

EL DERECHO A LA ASISTENCIA LETRADA EN MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS

Montserrat Molina Domínguez
Doctoranda en el Departamento de Derecho Civil
Universidad de Barcelona

Resumen

El presente artículo analiza el derecho del menor extranjero no acompañado a poder ser representado ante un procedimiento tanto administrativo como civil por un abogado independiente que vele por sus derechos e intereses en el procedimiento judicial de que se trate. Derecho que le permitirá a ser informado, oído y mostrarse parte ya sea por la mera proposición de pruebas y por tanto a defenderse de las decisiones adoptadas que puedan suponer una vulneración de sus derechos.

Concretamente se analizarán las STC de la Sala Primera de 22 de Diciembre del 2008 y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 25 de mayo del 2011. Tratando ambas en diferentes vertientes la problemática que el desarrollo de este derecho comporta.

Palabras clave: asistencia letrada, derecho fundamental, tutela judicial efectiva, parte en el proceso.

Abstract

This article analyzes the right of unaccompanied foreign minor to be represented before a civil both administrative procedure by independent legal counsel to ensure their rights in the legal proceedings in question. Law that will allow you to be informed participant heard and displayed either by the mere statement of evidence, and therefore to defend the decisions that may involve a violation of their rights.

Specifically, we analyze the STC of the First Chamber of December 22, 2008 and the judgment of the Court of Justice of Galicia of May 25, 2011. Trying different aspects both in the problems that the development of this law entails.

Key words: counsel, fundamental right, to effective judicial protection, part in the process.

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo pretende poner de relieve la situación que se encuentra el menor extranjero no acompañado cuando no se le informa del derecho que le asiste a tener una asistencia letrada desde el momento que se convierte en sujeto de una resolución adoptada por la Administración que le afecta de una forma directa a su esfera personal, familiar y que de llevarse a cabo le supondría un grave perjuicio tanto para el presente como en el futuro.

Para ello he escogido dos sentencias que tratándose de dos supuestos de hecho diferentes el Tribunal llega a resolver que en ambos casos se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, no habiendo permitido al menor no acompañado, la primera por no haber sido informados y la segunda por no permitirle la designa del abogado que él quería, participar de una forma directa en el procedimiento de que se trate, de ser oído, de estar informado en todo momento de los pasos a seguir, de participar en un momento que se pone en juego una decisión que le va a afectar en su vida personal y probablemente familiar.

Es por ello que, a lo largo de diferentes lecturas bibliográficas como de la lectura de varias sentencias se puede llegar a deducir que todo menor tiene consagrado el derecho a la tutela judicial efectiva y por ello a ser asistido y por ende asesorado de un abogado independiente desde el principio de cualquier actuación que le ataque a su esfera personal.

2. ANTECEDENTES

La situación jurídica del menor extranjero no acompañado se regula en 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, que establece que en el supuesto de encontrarse un extranjero indocumentado menor de edad no acompañado, se acordará de forma inmediata su acogida por el sistema de protección de menores.

Del mismo modo lo señala la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 14 al señalar que "son las autoridades y servicios públicos quienes tienen la obligación de prestar la atención inmediata que precisa este menor" para continuar diciendo el artículo 18 del mismo cuerpo legal que "cuando la entidad pública competente considere que el menor se encuentra en situación de desamparo asumirá la tutela de aquél, adoptando las oportunas medidas de protección ..."

El problema aparece cuando la entidad pública que tiene encomendada por mandato legal la tutela del menor es, en muchas ocasiones, la que posteriormente y en cuestión de unos pocos días, o una vez tramitado el pertinente procedimiento administrativo y/o judicial, decide dejar sin efecto esta protección porque considera que bien el menor no es menor de edad y por ello ha de ser tratado como adulto, aplicándole en tal caso la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, o bien el mismo puede ser repatriado a su país de origen aún a pesar, de no haber realizado todas las diligencias necesarias para averiguar sus circunstancias personales, familiares y por tanto no teniendo en cuenta principios consagrados a nivel universal, como es el del interés superior del menor, tal como lo establece la Convención de los Derechos del Niño del año 1989 y transcrito en leyes nacionales como el principio del favor minoris.

Es en este momento donde se pone en juego que el menor sea tratado con todas las garantías procesales y no se vea privado en ningún caso del principio de la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1978. El derecho a una asistencia letrada para una persona extranjera tiene una relación directa con el derecho fundamental de la tutela judicial efectiva del artículo 24.2 de la Constitución española. Y este principio lleva consigo que al menor se le facilite un abogado jurídicamente independiente que le informe del proceso en que está incurso, las alternativas y recursos de que dispone, de poder proponer todas las pruebas que interese para hacer valer sus intereses, que se le de traslado de su expediente y sea tratado como parte con todas las garantías que ello conlleva, que se le de audiencia, alcanzando así la plena independencia en el proceso judicial.

3. INTRODUCCIÓN DEL DERECHO DE ASISTENCIA LETRADA CON RELACIÓN AL ARTÍCULO 24.2 DE LA CONSTITUCIÓN NORMATIVA DE EXTRANJERÍA. DERECHO A LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA.

La actual Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, establece en el artículo 22 el derecho a la asistencia jurídica gratuita. Así nos dice que "1. Los extranjeros que se hallen en España tienen derecho a la asistencia jurídica gratuita en los procesos en los que sean parte, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se sigan, en las mismas condiciones que los ciudadanos españoles. 2. Los extranjeros que se hallen en España tienen derecho a asistencia letrada en los procedimientos administrativos que puedan quitar a su denegación de entrada, devolución, o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de protección internacional, así como a la asistencia de intérprete si no comprenden o hablan la lengua oficial que se utilice...". Precepto íntimamente ligado con el artículo 24.1 de la Constitución española.

Ejemplo de la vulneración de este artículo encontramos la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 582/2011 de 25 de mayo. (España. Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Sección 1ª. (versión electrónica-base de datos Westlaw) que trata el tema de la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y en concreto a la asistencia jurídica gratuita.

Así, el supuesto de hecho es la llegada a Vigo, el día 24 de junio de 2009, del buque de nacionalidad noruega "Virana" con dos polizones de nacionalidad ghanesa a bordo.

El objeto del recurso de apelación es la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de Pontevedra con fecha 11 de Junio de 2001 sobre derechos fundamentales y que desestimó el recurso interpuesto por Cear Euskadi Comisión de Ayuda al Refugiado, contra la resolución de la Subdelegación

de Gobierno en Pontevedra en relación con su actuación, de no considerar vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por no haberles informado de la posibilidad de designar un abogado de oficio, ya que carecían de medios económicos.

El recurso de apelación se fundamenta en dos motivos, pero es el primero de ellos el que nos interesa, así se trata de la:

a) Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución española, así como del derecho a la asistencia letrada gratuita ya que el artículo 22 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social reconoce tal derecho a los extranjeros que pretendan entrar en España o se aplique su retorno en frontera, o se les prohíba la entrada. Tal derecho puede ejercerse ante vías de hecho o actuaciones al margen de expedientes administrativos formales, y no resultaría vinculante la Instrucción conjunta de la Dirección General de Política Interior y Dirección General de Inmigración sobre tratamiento de polizones extranjeros, de fecha 28/11/07. Insistiendo por parte de la asociación que al desconocer los polizones sus posibilidades no manifestaron su deseo lógico de entrar en España. Formulando la Abogacía del Estado oposición al recurso de apelación argumentando que no se había vulnerado el artículo 24 de la Constitución española ni el artículo 22.1 de Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social ya que los polizones no se encontraban en España, sino en buque de nacionalidad noruega y no manifestaron su intención de entrar en territorio español, sin haberse incoado procedimiento administrativo alguno.

Debiendo decidir el Tribunal si se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, en relación con la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social en cuanto su artículo 22.2 que reconoce el derecho a la asistencia jurídica gratuita a los extranjeros. Reconocimiento que hace en su último inciso al decir que "estas asistencias serán gratuitas cuando carezcan de recursos económicos suficientes según los criterios establecidos en la normativa reguladora del derecho de asistencia jurídica gratuita"

Se señala y se incide por el Tribunal expresamente "que ninguno de los guardias civiles que practicaron la detención les preguntó abiertamente si deseaban entrar o permanecer en España ni si precisaban asistencia jurídica gratuita". Señalando el Tribunal que la efectividad y facilidad que debe imperar en el ejercicio del derecho a la asistencia jurídica gratuita no se había dado en el supuesto de hecho.

Aplicando así el Tribunal el criterio seguido en un caso similar (dentro del supuesto de asilo) por la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de Octubre de 2008, recurso de casación 1135/2005. (España. Tribunal Supremo (Sala Contencioso- Administrativa Sección 5ª (versión electrónica-base de datos Westlaw) que afirmó: "Situados en la perspectiva que resulta de este marco normativo, hemos de concluir que la deficiente información de derechos que se hizo al interesado, y más concretamente la falta de información sobre la posibilidad de recabar la asistencia letrada de un abogado de oficio (sobre lo cual el impreso que la Administración utiliza es claramente defectuoso), derivó en una situación real y efectiva de indefensión para él, con trascendencia invalidante de las actuaciones administrativas que culminaron en la resolución impugnada".

Aplicando el mismo criterio al supuesto de hecho de la sentencia aquí mencionada, y a pesar de encontrarnos en un procedimiento materialmente administrativo (aunque no sancionador pues conduce a la devolución de los polizones), y que coloca a los afectados en una especie de vía de hecho de su retorno, la infracción cometida provocó una situación de indefensión real al cerrarles el acceso a la vía judicial. Procediendo así la estimación del recurso en este particular, revocando la sentencia apelada, y declarando la lesión del derecho fundamental de los polizones de referencia en cuanto se les privó de la aludida asistencia jurídica gratuita.

En ninguno de los casos se le dio la información a los extranjeros de poder ser asistidos por un letrado que les informara de los procedimientos a seguir, y así poder ser parte de ellos mismos, alegando en la debida forma y con los formalismos procesales su derecho a la defensa, que en este caso, y siendo asistidos por un abogado se hubiera cumplido con todos sus efectos.

En el mismo sentido, ya se debatió en las Conclusiones de la Mesa de trabajo celebrada el 10 de marzo del 2006 donde participaron Save the Children y ACNUR, en el marco de la presentación de la Declaración de Buenas Prácticas del Programa de Menores Extranjeros no acompañados en Europa, y con la finalidad de realizar un análisis efectivo del cumplimiento del derecho de los menores extranjeros a ser oídos. Dentro de este marco tuvo lugar la celebración de esta Mesa, donde se quiso llevar a cabo un análisis de la efectiva aplicación de este derecho.

De estas conclusiones se apreció que uno de los problemas detectados era el de la falta de asistencia jurídica independiente, y se recomendaba que “las CCAA que tengan la tutela del menor tienen que garantizar el derecho del menor a expresar su opinión, y a que ésta sea valorada objetivamente. Para ello es necesaria una asistencia jurídica independiente a los intereses de la Administración, y orientada en todo caso al superior interés del menor” para continuar recomendando que “se debería garantizar así el derecho de los menores a ser asistidos y asesorados por un letrado, con independencia del Ministerio Fiscal en el procedimiento de asilo; en el administrativo que decida sobre su repatriación y en el de declaración de desamparo”. Recomendando así la intervención del abogado independiente designado desde el primer momento del procedimiento. Todo ello en base a los artículos 24.2 de la Constitución española, artículo 10.1 y 11.2 g) de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de protección jurídica del menor, del Informe del 2005 elaborado por el Defensor del Pueblo sobre Asistencia Jurídica a extranjeros, y sobre la Observación General número 6 del Comité de Derechos del Niño sobre el trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen (párrafo 21 y párrafo 36).

3.1. El abogado designado de oficio

Dentro de este marco de obligatoriedad en que se convierte la designa del letrado, el abogado que reciba ostentar la defensa del menor deberá velar siempre que se respeten los derechos de los mismos y deberá promover todas las medidas urgentes de protección que deba ser sujeto su “cliente” debiendo por tanto evaluar los intereses y deseos del que se convierte en su defendido para así poder velar por sus intereses. Para ello deberá crear un clima de confianza muy estrecho que le permita conocer todas las circunstancias sociales, familiares que rodean al menor. A pesar de que la creación de este clima se convierte en una utopía para el abogado designado, ya que cuando llega el momento de la designa el menor generalmente o bien ya ha sido tutelado por la entidad pública, lo que conlleva en algunas ocasiones que ya ha pasado por Fiscalía, sin “presencia de su abogado”, que ya se le han practicado pruebas médicas para determinar su edad “sin ser informado” de todas las pruebas médicas que pueda ser objeto, y poder así proponer alguna otra alternativamente.

En la mayoría de los casos, tristemente la designa se produce cuando al menor se le notifica la resolución administrativa de la entidad pública donde no se le considera menor de edad, o se decide su repatriación, disponiendo para ello del plazo de los cinco días para formular las alegaciones. Durante este plazo es cuando se tiene que generar el clima de confianza del que hablamos, que como se ve, se convierte en una utopía difícil de modificar por la práctica de cómo se llevan estos casos. Produciéndose así la paradoja de que “a quién le corresponde automáticamente su tutela ex lege, se convierta en su “verdugo” al adoptar medidas que realmente no se dirijan a su atención y protección, sino a su desamparo y repatriación, por lo que debe admitirse que el propio menor pueda contar con representación letrada y mecanismos de defensa para garantizar el cumplimiento de sus derechos y dar cobertura a su derecho de participación activa en los temas que son de su interés” (Villagrasa, 2012 “ Los menores extranjeros no acompañados en los sistemas de protección a la infancia de las Comunidades Autónomas. Valencia: Tirant monografías)

Por otro lado, el letrado debe conocer en todo momento donde se encuentra el menor, a fin de comunicarse con él para bien cuidar sus derechos, como poder entablar con él todas las entrevistas necesarias para que éste pueda ser informado del procedimiento, como que su letrado le proponga las pruebas que considere más oportunas.

4. SENTENCIA DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Nº183/2008, DE 22 DE DICIEMBRE: derecho a la asistencia letrada.

La presente sentencia es causa de un recurso de amparo tramitado bajo el número 3319-2007 que se interpuso contra la Sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de febrero de 2007, dictada en el rollo de apelación número 5-2007. El supuesto de hecho es la resolución dictada por la Comisión de Tutela del Menor de la Comunidad de Madrid donde se acordaba declarar el desamparo del menor de nacionalidad marroquí nacido el 1 de enero de 1989 “por encontrarse en España sin persona adulta que pueda responsabilizarse de él”, acordando además solicitar a la Administración central la iniciación del procedimiento de repatriación para la incorporación de su núcleo familiar. Solicitud que fue acordada por Resolución del Delegado de Gobierno de Madrid en fecha 10 de febrero del 2006.

Contra esta decisión el menor y la asociación "Coordinadora de barrios para el seguimiento de menores y jóvenes", actuando bajo la misma representación letrada, interpusieron recurso contencioso-administrativo, adjuntado escrito del recurrente en el que designaba al Letrado para su representación "en cuantos trámites administrativos y jurisdiccionales sea preceptiva su intervención". El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 14 de Madrid, al que por reparto correspondió el conocimiento del asunto, por providencia de 5 de abril de 2006, acordó incoar el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales número 1-2006 y formar pieza separada de suspensión cautelarísima, y se acordó suspender de manera provisional la resolución impugnada.

Tratando la sentencia de dilucidar si la voluntad del menor a querer designar expresamente un abogado que le represente en el proceso, es válida o no, teniendo en cuenta que su representación como menor tutelado la ejercía la Comunidad de Madrid. Es en la comparecencia del mantenimiento de la medida cautelar cuando el Abogado del Estado alegó que el Letrado no era el representante legal del menor, cuya tutela la ostentaba la Comunidad de Madrid, y que "en caso de conflicto de intereses, como ocurre en el presente caso, la representación debe recaer sobre el Ministerio Fiscal". La Letrada de la Comunidad de Madrid manifestó que estaba conforme con la resolución impugnada y que era esta Comunidad la que ostenta la tutela y representación legal del menor. El Ministerio Fiscal solicitó el nombramiento de un defensor judicial, en interés del menor, "vista la contraposición de intereses entre quien tiene asumida la tutela del menor y lo que quiere el menor".

Es en este punto donde tan a menudo se encuentra el problema del menor extranjero no acompañado, por un lado es la Administración quien asume automáticamente su tutela, y por ello asume a la vez su representación. ¿Pero qué ocurre como en este caso, que el menor no está de acuerdo con la resolución adoptada por la Administración y la quiere recurrir? ¿Quién la recurre, la misma Administración que ha ordenado la resolución? Está claro que nos encontramos con un gran conflicto de intereses. La solución la encontramos más adelante en la sentencia al detallar las características del menor en cuestión.

El menor aquí recurrente, que ya contaba con 17 años de edad, manifestó que quería estar en España, que conocía que su tutela la ejercía la Comunidad de Madrid pero conociendo esto insistía y quería que le asista el Letrado al que tiene designado. Por Auto de 6 de abril de 2006 se acordó nombrar defensor judicial del menor al Letrado que había sido designado por el menor para representarle. En dicha resolución se argumenta, por un lado, que es plenamente aplicable a los supuestos de tutela, la posibilidad de que a través del procedimiento de jurisdicción voluntaria se produzca el nombramiento de defensor judicial previsto en el art. 163 del Código Civil, cuando exista conflicto de intereses entre los menores no emancipados y quien ostente su patria potestad, recordando que el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, establece el derecho de todo menor a ser oído en cualquier procedimiento judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social, pudiendo ejercitar ese derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente.

Por Sentencia de 25 de septiembre de 2006 se estimó parcialmente el recurso interpuesto por el menor, declarándose la nulidad de la resolución de repatriación impugnada, insistiéndose en los argumentos expuestos en el Auto de 24 de abril de 2006 para rechazar las causas de inadmisión referidas tanto a la falta de jurisdicción en relación con la competencia para nombrar defensor judicial como a la incapacidad del recurrente para impugnar el acto administrativo. El Abogado del Estado, la Letrada de la Comunidad de Madrid y el Ministerio Fiscal interpusieron recurso de apelación, cuyo conocimiento correspondió, con el número de rollo 5-2007, a la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Por Sentencia de 28 de febrero de 2007, y conforme solicitaba el Ministerio Fiscal, se estimó el recurso declarando que concurría la causa de inadmisión de falta de representación y capacidad procesal del recurrente en amparo, así como la falta de legitimación activa de la asociación co-demandante, dejando imprevista la cuestión de fondo. A esos efectos, se argumentó, por un lado, que el Letrado no ostentaba mandato alguno del menor, quien, además, carecía de capacidad procesal, ya que, estando previsto en el artículo 18 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa que tienen esa capacidad "los menores de edad para la defensa de aquellos 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 del menor de edad", en el presente caso "el menor no está emancipado, sino sometido a tutela de una Administración pública -la Comunidad de Madrid-, sin que nos encontremos en el supuesto previsto en el transcrito artículo 18 LJCA" (FD tercero). Igualmente, se argumentó que el Juzgado de instancia carecía de competencia para suplir ese defecto de capacidad a través del nombramiento de un defensor judicial, ya que ésta corresponde a los órganos judiciales del orden civil a través del oportuno procedimiento de jurisdicción voluntaria, concluyendo que "[sólo los padres del menor -representantes legales del mismo- o, en su caso, el Ministerio Fiscal tendrían capacidad procesal para impugnar la resolución recurrida" (FD tercero).

Interponiendo el menor extranjero recurso de amparo y aduciendo en su demanda la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), desde la perspectiva del derecho de acceso a la jurisdicción, con fundamento en que la decisión de inadmisión, fundamentada en su falta de representación y capacidad procesal por ser entonces menor de edad, resultó desproporcionada, formalista y arbitraria, ya que quien entonces ejercía su tutela -el Instituto Madrileño del Menor y la Familia- y el Ministerio Fiscal eran contrarios a impugnar la resolución administrativa de repatriación, lo que generaba un conflicto de intereses con su intención de oponerse a dicha medida y, además, el artículo 18 LJCA reconoce capacidad procesal a los menores de edad para la defensa de sus intereses legítimos sin necesidad de asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela.

Siendo el objeto de recurso de amparo "determinar si la resolución impugnada, en la medida en que apreció la concurrencia del óbice procesal de falta de representación y capacidad procesal del recurrente para impugnar en vía judicial su repatriación por ser menor de edad no emancipado sometido a tutela pública, ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), desde la perspectiva del derecho de acceso a la jurisdicción"

El Tribunal Constitucional a la hora de resolver y otorgar el amparo solicitado tiene en cuenta:

a) Que hasta entonces el mismo Tribunal no se había pronunciado sobre la capacidad procesal de los menores de edad para impugnar las decisiones que afectasen a su vida personal.

b) que dicha capacidad procesal está regulada en el artículo 18 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, la cual reconoce la capacidad de los menores de edad para la defensa de sus derechos e intereses cuando la actuación le esté permitida sin necesidad de asistencia de la persona que ejerza su tutela.

c) Que ya en varias ocasiones sí se había pronunciado el Tribunal respecto a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) en procesos judiciales donde los menores no habían sido oídos. Citando como ejemplos SSTC 221/2002, de 25 de noviembre, FJ 5, ó 17/2006, de 30 de enero, FJ 5).

d) Configurándose así el derecho de los menores que estén en condiciones de formarse un juicio propio a ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo, ya sea directamente o a través de su representante o de un órgano apropiado. Recordando el alto Tribunal las normas donde aparece recogido este derecho. Así hace mención a la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990 (artículo 12), el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor que reconoce el derecho de éste a ser oído tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social (artículo 9.1; por todas, STC 22/2008, de 31 de enero, FJ 7). El artículo 24.1 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, publicada en el DOUE de 14 de diciembre de 2007 e íntegramente reproducida en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de junio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, en que se establece que "los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar"

e) Recordando además el Tribunal que el supuesto de la repatriación es uno de los que ya el mismo ha establecido que comprende y afecta la esfera personal y familiar de un menor. Así menciona el Auto del Tribunal Constitucional 372/2007, de 17 de septiembre, donde se argumentaba que "nos encontramos en un caso 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, es claro que el Juzgado debió otorgar un trámite específico de audiencia al menor antes de resolver la pretensión deducida por la Dirección General de la Policía (SSTC 221/2002, de 25 de noviembre, FJ 5; 152/2005, de 2 de junio, FJ 3)" (FJ 3).

Y termina concluyendo que otorga el amparo ya que nos encontramos ante un menor que cuenta con la edad de 17 años, con la madurez y facultades de entendimiento desarrolladas, que ya es capaz de formarse un juicio justo de lo que está en juego, que no es nada menos que la repatriación y que como ya se ha probado incide en su esfera personal. Reúne los requisitos exigidos por el artículo 18 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Así que le asiste el derecho y ha de ejercerlo de ser oído por el mismo, o a través de un representante legal que él voluntariamente designa, siendo el caso que nos ocupa el Letrado de la asociación, reconociéndola legitimación por existir una muy directa implicación de la asociación recurrente con el transcurrir vital del menor.

Convirtiéndose la capacidad procesal en un presupuesto de acceso a la jurisdicción “debe estar regida por el principio pro actione, 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. Encontrándose entre estos intereses el derecho de cualquier menor con capacidad y madurez suficiente, a ser oído en vía judicial en la adopción de medidas que afectan a su esfera personal, en tanto que este Tribunal ya ha reiterado que forma parte del contenido esencial del artículo 24.1 CE. Es por ello, que se señala que en muchos casos su presupuesto lógico, también forma parte del contenido esencial del artículo 24.1 CE que se posibilite a cualquier menor, con capacidad y madurez suficiente, instar de 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 legal”.

5. CONCLUSIONES

Del presente trabajo podemos concluir que la asistencia letrada se convierte en un derecho fundamental para todos los menores extranjeros no acompañados que se presentan en nuestro país, derecho que como hemos visto en las dos sentencias mencionadas en ocasiones no se ha llevado a cabo por la misma Administración y en otra por no ser ni informados del mismo por la Guardia Civil. Y en ambas se ha concluido que se había vulnerado el principio a la tutela judicial efectiva, ya que se había imposibilitado al menor extranjero no acompañado el ejercitar sus derechos ante la jurisdicción competente.

Todo menor que comprenda que su esfera personal-familiar está en juego frente a una decisión que adopta la Administración, tiene la capacidad procesal suficiente para la defensa de sus derechos e intereses sin necesidad de la asistencia de la persona o institución que tenga su tutela cuando están en juego situaciones que tienen que ver con su persona, lo cual favorece a la desvinculación del binomio tan temido de quien ejerce su tutela a la vez le expida la resolución administrativa de repatriación o de mayoría de edad. Lo que deja una vía abierta a que estos menores puedan designar libremente un abogado independiente que le represente en todas las actuaciones judiciales o administrativas que tengan que ver con su persona, eso sí para llevarse a cabo es necesario en todo momento que el menor extranjero no acompañado sea informado por las autoridades competentes, de que posee el derecho a designar un abogado de oficio y tramitar la justicia gratuita para que sea oído, participar y ser parte en los procedimientos, tanto judiciales como administrativos que le competen y donde se está decidiendo sobre su vida.

Es importantísimo que desde el inicio de cualquier actuación ya sea administrativa o judicial el menor esté bien asesorado, informado para que conozca todas las alternativas, vías y recursos que puede hacer valer frente a nuestras instituciones contra una resolución que afecta ámbitos relacionados con su vida y el no conocerlos le puede acarrear graves consecuencias, pero para ello nuestras instituciones tienen que poner en marcha la maquinaria correcta para informar en todo momento de los derechos que le asisten a estos menores, y así no se repitan situaciones de las dos sentencias aquí comentadas.

Bibliografía

- Alcón Yustas, M.(2011), *Los menores en el proceso judicial*. Madrid: Tecnos.c
- Cabedo Mallol,V.(2012), *Los menores extranjeros no acompañados en los sistemas de protección a la infancia de las Comunidades Autónomas*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Nieto García, L.(2007), *Los Derechos de los menores extranjeros*. Madrid: Estudios de derecho judicial, 104.
- SAVE DE CHILDREN (2006), La participación de los menores extranjeros no acompañados: el derecho a ser oído. Recuperado el 12 de julio del 2012, de http://www.savethechildren.es/docs/Ficheros/105/Conclusiones%20Participacion%20MENA_EI%20derecho%20a%20ser%20oído.pdf

Jurisprudencia

- Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda) 221/2002 de 25 de Noviembre. RTC 2002/221.
- Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) 17/2006 de 30 de Enero. RTC 2006/17.
- Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda) 22/2008 de 31 de Enero. RTC 2008/22.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo Sección 5ª), RJ 2008/5617. Recurso de casación 1135/2005.