconoce la capacidad de actuar de estos menores en dicho procedimiento de repatriación cuando sean mayores de dieciséis años y menores de dieciocho pudiendo hacerlo personalmente o a través del representante que designen. Además se establece la previsión de que 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.

deducida por la Dirección General de la Policía, STC 25 noviembre 2002, (RJ 2002, 221), FJ 5, STC 2 junio 2005 (RJ 2005,152), FJ 3.

⁸⁶ El principio *in dubio pro actione* postula en favor de la mayor garantía y de la interpretación más favorable al ejercicio del derecho a la acción del recurrente, para superar las dificultades del proceso formalista.

⁸⁷ RAFAEL J. ÁLVAREZ, "Los menores podrán defenderse incluso contra la voluntad de sus tutores", 14/01/2009. Disponible en: <http://www.elmundo.es/elmundo/2009/01/14/espana/1231916789.html> (consultado 30/05/2018).

⁸⁸ Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Vid.

Unos preceptos que posteriormente se desarrollan en el RD 557/2011, así en el artículo 192.2 relativo al inicio del procedimiento de repatriación del menor extranjero no acompañado, se establece que *“el acuerdo de incoación del procedimiento será notificado inmediatamente al menor”*. En el artículo 193 se regula la posibilidad por parte del menor de *“formular cuantas alegaciones de hecho o de derecho consideren oportunas, así como proponer las pruebas pertinentes sobre los hechos alegados”*, bien de forma personal cuando haya alcanzado la edad de dieciséis años o a través del representante que designe. Cuando sea un menor de dieciséis años lo representará la entidad que ostente su tutela legal, custodia, protección provisional o guarda, salvo que el menor *“con juicio suficiente hubiera manifestado una voluntad contraria”* a la de esta, en este caso, *“se suspenderá el curso del procedimiento hasta que le sea nombrado defensor judicial. Sin perjuicio de que pueda apreciarse dicho grado de madurez en una edad inferior, se entenderá que el extranjero mayor de doce años tiene juicio suficiente”*.

En el artículo 194 se dice que *“se garantizará la presencia del menor que tuviera juicio suficiente para que manifieste lo que considere en relación con su repatriación”*. A dicho trámite también se convocará al representante designado por el menor y se prevé la notificación de la resolución del procedimiento al menor o en su caso a su representante, y en la misma se contendrá *“el reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita para el ejercicio de éste, en caso de que se decidiera impugnar la resolución en vía contencioso-administrativa”*.

CONCLUSIONES.

En este tema encontramos un complejo normativo que confunde a los profesionales del Derecho. Es principio general del Derecho que las normas sean claras y precisas, por el simple hecho de evitar la inseguridad jurídica.

El Convenio de la Haya 1996 escenifica fielmente esta complejidad normativa contraproducente. Dedicó diez preceptos para determinar las autoridades competentes: una regla general (artículo 5), una matización (artículo 6), dos excepciones a las reglas anteriores (artículos 8 y 9), dos excepciones para situaciones específicas (artículos 7 y 10), dos reglas especiales (artículos 11 y 12) y dos normas para resolver los problemas de aplicación de todas las anteriores (arts. 13 y 14).

Sin que se pretenda ser exhaustivo, se enumeran las siguientes conclusiones:

PRIMERA. La incoherencia en cuestiones tan fundamentales como los sujetos afectados, el concepto de menor utilizado en el Reglamento Bruselas II-bis 2201/2003 frente al concepto de niño del Convenio de la Haya 1996. Tiene consecuencias problemáticas en su desarrollo.

SEGUNDA. A su vez, todo este complejo normativo previo parece más un complejo trámite burocrático obligatorio para, en caso de no encontrar foro competente, terminar aplicando el siempre recurrente artículo 22 quáter LOPJ. Último recurso para aplicar un foro competente que puede dar lugar a actos y sentencias claudicantes, es decir, válidas en un Estado, pero no en otro Estado con el que existen vinculaciones.

TERCERA. La UE debería legislar su propia normativa adaptada a sus necesidades, y determinar si es conveniente la incorporación de normas convencionales, o si su ratificación podrá generar problemas de aplicación o de incoherencia en el tratamiento de la materia por la normativa de la UE. Se debería atender a la coordinación entre la normativa de la UE y las normas nacionales.

CUARTA. La propia jurisprudencia española duda de la prevalencia en la aplicación de los instrumentos legales internacionales en vigor para España y tiende a

abusar de la aplicación del artículo 22 quáter d) LOPJ para certificar la competencia de los tribunales españoles en litigios de protección de menores aun cuando, dicha competencia debe contrastarse con arreglo al Reglamento Bruselas II-bis 2201/2003.



BIBLIOGRAFÍA.

OBRAS CONSULTADAS EN SU EDICIÓN IMPRESA

CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado (Volumen I)*, Granada, Comares, 2017.

CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado (Volumen II)*, Granada, Comares, 2017.

LOPEZ-TARRUELLA MARTINEZ, A., *Manual de Derecho Internacional Privado*, San Vicente, Editorial Club Universitario, 2016.

GARCIA CANO, S., *La cooperación internacional entre autoridades en el marco de la protección del menor en Derecho Internacional Privado español*, Córdoba, 2002.

SENOVILLA HERNÁNDEZ, D., *Los menores extranjeros no acompañados en Europa*, Murcia, Ed. Fundación Diagrama, Marzo de 2008.

RECURSOS Y ARTÍCULOS ONLINE

PARDILLA FERNÁNDEZ, V. “Análisis crítico del sistema español de protección de los menores extranjeros no acompañados”. Disponible en:

<http://dspace.umh.es/bitstream/11000/4170/1/TFG%20PARDILLA%20FERN%20C3%81NDEZ%20VICTOR%20RAM%20C3%93N.pdf>

LAGARDE, P., “Informe explicativo de Paul Lagarde”. Disponible en:

<http://www.childabduction.com/wp-content/uploads/02-Informe-explicativo-1996.pdf>

“Manual de legislación europea sobre los derechos del niño”, Agencia de los Derechos Fundamentales de la UE, junio 2015. Disponible en:

https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_rights_child_SPA.pdf.PDF

MIRALLES SANGRO, P. y HERRANZ BALLESTEROS, M., “*Algunas reflexiones en torno a las últimas reformas del derecho internacional privado español en materia de protección de menores*”. Disponible en:

[http://abacus.universidadeuropea.es/bitstream/handle/11268/3018/MENORES%20\(MIRALLES%20Y%20OTRO\).pdf?sequence=1](http://abacus.universidadeuropea.es/bitstream/handle/11268/3018/MENORES%20(MIRALLES%20Y%20OTRO).pdf?sequence=1)

GARAU SOBRINO, F., “*Notas sobre la colisión de fuentes de derecho internacional privado español sobre responsabilidad parental y protección del niño*”, 2011. Disponible en:

<https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/viewFile/1080/398>

DURÁN RUIZ, F., “*Jurisprudencia española y comunitaria de derecho internacional privado*”. Disponible en:

http://www.revista-redi.es/wp-content/uploads/2018/02/17_jurisprudencia_alvarez_gonzalez_jurisprudencia_espanola_y_comunitaria.pdf

PÁGINAS WEB

- Asesoría y Tutela Jurídica a Migrantes: <http://www.migrarconderechos.es>
- Base de Datos de Legislación: <http://noticias.juridicas.com>
- Boletín Oficial del Estado: <http://www.boe.es>
- Consejo General del Poder Judicial: <http://www.poderjudicial.es>
- Council of Europe - Documents database: <https://wcd.coe.int>
- Diario Oficial de la Unión Europea: <http://eur-lex.europa.eu/>
- Fundación Migrar de la Cruz Roja Española: <http://www.migrar.org/>
- Fundación Raíces: <http://www.fundacionraices.org>

- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: <http://www2.ohchr.org>
- Parlamento Europeo: <http://www.europarl.europa.eu>
- Real Academia de la Lengua Española: <http://www.rae.es>
- UN Treaty Body Database: <http://tbinternet.ohchr.org>
- United Nations Treaty Collection: <https://treaties.un.org>

