

R. CASACION núm.: 6480/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis María Díez-Picazo Giménez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina
López

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Cuarta
Sentencia núm. 86/2024

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, presidente

D.^a Celsa Pico Lorenzo

D. Luis María Díez-Picazo Giménez

D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

D. José Luis Requero Ibáñez

En Madrid, a 22 de enero de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº **6480/2022**, promovido por la **CIUDAD AUTÓNOMA DE CEUTA** representada y defendida por Letrado de sus Servicios Jurídicos y por la **ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO (DELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN CEUTA)** representada y defendida por Letrado de sus Servicios Jurídicos contra la sentencia de 23 de junio de 2022 dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sede Sevilla), dictada en el recurso de apelación nº 555/2022, que desestimó el recurso.

Siendo parte recurrida la **ASOCIACIÓN COORDINADORA DE BARRIOS PARA EL SEGUIMIENTO DE MENORES Y JÓVENES** y los menores **DON F.H., DON R.H., DON A.A., DON A.K., DON A.Z., DON A.C., DON S.K. y DON H.B.**, representados todos por la Procuradora de los Tribunales doña María de los Ángeles Martínez Fernández y defendidos por la Letrada doña Patricia Fernández Vicens, quien también actúa en calidad de defensora judicial de los menores.

Habiéndose personado el **MINISTERIO FISCAL** en las presentes actuaciones.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luis María Díez-Picazo Giménez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación tiene por objeto la sentencia de 23 de junio de 2022 dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sede Sevilla), en el recurso de apelación nº 555/2022 que desestimó el recurso interpuesto por la Ciudad Autónoma de Ceuta y la Delegación del Gobierno en Ceuta contra la sentencia de 14 de febrero de 2022 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Ceuta recaída en el Procedimiento para la Protección de los Derechos Fundamentales de la Persona nº 139/2021.

La sentencia recurrida contiene parte dispositiva del siguiente tenor literal:

«[...] FALLAMOS

Desestimar los recursos de apelación interpuestos por la CIUDAD AUTÓNOMA DE CEUTA, representada y asistida por el Letrado de sus servicios jurídicos, Dº. Luis Ragel

Cabezuelo, así como por la DELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN CEUTA, representada y defendida por la Abogada del Estado, D^a. Zaida Isabel Fernández Toro, contra la sentencia de fecha 14 de febrero de 2022 que dictó el Juzgado de lo Contencioso administrativo Número 1 de Ceuta en el Procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona seguido bajo el nº 139/2021.

Declaramos asimismo no haber lugar a la adhesión a dichos recursos de apelación formulada por la Asociación COORDINADORA DE BARRIOS PARA EL SEGUIMIENTO DE MENORES Y JÓVENES, representada por la Procuradora D^a. María Victoria Pecino Mora y asistida por la Letrada D^a. Patricia Fernández Vicens, quien también actúa en calidad de defensora judicial de los menores F.F., R.H., A.A., A.K., A.Z., A.C., S.K. y H.B..

Sin costas. [...]».

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia, la representación procesal de la Ciudad de Ceuta y de la Administración General del Estado presentaron sendos escritos preparando el recurso de casación, que la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sede de Sevilla) tuvo por preparados los recursos de casación, ordenando el emplazamiento de las partes y la remisión de las actuaciones a esta Sala del Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones ante este Tribunal, por diligencia de ordenación de la Sala de lo Contencioso Administrativo, se tuvo por personados y partes en concepto de recurrentes a la Ciudad de Ceuta y al Abogado del Estado, y como recurridas a la Asociación Coordinadora de Barrios para Seguimiento de Menores y Jóvenes y a don F.H., don R.H., don A.A., don A.k., don A.Z., don A.C., don S.K. y don H.B..

CUARTO.- Por auto de 23 de marzo de 2023, la Sección Primera de esta Sala acordó:

«[...] 1º) Admitir el recurso de casación RCA 6480/2022, preparado por la Ciudad Autónoma de Ceuta y por la Abogacía del Estado contra la sentencia de 23 de junio de 2022, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), Sala de lo Contencioso-

administrativo, Sección 1ª, en el recurso de apelación n.º 555/2022 (procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales).

2º) La cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar si las medidas de retorno al país de origen contempladas en el Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre la cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y retorno concertado (hecho en Rabat el 6 de marzo de 2007 y publicado en el BOE de 22 de marzo de 2013) exigen la tramitación de expediente administrativo conforme a las previsiones del artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y artículos 191 y siguientes del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009; y ello en relación con el artículo 15 de la CE.

3º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación, el artículo 5 del Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre la cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y retorno concertado (hecho en Rabat el 6 de marzo de 2007 y publicado en el BOE de 22 de marzo de 2013), el artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y los artículos 191 y siguientes del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

Ello sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 de la LJCA. [...]».

QUINTO.- Teniendo por admitido el recurso de casación por esta Sala, se emplazó a las partes recurrentes para que, en treinta días, formalizaran escritos de interposición.

Lo que realizó el Letrado de la Ciudad de Ceuta mediante escrito en el que suplicó:

«[...] que tenga por presentado este escrito y se acuerde tener por INTERPUESTO RECURSO DE CASACIÓN contra la Sentencia de 23 de junio de 2.022 dictada por la Sala de

lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla por la que se desestima el recurso de apelación interpuesto por la Ciudad de Ceuta contra la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Ceuta, de 14 de febrero de 2.022, por la que se estima el recurso contencioso administrativo interpuesto por Coordinadora de Barrios para el seguimiento de menores y jóvenes, y los menores de edad F.F, R.H., A.A., A.k., A.Z., A.C., S.K. y H.B., contra una situación de vía de hecho de la Delegación del Gobierno en Ceuta y, previo los trámites procesales procedentes, se proceda a dictar Sentencia por la que, casando y anulando la Sentencia recurrida y referenciada, se estime el presente recurso de casación y consiguientemente se acuerde estimar el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Senencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Ceuta, y consiguientemente proceda a desestimar el recurso contencioso administrativo promovido por la parte actora. [...]».

El Abogado del Estado, en la representación que le es propia, presento escrito formalizando su recurso de Casación en el que solicitada a la Sala:

«[...] tenga por PRESENTADO ESCRITO DE INTERPOSICIÓN DE RECURSO DE CASACIÓN contra la sentencia de autos y, tras la tramitación procedente, lo estime y dicte sentencia anulando la impugnada y declarando como interpretación más correcta en Derecho la que respetuosamente solicitamos en el fundamento sexto de este escrito de Interposición [...]».

SEXTO.- Por providencia de 30 de mayo de 2023, se emplazó a la parte recurrida para que, en treinta días, formalizara escrito de oposición.

Por la representación procesal de las partes recurridas, se presentó escrito de oposición, a los dos recursos de casación planteados, que finaliza suplicando a la Sala:

«[...] tenga por presentado este escrito y desestime el recurso de casación interpuesto por el Estado y la Ciudad de Ceuta contra la sentencia de 23 de Junio de 2023 de la Sección 1a de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, y haga expresa imposición de costas a las mismas. [...]».

El Ministerio Fiscal presentó su escrito de alegaciones en el que tras formular sus consideraciones en el cuerpo del escrito finaliza solicitando a la Sala:

«[...] proceda a dictar sentencia declarando NO HABER LUGAR a los recursos de casación deducidos en los términos que aparecen enunciados en nuestro escrito de alegaciones. [...]».

SÉPTIMO.- De conformidad con lo previsto en el artículo 92.6 de la Ley de esta Jurisdicción, atendiendo a la índole del asunto, ha lugar a la celebración de vista pública, al considerarla necesaria atendiendo a la índole del asunto.

OCTAVO.- Mediante providencia de 22 de noviembre de 2023, se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. don Luis María Díez-Picazo Giménez y se señaló para la celebración de vista pública el día 16 de enero de 2024, en cuyo acto tuvieron lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, con sede en Sevilla, de 23 de junio de 2022 interponen sendos recursos de casación el Abogado del Estado y el Letrado de la Ciudad Autónoma de Ceuta.

Los antecedentes del asunto, por lo que ahora específicamente importa, son como sigue. Los días 17 y 18 de mayo de 2021, durante una crisis diplomática con Marruecos, se produjo una entrada masiva e ilegal de unas doce mil personas en la ciudad de Ceuta. De ellas alrededor de mil quinientas eran menores de edad. Esos menores fueron alojados en varias instalaciones

habilitadas al efecto y quedaron, de conformidad con la legislación española, provisionalmente bajo la guarda de la Administración autonómica ceutí. Esta situación se prolongó durante tres meses, en que no consta que las autoridades españolas, estatales o autonómicas, incoaran expedientes individualizados tendentes a determinar las circunstancias y necesidades de cada uno de los menores. En el mes de agosto, sin que se hubiera resuelto aún la crisis diplomática, funcionarios españoles se reunieron con funcionarios marroquíes en la zona fronteriza entre ambos países, donde convinieron el retorno de los menores a Marruecos, acudiendo como fundamento normativo al Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre la cooperación en materia de prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y su vuelta concertada, de 6 de marzo de 2007. Este acuerdo internacional había sido publicado en el Boletín Oficial del Estado el 22 de marzo de 2013. Así, los menores -o, al menos, una parte de ellos- fueron enviados de retorno a Marruecos en grupos de varias decenas de personas cada uno durante el mes de agosto. No consta que por parte de las autoridades españolas se realizara ningún otro trámite o diligencia, más allá de tomar nota de los nombres de los menores retornados. Tampoco consta que las autoridades marroquíes o las familias de los menores hayan formulado ninguna queja, ni hayan denunciado vulneraciones de normas internacionales.

A raíz de estos hechos, la asociación “Coordinadora de Barrios para el Seguimiento de Jóvenes y Menores”, actuando en su propio nombre y en el de ocho de los menores retornados, interpuso recurso contencioso-administrativo por el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales. En el mismo sostuvo, en esencia, que la decisión sobre el retorno de los menores sin haber seguido procedimiento alguno es constitutiva de una vía de hecho atentatoria contra los derechos fundamentales de los menores a la integridad física y moral, a la libertad de ambulatoria y a la tutela judicial efectiva (arts. 15, 17 y 24 de la Constitución).

El recurso contencioso-administrativo fue estimado por sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Ceuta de 14 de febrero de

2022. Esta rechaza que hubiera vulneración de la libertad deambulatoria y de la tutela judicial efectiva, pero sí aprecia la de la integridad física y moral. Para llegar a esta conclusión, la sentencia de instancia toma como premisa que las autoridades españolas decidieron y realizaron el retorno de los menores tomando como fundamento normativo únicamente el referido Acuerdo de 6 de marzo de 2007. Tiene así en cuenta que las autoridades españolas no incoaron ni tramitaron ningún procedimiento con arreglo a la legislación española de extranjería, ni menos aún expedientes individualizados para cada uno de los menores. Ello implica, siempre según la sentencia de instancia, que no se observó lo exigido por el art. 35 de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, y por los arts. 191 y siguientes del Real Decreto 557/2011, que desarrolla aquella. Estos preceptos prevén que el retorno de menores no acompañados en situación ilegal en España habrá de acordarse en procedimiento administrativo individualizado, recabando información sobre la situación del afectado, oyéndolo si tiene madurez para ello y con intervención del Ministerio Fiscal. La sentencia de instancia considera que, aun tomando el Acuerdo de 6 de marzo de 2007 como fundamento normativo para el retorno, era preceptivo seguir los mencionados trámites, a la vista de lo dispuesto en el apartado primero de su art. 5:

“Las autoridades competentes españolas, de oficio o a propuesta de la entidad pública que ejerza la tutela sobre el menor, resolverán acerca del retorno a su país de origen, con observancia estricta de la legislación española, las normas y principios del derecho internacional y de lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño.”

Pues bien, la sentencia de instancia entiende que el inciso “observancia estricta de la legislación española” supone una remisión a las normas nacionales reguladoras de la materia, que son el art. 35 de la Ley Orgánica 4/2000 y los arts. 191 y siguientes del Real Decreto 557/2011. El absoluto incumplimiento de lo exigido por estos preceptos determinó una actuación de las autoridades españolas al margen de cualquier procedimiento y, por consiguiente, constitutiva de una vía de hecho. Y precisamente por haber actuado de plano,

las autoridades españolas no realizaron ponderación alguna de la situación y los intereses de los menores; lo que a su vez, siempre según la sentencia de instancia, determinó una injustificada puesta en peligro de la integridad física y moral de los menores, con vulneración del art. 15 de la Constitución.

Disconformes con ello, el Abogado del Estado y el Letrado de la Ciudad Autónoma de Ceuta interpusieron sendos recursos de apelación, que fueron desestimados por la sentencia ahora impugnada. Esta hace sustancialmente suyo el razonamiento de la sentencia de instancia.

SEGUNDO.- Preparados los recursos de casación, fueron admitidos por la Sección Primera de esta Sala mediante auto de 23 de marzo de 2023. La cuestión declarada de interés casacional objetivo consiste en determinar si el retorno de los menores no acompañados en situación ilegal en España exige seguir los trámites establecidos en el art. 35 de la Ley Orgánica 4/2000 y los arts. 191 y siguientes del Real Decreto 557/2011.

El auto de admisión, por lo demás, excluye expresamente del debate casacional ciertos extremos que habían sido discutidos en primera instancia y en apelación. Se trata de la alegación del Abogado del Estado sobre falta de legitimación de la asociación demandante, y de la alegación del Letrado de la Ciudad Autónoma de Ceuta sobre extemporaneidad en la interposición del recurso contencioso-administrativo. Estas dos alegaciones, ya rechazadas por las sentencias de instancia y de apelación, se consideran definitivamente zanjadas por el auto de admisión.

TERCERO.- El Abogado del Estado y el Letrado de la Ciudad Autónoma de Ceuta, en sus escritos de interposición de los recursos de casación, hacen hincapié en el carácter excepcionalmente grave de la avalancha humana que tuvo lugar en dicha ciudad los días 17 y 18 de mayo de 2021, así como en la extraordinaria dificultad que su gestión supuso para las autoridades españolas: para el Estado, en cuanto competente en materia de relaciones internacionales, control fronterizo y salvaguardia del orden público; para la Ciudad Autónoma de

Ceuta, entre otras cosas, en cuanto responsable de la guarda de los menores. Siempre en este orden de consideraciones, insisten en que todo este episodio se desarrolló, de inicio a fin, durante una crisis diplomática, con llamada a consultas de la Embajadora de Marruecos en España y, por ello, con la comunicación a alto nivel entre ambos países interrumpida. Señalan así que la conversación de agosto, en que se convino el retorno de los menores con base en el Acuerdo de 6 de marzo de 2007, no estuvo a cargo de los servicios diplomáticos, sino de funcionarios del Ministerio del Interior y de la Ciudad Autónoma de Ceuta.

Una vez subrayadas la magnitud, la gravedad y la dificultad de la situación, ambos recurrentes señalan que el Acuerdo de 6 de marzo de 2007 no es solo una norma internacional, sino que también forma parte del ordenamiento jurídico español. A este respecto hay alguna diferencia de matiz entre ellos, a propósito de si es un acuerdo internacional administrativo en el sentido de los arts. 38 y siguientes de la Ley 25/2014, sobre Tratados y otros Acuerdos Internacionales, o si es más bien un tratado internacional en el sentido pleno del término. En todo caso, ninguno de ellos duda de su valor normativo en Derecho interno, dado que el art. 41 de la Ley 25/2014 también lo atribuye a los acuerdos internacionales administrativos. Así, tanto el Abogado del Estado como el Letrado de la Ciudad Autónoma de Ceuta sostienen que el Acuerdo de 6 de marzo de 2007 proporciona un fundamento normativo suficiente para la decisión de retorno de los menores tomada por las autoridades españolas. En otras palabras, afirman que el Acuerdo de 6 de marzo de 2007 no necesita ser complementado por ninguna otra norma; lo que excluye que fueran exigibles los trámites establecidos en el art. 35 de la Ley Orgánica 4/2000 y los arts. 191 y siguientes del Real Decreto 557/2011.

Aún en este orden de ideas, el Letrado de la Ciudad Autónoma de Ceuta dice que la referencia que el art. 5 del Acuerdo de 6 de marzo de 2007 hace a la “observancia estricta de la legislación española” nunca podría interpretarse como una remisión al art. 35 de la Ley Orgánica 4/2000 y a los arts. 191 y siguientes del Real Decreto 557/2011, por dos razones. La primera sería que en

su redacción actual son posteriores al momento en que se celebró el Acuerdo de 6 de marzo de 2007, por lo que no pudieron ser tenidos en cuenta en el momento de otorgar el consentimiento a aquel. La otra razón aducida por el Letrado de la Ciudad Autónoma de Ceuta es que el art. 35 de la Ley Orgánica 4/2000 regula el “retorno asistido” de los menores no acompañados, mientras que en este caso lo que se llevó a cabo fue una “repatriación”, para la que no está previsto el mencionado precepto legal.

Ya en la vista oral, además de reiterar los razonamientos anteriormente desarrollados por escrito, el Abogado del Estado y el Letrado de la Ciudad Autónoma de Ceuta destacaron algunos extremos. El primero de ellos subrayó que todos los menores que retornaron a Marruecos lo hicieron voluntariamente. Y destacó asimismo que en la reunión celebrada en la zona fronteriza entre funcionarios españoles y funcionarios marroquíes, en que convinieron el retorno de los menores utilizando como fundamento normativo el Acuerdo de 6 de marzo de 2007, “se pactó” un procedimiento específico dadas las circunstancias excepcionales. En cuanto al Letrado de la Ciudad Autónoma de Ceuta, afirmó que los menores no llegaron a sufrir ningún menoscabo real y efectivo en su integridad física y moral.

CUARTO.- La recurrida, en su escrito de oposición a los recursos de casación, reitera las razones de las sentencias de instancia y de apelación, haciendo especial hincapié en que el art. 5 del Acuerdo de 6 de marzo de 2007, que contempla la posibilidad de acordar el retorno de los menores no acompañados en situación ilegal en España, no prevé el procedimiento correspondiente. Por ello, a su modo de ver, debió aplicarse el procedimiento general o común en la materia, que es el regulado en el art. 35 de la Ley Orgánica 4/2000 y en los arts. 191 y siguientes del Real Decreto 557/2011; y, al no haberse hecho así, hubo una ausencia total de procedimiento constitutiva de una vía de hecho. En este mismo orden de consideraciones, añade la recurrida que la distinción entre “retorno asistido” y “repatriación”, alegada por el Letrado de la Ciudad de Ceuta, es artificiosa y carente de apoyo legal. Señala que el concepto de retorno, a que se refiere el Acuerdo de 6 de marzo de 2007, tiene

alcance general, abarcando distintas modalidades o posibilidades, tales como la expulsión, el rechazo, etc. De aquí que, en su opinión, esa distinción no sirva para descartar la aplicabilidad al presente caso de las previsiones procedimentales establecidas en el art. 35 de la Ley Orgánica 4/2000 y en los arts. 191 y siguientes del Real Decreto 557/2011.

También solicita la recurrida en su escrito de oposición a los recursos de casación que esta Sala plantee cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en relación con la llamada “Directiva de Retorno”; es decir, la Directiva 2008/115/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de nacionales de terceros países en situación irregular.

En la vista oral, la recurrida insistió en que el punto central en este caso, tramitado por el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales, no es tanto si hubo una vía de hecho -algo que, a su juicio, es incuestionable- sino si como consecuencia de ello se produjo una violación del derecho fundamental de los menores a la integridad física y moral. Y destaca a este respecto que en la instancia quedó acreditado que las autoridades españolas no hicieron ninguna ponderación del riesgo para los menores por el modo en que se gestionó su retorno a Marruecos.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal, que ha sido oído por tratarse de un procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales, ha afirmado tanto por escrito como oralmente que el Acuerdo de 6 de marzo de 2007 es un acuerdo internacional administrativo que no regula ningún procedimiento para el retorno de los menores no acompañados; y, en conexión con ello, ha afirmado igualmente que no consta que las autoridades españolas realizaran, durante los tres meses que duró la situación, ningún trámite o diligencia más allá de custodiar a los menores y enviarlos finalmente de retorno a Marruecos. Este modo de actuar determinó, según el Ministerio Fiscal, una puesta en peligro de la integridad física y moral de los menores, sin ajustarse al criterio orientador del “interés superior del menor” tal como ordena la

Convención sobre los Derechos del Niño, de la que tanto España como Marruecos son signatarios.

A este respecto hace una muy detallada exposición de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental a la integridad física y moral, con especial referencia a lo que este exige en materia de protección de los menores (STC 64/2019 y STC 178/2020, entre otras). Y subraya que el art. 15 de la Constitución es conculcado no solo cuando se causan deliberadamente padecimientos físicos o psíquicos, sino también cuando se somete a la persona al “riesgo relevante” o al “peligro grave y cierto” de sufrirlos (STC 56/2019). Esto es lo que, según el Ministerio Fiscal, ocurrió en el presente caso, al haberse prescindido absolutamente de cualquier garantía procedimental y no haber realizado una ponderación de lo que más convenía a los menores.

En fin, el Ministerio Fiscal entiende que el argumento de las circunstancias excepcionales, sobre el que insisten los recurrentes, resulta abstracto por lo que a este debate procesal se refiere; y ello porque solo tiene en cuenta consideraciones relativas al orden público, sin decir nada acerca de qué ocurrió con los menores.

SEXTO.- Abordando ya el tema litigioso, esta Sala quiere comenzar manifestando que comprende perfectamente la gravedad de lo acaecido los días 17 y 18 de mayo de 2021 en Ceuta, así como el extraordinario reto que supuso tanto para el Estado como para dicha Ciudad Autónoma.

Ello no significa, sin embargo, que la valoración de este episodio pueda ser la misma con respecto al momento inicial que a su prolongación durante tres meses, especialmente en lo que concierne al modo de afrontar -durante ese largo período- la situación de los menores y su retorno final a Marruecos. Es un hecho acreditado en la instancia que las autoridades españolas no incoaron ningún procedimiento administrativo durante todo ese tiempo, limitándose a custodiar a los menores y finalmente, tras el encuentro entre funcionarios de ambos países, a decidir su retorno a Marruecos sobre el único fundamento

normativo del Acuerdo de 6 de marzo de 2007. En este sentido, como bien dice el Ministerio Fiscal, la invocación de circunstancias excepcionales por parte de los recurrentes resulta abstracta, pues no explica la absoluta pasividad de la Administración: lo que en un primer momento podría resultar comprensible dista de serlo cuando la situación se prolonga en el tiempo. De aquí que no quepa justificar una interpretación laxa de la legalidad, ni menos aún una dispensa de su cumplimiento, invocando circunstancias excepcionales.

SÉPTIMO.- Sentado lo anterior, no cabe ninguna duda de que el Acuerdo de 6 de marzo de 2007 -independientemente de si debe ser caracterizado como acuerdo internacional administrativo o como tratado internacional sin ulterior adjetivación- forma parte del ordenamiento español. La discusión versa, más bien, sobre otro extremo: si el Acuerdo de 6 de marzo de 2007 era suficiente por sí solo para fundamentar la decisión de retorno de los menores a Marruecos o si, por el contrario, era preceptivo además seguir los trámites establecidos en el art. 35 de la Ley Orgánica 4/2000 y en los arts. 191 y siguientes del Real Decreto 557/2011 (procedimiento administrativo individualizado, información sobre la situación del afectado, audiencia del mismo si tiene madurez e intervención del Ministerio Fiscal).

Que el Acuerdo de 6 de marzo de 2007, aun siendo una norma relevante y aplicable en el presente caso, no constituye por sí solo fundamento normativo suficiente para decidir el retorno de los menores es muy claro, básicamente porque no contempla ningún trámite ni requisito procedimental, limitándose a regular las obligaciones recíprocas aceptadas por ambos Estados contratantes. Del Acuerdo de 6 de marzo de 2007 se desprende, sin duda alguna, que España está facultada para decidir el retorno de los menores no acompañados a Marruecos y que este está obligado a aceptar dicho retorno; pero no se desprende que las autoridades españolas puedan actuar de plano en esta materia. Como en cualquier otra actuación administrativa, máxime si puede afectar a los derechos fundamentales de las personas, las autoridades españolas deben encauzar su actuación a través del correspondiente procedimiento administrativo, como garantía de la legalidad y el acierto de su

decisión y como salvaguardia de los intereses de los afectados. Que la actuación administrativa no puede nunca eludir el cauce procedimental es incluso un imperativo del art. 105 de la Constitución. En este sentido, la afirmación del Abogado del Estado sobre un pretendido procedimiento pactado para el caso por funcionarios españoles y marroquíes resulta, cuanto menos, sorprendente: los procedimientos administrativos no pueden surgir de la mera voluntad *ad hoc* de algún funcionario.

La necesidad de complementar el Acuerdo de 6 de marzo de 2007 con normas puramente nacionales viene, además, impuesta por el art. 5 de aquel, que dispone -como atinadamente señalaron las sentencias de instancia y de apelación- que el retorno de los menores no acompañados debe decidirse siempre con “observancia estricta de la legislación española”. Y la legislación española en este caso solo podía ser la general en la materia, es decir, el art. 35 de la Ley Orgánica 4/2000 y los arts. 191 y siguientes del Real Decreto 557/2011. No consta que hubiera una normativa especial sobre los trámites a seguir para el retorno de personas, incluidos los menores no acompañados, en el supuesto de entrada masiva e ilegal en el territorio español. Si hubiese existido, tal vez se habría podido discutir cuál era la regulación aplicable; pero no es el caso. Así, debe concluirse que las autoridades españolas omitieron la preceptiva aplicación de los trámites establecidos en el art. 35 de la Ley Orgánica 4/2000 y en los arts. 191 y siguientes del Real Decreto 557/2011, de manera que su actuación se produjo prescindiendo absolutamente del procedimiento establecido. Y ello, como es obvio, constituye una vía de hecho.

A este respecto conviene hacer una aclaración: la distinción que el Letrado de la Ciudad Autónoma de Ceuta traza entre “retorno asistido” y “repatriación” carece de justificación. Lo que hay en el presente caso es una devolución de los menores a Marruecos, cualquiera que sea la fórmula terminológica que se utilice; decisión que las autoridades españolas apoyaron en el Acuerdo de 6 de marzo de 2007. En otras palabras, el Letrado de la Ciudad Autónoma de Ceuta no explica qué norma jurídica permitiría la devolución de menores no acompañados sin ajustarse a ningún procedimiento administrativo,

independientemente de cuáles hayan sido las circunstancias de su ingreso ilegal en España. Y tampoco es convincente, en este mismo orden de consideraciones, su afirmación de que la legalidad española a que hace referencia el art. 5 del Acuerdo de 6 de marzo de 2007 no puede ser el art. 35 de la Ley Orgánica 4/2000 porque su versión actual es posterior a aquel: esta idea no solo resulta contraria a la interpretación usual de las remisiones normativas, que se entiende hecha a la norma vigente en cada momento, sino que conduciría además a la absurda conclusión de que España no podría modificar su propia legislación en la materia sin la aquiescencia de Marruecos.

En fin, todo lo expuesto sobre la absoluta inobservancia de trámites procedimentales se ve reforzado por otra consideración, que de pasada menciona la recurrida en su escrito de oposición a los recursos de casación: el art. 4 del Protocolo nº 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos establece de manera lapidaria que “quedan prohibidas las expulsiones colectivas de extranjeros”. Esta norma convencional ha sido ratificada por España y está publicada en el Boletín Oficial del Estado de 13 de octubre de 2009. Forma parte del ordenamiento jurídico español. Pues bien, sin caer en alambicadas distinciones terminológicas -que, como se ha visto, resultan aquí irrelevantes- es lo cierto que la decisión acordando el retorno de un número elevado de menores no acompañados sin haber seguido ningún procedimiento constituye una expulsión colectiva de extranjeros; algo que es ilegal con arreglo al citado art. 4 del Protocolo nº 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Frente a ello no cabe oponer que el retorno se produjo materialmente por grupos de pocas decenas, ni que se llevó una relación escrita de los nombres de los menores retornados: no por ello su salida del territorio nacional dejó de ser consecuencia de una decisión de las autoridades españolas indiscriminadamente relativa a todos ellos, por no mencionar que tampoco el hecho material de cruzar la frontera de vuelta a Marruecos fue individual.

OCTAVO.- Una vez constatado que la actuación de las autoridades españolas fue una vía de hecho, es preciso examinar si la fundamentación de la sentencia impugnada es correcta también en lo atinente a la violación del art.

15 de la Constitución, pues no toda vía de hecho es necesariamente atentatoria contra los derechos fundamentales. Y este es un punto crucial, dado que este caso se ha sustanciado por el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales.

Esta Sala considera que la excelente exposición del Ministerio Fiscal sobre el significado y alcance del derecho fundamental a la integridad física y moral, apoyada en un detenido análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, no admite réplica. A la luz de las sentencias por él citadas, es claro que la integridad física y moral es vulnerada también cuando se pone a una persona en serio peligro de sufrir un padecimiento corporal o psíquico; algo que en el presente caso no puede negarse que ocurriera, habida cuenta de que, como verificaron las sentencias de instancia y de apelación, la Administración no hizo ponderación alguna del interés de los menores, ni mucho menos una comprobación de sus circunstancias individuales. Así las cosas, es perfectamente ajustado a Derecho que la sentencia impugnada aprecie una violación del art. 15 de la Constitución.

Frente a ello no resulta convincente la afirmación del Letrado de la Ciudad Autónoma de Ceuta de que los menores no llegaron a sufrir ningún menoscabo real y efectivo en su integridad física y moral. Incluso dejando al margen que -como se acaba de ver- la consumación del menoscabo físico o moral no es indispensable para que se conculque el art. 15 de la Constitución, la afirmación de dicho recurrente no se apoya en ninguna prueba, más allá del hecho de que España no ha recibido ninguna queja de Marruecos.

NOVENO.- Esta Sala considera pertinente hacer alguna observación sobre ese último extremo. Tanto el Abogado del Estado como el Letrado de la Ciudad Autónoma de Ceuta han insistido en que Marruecos no solo no formuló protesta alguna sobre el modo en que se llevó a cabo el retorno de los menores, sino que al parecer envió un mensaje electrónico a las autoridades españolas diciendo genéricamente que todos estaban bien y de vuelta con sus familias.

No será esta Sala la que ponga en duda la veracidad de todo ello. Pero sí debe subrayar que se trata de un dato irrelevante para la resolución de este litigio. La conformidad de Marruecos únicamente significa, en el plano puramente jurídico, que no considera que España haya infringido el Acuerdo de 3 de marzo de 2007. Pero no significa que la Administración haya actuado con observancia estricta de la legalidad española. La aquiescencia de otro país no dispensa a las autoridades españolas de actuar con sujeción plena a la Constitución y a las leyes. Va en ello la respetabilidad de España como Estado de derecho.

DÉCIMO.- Llegados a este punto, solo resta abordar la solicitud de la recurrida de planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en relación con la llamada “Directiva de Retorno”. Ocurre que la recurrida no ha mostrado de manera nítida que sea aplicable al presente caso, desplazando la normativa nacional en la materia; es decir, el Acuerdo de 3 de marzo de 2007, junto con el art. 35 de la Ley Orgánica 4/2000 y los arts. 191 y siguientes del Real Decreto 557/2011. Y tampoco esta Sala llega a esa conclusión tras la lectura de la “Directiva de Retorno”. Es más: todo el debate procesal, desde la instancia hasta la casación, se ha planteado por las partes, incluida la recurrida, esencialmente en torno a las citadas normas del ordenamiento español. De aquí que no proceda plantear la cuestión prejudicial solicitada.

UNDÉCIMO.- A la vista de todo lo expuesto, la respuesta a la cuestión de interés casacional objetivo debe ser que el retorno de los menores no acompañados en situación ilegal en España no puede basarse únicamente en el Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre la cooperación en materia de prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y su vuelta concertada, de 6 de marzo de 2007, sino que debe ajustarse también la legislación española en la materia, especialmente en lo atinente a las garantías procedimentales. En el presente caso, la legislación española venía dada por el art. 35 de la Ley Orgánica 4/2000

y los arts. 191 y siguientes del Real Decreto 557/2011. Es claro, así, que los presentes recursos de casación no pueden prosperar.

DUODÉCIMO.- Con arreglo al art. 93 de la Ley Jurisdiccional, en el recurso de casación soportará cada parte sus propias costas.

F A L L O

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

No ha lugar a los recursos de casación interpuestos por el Abogado del Estado y por el Letrado de la Ciudad Autónoma de Ceuta contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, con sede en Sevilla, de 23 de junio de 2022, sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.