

Ignacio García Vitoria

Profesor ayudante, doctor de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid

Pablo Santolaya Machetti

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Alcalá

DENEGACIÓN DE ENTRADA Y SALIDAS OBLIGATORIAS DEL PAÍS

**Las garantías del
procedimiento en
la jurisprudencia
(JULIO 2007-DICIEMBRE 2008)**

1. Introducción.
2. El internamiento preventivo en centros no penitenciarios.
 - El deber de motivación.
 - Proporcionalidad.
 - Límite temporal.
3. La denegación de entrada y el retorno.
 - Principio de contradicción.
 - Asistencia letrada.
 - Motivación.
4. La expulsión de territorio español.
 - Derecho a conocer la identidad del instructor.
 - Audiencia.
 - Derecho a la prueba.
 - Asistencia letrada.
 - Asistencia de intérprete.
 - Non bis in idem.
 - Motivación.
 - Proporcionalidad.
 - Notificación.
 - La suspensión cautelar de la expulsión.
5. La devolución.
6. Repatriación de menores.

Se analiza la jurisprudencia dictada por el TS y los TSJ entre julio de 2007 y diciembre de 2008 sobre las diferentes figuras que la legislación española establece en relación con la denegación de entrada (retorno en frontera) y la salida obligatoria del país (expulsión, devolución y repatriación de menores). Se examina también la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales respecto al internamiento cautelar en centros no penitenciarios. Todas estas medidas tienen una incidencia directa sobre la titularidad y el ejercicio de varios derechos constitucionales, como el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE), la libertad personal (art. 17 CE), la libertad de circulación (art. 19 CE), el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), la legalidad en el ámbito sancionador (art. 25 CE), la protección de la familia y de los menores (art. 39 CE). Por este motivo, es importante observar cómo los tribunales velan en estos ámbitos por la aplicación de las garantías del procedimiento administrativo.

RESUMEN

1. INTRODUCCIÓN

El presente estudio analiza la jurisprudencia dictada en el período comprendido entre julio de 2007 y diciembre de 2008 sobre las garantías que deben presidir los procedimientos

en los que se restringe la libertad de cada persona para entrar y circular por el territorio nacional. Se atiende, sobre todo, al internamiento, la denegación de entrada y los procedimientos de expulsión y retorno.

Ante la imposibilidad de un análisis exhaustivo, hemos tratado de seleccionar una serie de problemas que aparecen de forma recurrente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) y los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas (TSJ). En el caso del internamiento preventivo, es preciso acudir además a la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales (AP).

Para la síntesis de la jurisprudencia del período julio 2007-junio 2008 se han empleado los números 9 y 10 del Boletín Jurídico de Estudios y Jurisprudencia sobre Extranjería, Inmigración y Asilo, elaborado en el marco de un Convenio con el Ministerio del Interior, desde 2004 con la Universidad de Valladolid y, a partir de 2006, con la de Alcalá y realizado en el Grupo de Investigación en Extranjería, Inmigración y Asilo de la Universidad de Alcalá.¹ Agradecemos al Ministerio la autorización para esta publicación.

Para la selección de jurisprudencia del segundo semestre de 2008, se han utilizado las bases de datos de Aranzadi-Westlaw, Iustel y El Derecho, así como la página web del Poder Judicial <http://www.poderjudicial.es/>.

2. EL INTERNAMIENTO PREVENTIVO EN CENTROS NO PENITENCIARIOS

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración so-

cial (en adelante Ley de Extranjería o simplemente la Ley) prevé la posibilidad de acordar el internamiento como una medida cautelar para asegurar la eficacia de la resolución de expulsión –o, en su caso, devolución o retorno– del territorio español.²

El internamiento es una medida judicial, pudiendo el instructor únicamente solicitarla cautelarmente al juez, en tanto se tramita el expediente. El órgano judicial competente para decidir sobre el internamiento es, según el artículo 153 del Real Decreto 2393/2004, el juez de instrucción del lugar en que hubiese sido detenido el extranjero.³ El órgano judicial actúa como «juez de garantías» y examina la apariencia de legalidad de la medida que solicita la Administración. El alcance del control judicial se limita al examen de los presupuestos del internamiento sin entrar a valorar la validez del procedimiento de expulsión que da lugar a la solicitud de la medida cautelar.⁴

El inicio del procedimiento de expulsión es condición necesaria para que el juez acuerde el internamiento. Por esta razón, el TS se ha mostrado partidario de que se conceda al interesado la posibilidad de impugnar el decreto de iniciación del expediente sancionador. El TS ha señalado de forma reiterada que no estamos ante un acto de mero trámite, sino ante una decisión que puede afectar a la situación personal del interesado.⁵

¹ El Boletín es coordinado por Pablo Santolaya y Javier García Roca y han participado en la elaboración de los números citados: Miguel Pérez Moneo, María Díaz Crego, Ignacio García Vitoria, Guillermo Escobar y Encarnación Carmona, todos ellos miembros del Grupo de Investigación de Extranjería, Inmigración y Asilo formalizado en la Universidad de Alcalá.

² Aunque no es la única medida que se contempla en el art. 61 de la Ley de Extranjería, el internamiento es, sin duda, la más utilizada, frente a la residencia obligatoria o la retirada de pasaporte. Resulta novedosa la STS de 12 de mayo de 2008 (recurso núm. 4398/2004) porque examina la legalidad de una orden de alejamiento.

³ La AP de Santa Cruz de Tenerife ha declarado que la falta de competencia territorial del órgano que acuerda el internamiento no conlleva necesariamente la nulidad de la medida. Se argumenta que la nulidad de los actos judiciales ha de ser admitida con criterios restrictivos, sólo cuando se haya producido una indefensión material. No es suficiente la concurrencia de un defecto o trasgresión procesal, se exige además que como consecuencia del mismo se haya producido un menoscabo efectivo o denegación del derecho de defensa. Véanse los Autos de 8 de febrero de 2008 (recursos núm. 525/2007 y 545/2007).

⁴ Véanse, como ejemplo, los Autos de la AP Madrid núm. 134/2008, de 6 de marzo, y núm. 202/2008, de 12 de marzo.

⁵ Véanse en este sentido las SSTS de 20 de septiembre de 2007 (recurso núm. 10073/2003), 27 de septiembre de 2007 (recurso núm. 4755/2003), 25 de octubre de 2007 (recurso núm. 9008/2003), 31 de octubre de 2007 (recurso núm. 1999/2004), 22 de noviembre de 2007 (recurso núm. 5229/2004), 30 de noviembre de 2007 (recurso núm. 1725/2004), 8 de febrero de 2008 (recurso núm. 2083/2004), 17 de octubre de 2008 (recurso núm. 3246/2004) y 7 de noviembre de 2008 (recurso núm. 1697/2003).

El auto de internamiento puede ser apelado ante la Audiencia Provincial.⁶ Sin embargo, la eficacia de este recurso aparece comprometida por el hecho de que, en muchos casos, la orden de expulsión se ha ejecutado antes de que la Audiencia resuelva. En algunos casos, la estimación del recurso tiene un alcance meramente declarativo. Mientras que en otros se desestima el recurso por pérdida de su objeto.⁷

El deber de motivación

La medida de internamiento debe adoptarse mediante resolución judicial motivada, para garantizar el ejercicio del derecho de defensa y evitar que la medida tenga carácter arbitrario. La resolución judicial cumple con el requisito constitucional de la motivación cuando contiene las razones que el juzgador de instancia ha tenido en cuenta para adoptar el internamiento del recurrente.

La mayoría de las resoluciones desestiman las alegaciones de falta de motivación.⁸ Se declara que la resolución judicial cumple con el requisito constitucional de la motivación cuando expresa las razones que se han tenido en cuenta para adoptar el internamiento. Se explica que la medida es necesaria para el aseguramiento posterior de una posible expulsión del territorio nacional.

Proporcionalidad

El internamiento, como medida restrictiva de la libertad personal, se configura como una medida excepcional y de aplicación restringida, de tal modo que sólo ha de adoptarse en cuanto constituya el único medio razonablemente eficaz para asegurar la efectiva ejecución del acuerdo de expulsión. La decisión debe atender al princi-

⁶ En contra, la AP Santa Cruz de Tenerife ha sostenido que el ordenamiento jurídico no prevé la posibilidad de recurso frente a la decisión judicial de internamiento. Véase en este sentido, los Autos de 2 de mayo de 2008 (recursos núms. 810/2007, 875/2007, 965/2007, 985/2007, 1006/2007 y 1026/2007).

⁷ Son muchos los autos que declaran que el recurso ha quedado sin contenido como consecuencia de la expulsión del interesado. Véase, por ejemplo, el Auto de la AP Barcelona núm. 181/2008, de 15 de abril.

pio de proporcionalidad, lo que exige ponderar la situación legal y personal del extranjero y la probabilidad de su huida.

El internamiento resulta proporcionado cuando el extranjero está indocumentado y carece de domicilio conocido. Estas circunstancias hacen que exista un temor fundado a que la salida forzosa no pueda ser materialmente ejecutada. La retirada del pasaporte, la presentación periódica o la residencia forzosa no son medidas alternativas adecuadas para garantizar la localización de quienes no disponen si quiera de domicilio o documentación.⁹

EL ALCANCE DEL CONTROL JUDICIAL SE LIMITA AL EXAMEN DE LOS PRESUPUESTOS DEL INTERNAMIENTO SIN ENTRAR A VALORAR LA VALIDEZ DEL PROCEDIMIENTO DE EXPULSIÓN

En el extremo contrario, el internamiento es revocado cuando el recurrente acredita domicilio conocido y arraigo familiar, económico y social en nuestro país. Estas circunstancias aconsejan optar por medidas alternativas menos gravosas.¹⁰

Límite temporal

El internamiento debe acordarse por el tiempo imprescindible para el aseguramiento de la expulsión, sin que en nin-

⁸ Los Autos de la AP Madrid núm. 590/2007 de 23 de julio y núm. 3321/2007 de 3 de agosto admiten una motivación breve, sucinta, esquemática. En el mismo sentido, los Autos de la AP de Santa Cruz de Tenerife de 25 de enero (recurso núm. 1094/2007), 8 de febrero (recurso núm. 694/2007) y 15 de febrero de 2008 (recurso núm. 724/2007).

⁹ Véanse, entre otros muchos, los Autos de la AP Madrid núm. 525/2007 de 4 de septiembre, núm. 533/2007 de 6 de septiembre, núm. 649/2007 de 19 de septiembre, núm. 764/2007 de 12 de diciembre, núm. 31/2008 de 21 de enero, núm. 154/2008 de 5 de marzo, núm. 167/2008 de 10 de marzo, núm. 1005/2008 de 19 de marzo y núm. 353/2008 de 29 de mayo.

¹⁰ Así sucede, por ejemplo, en los Autos de la AP Madrid núm. 399/2007 de 5 de julio, núm. 568/2007 de 20 de julio, núm. 442/2007 de 11 de septiembre, núm. 1149/2007 de 7 de noviembre, núm. 1311/2007 de 26 de diciembre y núm. 207/2008 de 13 de marzo.

gún caso pueda exceder los cuarenta días, ni acordarse un nuevo internamiento por ninguna de las causas previstas en un mismo expediente.¹¹

3. LA DENEGACIÓN DE ENTRADA Y EL RETORNO

La orden de retorno se aplica a los extranjeros que no cumplan los requisitos para la entrada en territorio español previstos en el artículo 25 de la Ley de Extranjería. Contra la denegación de entrada –que según la jurisprudencia no tiene carácter sancionador– se puede recurrir ante la propia Administración y ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

EXISTE DISCREPANCIA ENTRE LAS SECCIONES DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TSJ DE MADRID ACERCA DE LA ADMISIÓN DE RECURSOS DE APELACIÓN EN PROCESOS RELACIONADOS CON LA DENEGACIÓN DE ENTRADA Y EL ACUERDO DE RETORNO

Debe destacarse que las diferentes Secciones de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ Madrid discrepan acerca de la admisibilidad del recurso de apelación. Existen dos enfoques opuestos acerca de si estos procesos –como el resto en materia de extranjería– deben considerarse de cuantía indeterminada, sin que se conozca ningún pronunciamiento expreso del Tribunal Supremo.

En contra del criterio tradicional de admitir los recursos de apelación están pronunciándose las Secciones 7.^a y 8.^a Se

argumenta que la denegación de entrada en España plantea un problema distinto a la expulsión, la denegación de permisos de residencia o la denegación de la exención de visado. Mientras en estos casos se planea el establecimiento de una situación de duración indeterminada en el tiempo, con perjuicios que son difíciles de cuantificar; la denegación de entrada sólo impide emprender un viaje turístico por España. Concluye que no puede considerarse que la cuantía del pleito sea indeterminada, porque puede calcularse en función del coste del billete de avión y, en su caso, de las reservas en hoteles.¹²

La Sección 3.^a de la misma Sala sigue el enfoque opuesto y sostiene que la cuantía es indeterminada. Se argumenta que la Administración ha denegado la entrada en España basándose en la falta de credibilidad de la finalidad turística de la estancia y la sospecha de que encubre una intención de permanencia prolongada con el objetivo de residir y trabajar en España. Sería incoherente –según la Sección 3.^a– mantener que el viaje no responde a una finalidad turística y valorar la cuantía del recurso en función de los gastos de viaje, estancia y retorno del recurrente.¹³ La Sección 1.^a sigue el mismo criterio. El Auto del TSJ de Madrid núm. 107/2008 de 18 de febrero (Sección 1.^a, recurso núm. 191/2008) sostiene que la finalidad del recurso contra la denegación de entrada no se agota en la reparación económica de los gastos derivados del retorno forzoso, sino que «vincula también la actividad administrativa al principio de soberanía nacional y al alcance del derecho de los no españoles a la libre circulación y entrada en España, conforme a los requisitos establecidos por la Leyes (art. 19 CE)». Ante esta situación, se prefiere admitir el recurso de apelación, para permitir la supervisión por parte del TSJ de las decisiones de denegación de entrada. Se argumenta

¹¹ Véanse, por ejemplo, el Auto de la AP Madrid núm. 572/2007 de 25 de octubre y los Autos de la AP Girona núm. 284/2007 de 20 de julio; núm. 329/2007 de 17 de septiembre y núm. 552/2007 de 6 de noviembre.

¹² Véanse entre otras muchas– las SSTSJ Madrid de 14 de septiembre de 2007 (recurso núm. 234/2007), 10 de enero de 2008 (recurso núm. 619/2007), 27 de marzo de 2008 (recurso núm. 59/2008) y 30 de mayo de 2008 (recurso núm. 277/2008). Todas ellas han sido dictadas por la Sección 7.^a e inadmitieron los recursos contra las Sentencias del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo por considerar que la cuantía es inferior al límite legalmente establecido de tres millones de pesetas (18.030,36 euros). En el

mismo sentido, la STSJ Madrid núm. 10/2008 de 9 de enero (recurso núm. 766/2007) recuerda que la Sección 8.^a se viene pronunciando en diversos autos y sentencias a favor de la inadmisión del recurso de apelación. Se razona que –en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo– el establecimiento de una segunda instancia es una opción legislativa. No se lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva porque el recurrente ya ha tenido una respuesta jurisdiccional por parte del Juzgado de Instancia.

¹³ En este sentido, pueden verse –entre otras– las SSTSJ Madrid de 21 de mayo (recurso núm. 406/2008) y 17 de junio de 2008 (recurso núm. 436/2008).

que el acuerdo de retorno al país de origen se adopta mediante un procedimiento sumario en el que con frecuencia se invocan por los interesados como vulnerados derechos constitucionales, por lo que debe hacerse una interpretación favorable a la eficacia del derecho a la tutela judicial efectiva.

Principio de contradicción

Como ya señalamos en ediciones anteriores del *Anuario de la inmigración*, destacan los problemas que plantea la falta de traslado al interesado de la propuesta de resolución. El TS ha establecido que esta omisión sólo es causa de anulación de la orden de retorno cuando origine indefensión por contener datos nuevos que sean relevantes para la resolución final.¹⁴ Por el contrario, se considera innecesario el traslado cuando contenga exclusivamente los hechos y las manifestaciones de las que el interesado tuvo conocimiento previamente en presencia de su abogado.¹⁵

Asistencia letrada

La STS de 22 de noviembre de 2007 (recurso núm. 6230/2002) estima el recurso de casación contra la resolución que inadmitió el recurso presentado por la letrada del interesado, designada por turno de oficio, frente a la resolución administrativa que ordenó su retorno a su país de origen. El escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo iba firmado por la abogada, pero se presentó sin intervención de procurador.

La Sentencia señala que el contenido material del derecho a la asistencia jurídica gratuita incluye la «defensa y

representación gratuitas por abogado y procurador en el procedimiento judicial, cuando la intervención de estos profesionales sea legalmente preceptiva o, cuando no siéndolo, sea expresamente requerida por el juzgado o tribunal mediante auto motivado para garantizar la igualdad de las partes en el proceso» (art. 6 apartado 3.º Ley 1/1996, de 10 de enero, sobre Asistencia Jurídica Gratuita). El TS sostiene que, en aplicación de los artículos 16 y 21 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, el órgano judicial debió decretar la suspensión del proceso y oficiar al Colegio a fin de que designara procurador.¹⁶

Motivación

El TS continúa estimando recursos de casación contra sentencias del TSJ de Madrid en las que se niega el derecho de los recurrentes a franquear la frontera y entrar en el territorio nacional. Se argumenta que la norma vigente en el momento de los hechos (Real Decreto 864/2001) no habilita a los funcionarios para requerir «de forma acrítica e incondicionada» la aportación de documentos justificativos del objeto y condiciones de la estancia prevista. La no presentación de esos documentos justificativos no puede amparar siempre una decisión de denegación de la entrada, sino sólo: i) cuando haya datos o circunstancias, y así se exprese razonadamente en la decisión, que levanten la sospecha de que el objeto y/o las condiciones de la estancia declarados no se corresponden con la realidad; y ii) cuando por su naturaleza o por su singularidad, sea usual que el viajero esté en posesión de documentos que justifiquen aquel objeto y/o aquellas condiciones.

El motivo que se esgrime para concluir que se ha vulnerado el requisito de la motivación es que la resolución que deniega la entrada en territorio nacional no expresa un razonamiento que, partiendo de datos o circunstancias determinados, justifique por qué se sospecha que el viaje no responde a una fi-

¹⁴ La STS de 13 de diciembre de 2007 (recurso núm. 2936/2004) ordena la retroacción de actuaciones en el expediente administrativo a fin de que se cumpla el trámite omitido. Véase en el mismo sentido, la STSJ Madrid de 2 de junio de 2008 (recurso núm. 346/2008).

¹⁵ Véanse las STS de 20 de septiembre (recurso núm. 1118/2004), 19 de octubre (recurso núm. 1141/2003), 31 de octubre (recurso núm. 2405/2004) y 23 de noviembre de 2007 (recurso núm. 2035/2004). Igualmente las SSTSJ Madrid de 24 de julio de 2007 (recurso núm. 2302/2003), 20 de noviembre de 2007 (recurso núm. 1872/2007), 30 de abril de 2008 (recurso núm. 201/2008) y 20 de mayo de 2008 (recurso núm. 152/2008).

¹⁶ En el mismo sentido, la STS de 25 de octubre de 2007 (recurso núm. 9607/2003). Sobre el mismo problema, pero con distinta solución, pueden verse —entre otras muchas— las SSTSJ de Madrid de 20 de septiembre (recurso núm. 553/2007), 27 de noviembre (recurso núm. 532/2007) y 29 de noviembre de 2007 (recurso núm. 538/2007).

nalidad turística. Se reitera que la ausencia de reserva hotelera y de programación de los lugares artísticos o culturales que se quiere visitar no es, por sí sola, razón suficiente para sospechar que la entrada en España no responde a una finalidad turística. Señala que no es nada infrecuente un viaje de turismo carente de programación, en el que las visitas y el hospedaje queden al albur de las informaciones que ya dentro del país puedan obtenerse, o de las apetencias que en cada momento puedan surgir ante las varias opciones que se presenten, o, en fin, a la eventualidad del propio discurrir del viaje. Se llama la atención sobre que la edad del viajero, el conocimiento del idioma del país de destino y los medios económicos son circunstancias que pueden alentar una decisión semejante.¹⁷

En otros casos, el TS considera que la Administración puede denegar la entrada en España al incluir en la motivación de la resolución algunas circunstancias que restan credibilidad a las condiciones de la estancia. Se trata de situaciones en las que la Administración pone de manifiesto incoherencias y contradicciones en las manifestaciones de la interesada. En la STS de 13 de diciembre de 2007 (recurso núm. 1620/2002) se valora la falsedad de los datos aportados por el interesado sobre el alojamiento previsto.¹⁸ Asimismo, cuando se detecta alguna manipulación de la documentación que aporta el viajero, el TS respalda la validez de la denegación de entrada basándose en que la Administración ha explicado suficientemente por qué consideró carente de verosimilitud la alegación de los interesados de que venía a España para hacer turismo.¹⁹

El TSJ de Madrid respalda en numerosas sentencias la denegación de la entrada en España basándose en la es-

casa verosimilitud de la finalidad turística del viaje. En algunas de ellas establece un diálogo crítico con la jurisprudencia del TS. El TSJ interpreta que el artículo 5.1.c del Convenio Schengen, que exige la acreditación documental del objeto del viaje «en su caso», deja a los estados miembros la determinación de cuándo han de exigirse «acreditamientos concretos». Se señala que las sentencias del Tribunal Supremo que han anulado resoluciones similares vienen referidas a la originaria redacción del artículo 23 de la LO 4/00 de 11 de enero, que no preveía tal exigencia. Sin embargo, la vigente redacción del artículo 25.1 de la Ley de Extranjería dice –utilizando el imperativo– que el extranjero que pretende entrar en el país «deberá presentar» los documentos que justifiquen el objeto y condiciones de estancia. Concluye que «ya no hay opción para exigirlo unas veces sí y otras no, sino que es el viajero a quien le incumbe acreditar que sus intenciones declaradas son ciertas y ello siempre que se pretenda entrar en España».²⁰

4. LA EXPULSIÓN DEL TERRITORIO ESPAÑOL

El problema de la delimitación de los supuestos que dan lugar a la expulsión se plantea de nuevo en varias sentencias del TS y de los TSJ. Por una parte, el TS continúa estimando recursos contra órdenes de expulsión por considerar que la Ley no prevé la expulsión en el caso de que la estancia en territorio español no haya sobrepasado los tres meses.²¹ Por otra, se revoca la expulsión de ciudadanos de nacionalidades búlgara y rumana como consecuencia de la incorporación de estos países a la Unión Europea (que conlleva el reconocimiento del

¹⁷ Véanse, por ejemplo, las SSTS de 31 de octubre de 2007 (recurso núm. 2415/2004), 23 de noviembre de 2007 (recurso núm. 2912/2004), 13 de diciembre de 2007 (recurso núm. 4594/2004) y 8 de febrero de 2008 (recurso núm. 3673/2004).

¹⁸ En el mismo sentido, las SSTS de 19 de octubre de 2007 (recurso núm. 1777/2004), 23 de noviembre de 2007 (recurso núm. 2941/2004), 31 de enero de 2008 (recurso núm. 3407/2004) y 22 de mayo de 2008 (recurso núm. 1407/2004).

¹⁹ Véanse las SSTS de 27 septiembre 2007 (Recurso núm. 1821/2004), 4 octubre 2007 (Recursos núm. 1844/2004 y 2059/2004) y 13 diciembre 2007 (Recurso núm. 3995/2004)

²⁰ Pueden verse, en este sentido, las SSTSJ de Madrid de 14 de septiembre (recurso núm. 476/2007) y 27 de noviembre (recursos núms. 602/2007 y 631/2007). En otras sentencias, el TSJ parece asumir la jurisprudencia del TS y trata de destacar la existencia de circunstancias en el caso concreto que permiten sospechar de la verosimilitud de la finalidad turística del viaje, tales como la falta de coherencia de las manifestaciones del interesado o la desproporción existente entre sus ingresos ordinarios y los elevados gastos de un viaje turístico. Véanse, entre otras muchas, las SSTSJ Madrid de 24 de julio de 2007 (recurso núm. 2302/2003), 20 de noviembre de 2007 (recurso núm. 1872/2007), 8 de enero de 2008 (Sentencia núm. 9/2008) y 14 de mayo de 2008 (recurso núm. 102/2008).

²¹ Véanse las SSTS de 27 de septiembre (recurso núm. 1830/2004) y 18 de octubre de 2007 (recurso núm. 2298/2004).

derecho a la libre circulación) y de la aplicación del principio de retroactividad de la ley más favorable en materia sancionadora.²² La solicitud previa de un permiso de residencia y trabajo es otro de los motivos frecuentes que llevan a los tribunales a anular la orden expulsión.²³

Derecho a conocer la identidad del instructor

Igual que en las anteriores ediciones de este *Anuario de la inmigración*, encontramos sentencias que señalan que la identificación del instructor mediante su «número de carné profesional» constituye una práctica censurable. Sin embargo, se concluye que éste defecto carece de relevancia invalidante. Se rechaza que el recurrente haya sufrido indefensión, porque el instructor ha notificado directamente al mismo el acuerdo de iniciación, lo que le ha permitido conocer su identidad en términos suficientes como para saber de la existencia de alguna relación entre el funcionario y el actor que pudiese afectar a su parcialidad.²⁴

Audiencia

Como ya destacamos en las ediciones anteriores del *Anuario de la inmigración*, surgen a menudo dudas respecto de la notificación de la propuesta de resolución. El artículo 63.2 de la Ley de Extranjería posibilita que el acuerdo de iniciación del procedimiento de expulsión pueda convertirse directamente en propuesta de resolución. Esta posibilidad se da en dos casos: i) cuando el interesado, o su representante, no efectúa alegaciones sobre el contenido de la propuesta; y ii) cuando éstas no son admitidas, de

forma motivada, por improcedentes o innecesarias. En estas condiciones, la propuesta de resolución no se notifica al inculpado, ni se concede un nuevo trámite de audiencia, sino que el expediente se remite a la autoridad competente para que lo resuelva.

La jurisprudencia ha aceptado que no sea preceptiva cuando el interesado no formula alegaciones sobre el boletín de denuncia que inicia el procedimiento. También cuando habiéndolas formulado, no se tengan en cuenta otros hechos, alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado.²⁵

LA INCORPORACIÓN DE RUMANIA Y BULGARIA A LA UNIÓN EUROPEA HA CONLLEVADO LA ANULACIÓN DE NUMEROSAS EXPULSIONES COMO CONSECUENCIA DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE RETROACTIVIDAD DE LA LEY MÁS FAVORABLE EN MATERIA SANCIONADORA

Por el contrario, la Administración debe notificarla cuando se introduzcan nuevos hechos respecto del acuerdo de iniciación que agraven la sanción. También cuando el interesado no hubiera recibido respuesta por parte del instructor acerca de las alegaciones presentadas y las pruebas propuestas con ocasión de la incoación del expediente sancionador.²⁶

²² Véanse las SSTS de 12 de febrero (recurso núm. 2525/2004), 13 de febrero (recurso núm. 2110/2004) y 10 de julio de 2008 (recurso núm. 11548/2004). En el mismo sentido, entre otras muchas, la STSJ Aragón de 18 de octubre de 2007 (recursos núms. 377/2006 y 379/2006), la STSJ de islas Baleares de 25 de julio de 2007 (recurso núm. 228/2007), la STSJ de Murcia de 26 de diciembre de 2007 (recurso núm. 3/2007), la STSJ de Navarra de 21 de septiembre de 2007 (recurso núm. 141/2007), la STSJ de la Comunidad Valenciana de 12 de julio de 2007 (recurso núm. 604/2006) o la STSJ de Cataluña de 10 de junio de 2008 (recurso núm. 1009/2006).

²³ Véase la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 4 de diciembre de 2007 (recurso núm. 243/2007), la STSJ de Navarra de 21 de septiembre de 2007 (recurso núm. 135/2007), la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 21 de mayo de 2008 (recurso núm. 248/2008) y las SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 14 de marzo (recurso núm. 502/2007) y 30 de mayo de 2008 (recurso núm. 1277/2007).

²⁴ En este sentido, por ejemplo, las SSTSJ de Andalucía (Sevilla) de 4 de octubre (recurso núm. 560/2003) y 11 de octubre de 2007 (recurso núm. 13/2006); y la STSJ de Andalucía (Granada) de 8 de octubre de 2007 (recurso núm. 254/2006).

²⁵ Así, por ejemplo, la STS de 19 de mayo de 2008 (recurso núm. 9878/2004) considera que no se produjo ninguna indefensión relevante para el interesado por el hecho de que no se le diera traslado de la propuesta de resolución. En el mismo sentido, entre otras, la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 19 de febrero de 2008 (recurso núm. 998/2003) y la STSJ de Murcia de 26 de mayo de 2008 (recurso núm. 749/2007).

²⁶ Véanse las SSTSJ de Andalucía (Sevilla) de 26 de octubre (recurso núm. 327/2005), 9 de noviembre (recurso núm. 81/2007) y 15 de noviembre de 2007 (recurso núm. 1188/2003). En el mismo sentido, la STSJ de Navarra de 7 de noviembre de 2008 (recurso núm. 240/2008).

Derecho a la prueba

La STS de 13 de febrero de 2008 (recurso núm. 2110/2004) aprecia la vulneración del artículo 24 CE en su dimensión de derecho a la prueba pertinente. El recurrente había solicitado la remisión de un informe por parte de la brigada policial de Extranjería acerca de su condición de testigo en relación con una red de tráfico de mano de obra ilegal. La Sentencia destaca que se trata de una prueba razonable, pertinente y adecuada a la finalidad que se trataba de alcanzar. Esta finalidad era acreditar los requisitos exigidos en el artículo 59 de la LO 4/00 para, en su caso, poder alcanzar la exención de responsabilidad administrativa.

EXISTE DISCREPANCIA ENTRE LOS TSJ RESPECTO A LA REPRESENTACIÓN PROCESAL DE LOS ABOGADOS DESIGNADOS POR EL TURNO DE OFICIO EN LOS RECURSOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS CONTRA LA EXPULSIÓN

La STSJ de Andalucía (Sevilla) de 8 de octubre de 2007 (recurso núm. 170/2006) señala que las consecuencias de la falta de práctica en el procedimiento administrativo de las pruebas propuestas por el interesado deben valorarse teniendo en cuenta su eventual incidencia en el fondo de la cuestión. El recurrente había solicitado la ratificación testifical de los agentes que procedieron a su detención y la Administración no resolvió al respecto. El TSJ opina que la Administración debió contestar expresamente, admitiéndola o denegándola, y en este caso motivando la causa de denegación. No obstante, desestima el recurso porque este vicio no ha provocado indefensión. Según el TSJ: «es evidente que la solicitud de ratificación de los agentes denunciadores, cuando ni tan siquiera se acredita la estancia regular en nuestro país de la actora, en absoluto hubiese motivado una

resolución distinta. Es más, la actora ni tan siquiera nos dice qué trataba de probar con la ratificación de los agentes».

La STSJ de Madrid de 24 de julio de 2008 (recurso núm. 876/2008) tampoco considera que la falta de notificación al interesado de forma motivada del rechazo de las pruebas deba conllevar la nulidad de la expulsión. El interesado había propuesto que se pidiera al Área de Trabajo de la Delegación de Gobierno de Madrid un certificado de la existencia de un expediente de solicitud de permiso de trabajo a su favor. El TSJ argumenta que la prueba propuesta era accesible para el propio interesado y la pudo aportar él mismo, sin que aduzca causa que se lo impidiera, por lo que –de acuerdo con el artículo 265.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil– no le era exigible a la Administración el acordar su petición.

Asistencia letrada

La STS de 19 de julio de 2007 (recurso núm. 1915/2004) aprecia una vulneración del derecho a la asistencia jurídica.²⁷ Según la relación de hechos probados, tras notificarse al interesado el acuerdo de iniciación del expediente sancionador (donde se le informaba de la posibilidad que le asistía de gozar de asistencia jurídica de oficio), éste presentó unas breves alegaciones manuscritas donde protestaba por no haber dispuesto de asistencia jurídica. La protesta no surgió efecto y continuó la tramitación sin desarrollarse ninguna iniciativa para garantizar al interesado esa asistencia de oficio que había reclamado y a la que tenía derecho.

Según el TS, se dejó al recurrente en una evidente situación de indefensión que no quedó sanada por la interposición del recurso de reposición. La Sentencia señala que, vistos los términos en que se redactó, parece razonable pensar que el interesado gozó de algún tipo de asesoramiento jurídico. Sin embargo, el TS considera que el asesoramiento puntual e informal a cargo de personas cuya identidad y titulación

²⁷ También se aprecia vulneración del derecho a la asistencia letrada en las SSTSJ de Castilla-La Mancha de 19 de septiembre de 2007 (recurso núm. 221/2006) y 11 de enero de 2008 (recurso núm. 277/2006). En ambas se hace

una interpretación favorable al ejercicio del derecho de asistencia jurídica respecto a personas que presentan sus escritos de alegaciones desde un centro penitenciario.

se desconoce no puede suplir la asistencia de un letrado de oficio a lo largo de la totalidad de la tramitación del expediente. El TS señala que la indefensión tampoco quedó sanada por la interposición y sostenimiento del recurso contencioso-administrativo, porque la exclusiva finalidad de éste fue denunciar la falta de asistencia letrada y no planteó alegaciones sobre la cuestión de fondo.

La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 11 de enero de 2008 (recurso núm. 292/2007) sostiene que la entrevista del extranjero sometido a procedimiento de expulsión con su letrado previa al momento de la audiencia no forma parte del derecho a la asistencia jurídica. Según el TSJ, debe tenerse presente que la declaración del interesado se realiza en un trámite absolutamente inicial del procedimiento administrativo, y sólo cuando la Administración ha hecho acumulación de las pruebas de cargo necesarias se da traslado al interesado para que organice su defensa.

Los mayores problemas se plantean en relación con el requisito de representación procesal para la interposición del recurso contencioso-administrativo, debido a la existencia de criterios dispares entre los Tribunales Superiores de Justicia. Algunas sentencias exigen que haya constancia de que la persona afectada por la resolución administrativa ha decidido interponer el recurso contencioso-administrativo. Esta voluntad debe manifestarse mediante la suscripción del escrito de interposición, mediante el otorgamiento de poder notarial o mediante apoderamiento *apud acta*.²⁸ También se afirma que el poder administrativo otorgado ante el funcionario policial sólo es válido ante la Administración, no ante los órganos jurisdiccionales, en los que la representación se halla sometida a unas especiales normas.²⁹

²⁸ Véanse las STSJ de Andalucía (Sevilla) de 8 de noviembre (recurso núm. 491/2007), 22 de noviembre (recurso núm. 497/2007), 13 de diciembre (recurso núm. 561/2007) y 20 de diciembre de 2007 (recurso núm. 567/2007). En el mismo sentido, entre otras muchas, las SSTSJ de Madrid de 31 de marzo (recursos núms. 14/2008, 24/2008 y 38/2008) y 3 de septiembre de 2008 (recurso núm. 595/2008).

²⁹ Véanse la STSJ de Cantabria de 14 de diciembre de 2007 (recurso núm. 142/2007) y las SSTSJ de Andalucía (Sevilla) de 8 de noviembre (recurso núm. 491/2007), 22 de noviembre (recurso núm. 497/2007), 13 de diciembre (recurso núm. 561/2007) y 20 de diciembre de 2007 (recurso núm. 567/2007).

Por el contrario, otras sentencias consideran que el abogado de oficio designado en la vía administrativa puede asumir las funciones de defensa y representación ante los juzgados de lo contencioso-administrativo. Según esta segunda línea jurisprudencial, la voluntad de recurrir del extranjero queda puesta de manifiesto por el mero hecho de solicitar asistencia jurídica gratuita, y la exigencia de apoderamiento expreso constituye un formalismo enervante no previsto por la Ley y carente de sentido, por lo que se considera vulnerado el derecho de acceso a los tribunales reconocido por el artículo 24 de la Constitución.³⁰

Asistencia de intérprete

La falta de intérprete pone en entredicho la validez de la actuación administrativa cuando tiene trascendencia concreta y real sobre las posibilidades de defensa. La alegación de que el interesado desconoce el castellano y de que debió requerirse la presencia de un intérprete no acarrea la nulidad del procedimiento sancionador cuando éste ha contado con asistencia letrada en el momento de la notificación del acuerdo de incoación del expediente. La asistencia letrada supone una garantía de que el interesado comprende el contenido del procedimiento sancionador y constituye un medio a través del cual puede pedirse o reiterarse la asistencia de un intérprete.³¹

La STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, núm. 206/2007 de 8 de noviembre, considera que se ha respetado el derecho a contar con intérprete, aunque en el atestado policial incorporado al expediente administrativo existe una diligencia que se extendió «para hacer constar que, por error involuntario, en dos de las declaraciones de los detenidos no figura el nombre de la persona que hace de intérprete, a

³⁰ Véanse las STSJ de Andalucía (Sevilla) de 20 de septiembre (recurso núm. 416/2007), 19 de octubre (recurso núm. 71/2007), 2 de noviembre (recurso núm. 72/2007), 16 de noviembre (recursos núms. 36/2004, 166/2004, 135/2006, 317/2006, 318/2006, 337/2006, 56/2007, 220/2007 y 222/2007) y 23 de noviembre de 2007 (recurso núm. 596/2006). Puede verse también la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 9 de octubre de 2007 (recurso núm. 230/2007).

³¹ Véase la STSJ de Aragón de 20 de noviembre de 2008 (recurso núm. 147/2008).

pesar de estar firmada por él mismo». La Sentencia resuelve que no se produjo indefensión.

Non bis in idem

El TS reitera que el principio «non bis in idem» no impide que una condena penal por delito doloso pueda ser considerada también causa de expulsión del territorio nacional. Aunque los mismos hechos dan lugar al proceso penal y al expediente administrativo de expulsión, los bienes jurídicos protegidos son diferentes. Sin embargo, la regla de subordinación de la Administración a la actuación jurisdiccional en cuanto a la apreciación de los hechos determina la paralización del procedimiento sancionador, pues la Administración no puede pronunciarse hasta que lo haya hecho la Jurisdicción.³²

Motivación

El TS destaca –como venimos reiterando en las ediciones anteriores del *Anuario de la inmigración*– la obligación de justificar la necesidad de la expulsión. Sostiene que la multa es la «sanción principal» en el caso de la infracción del artículo 53.a) de la Ley. El hecho de encontrarse en España desde hace más de tres meses en situación irregular está castigado –en primer lugar– con la sanción de multa. La expulsión, en cuanto sanción más grave y secundaria, requiere una motivación específica, distinta o complementaria de la pura permanencia ilegal. Según el artículo 55.3 (que alude a la graduación de las sanciones y resulta aplicable también entre multa y expulsión), la Administración ha de explicar, si impone la expulsión, cuáles son las razones de proporcionalidad que concurren para la expulsión y prohibición de entrada, al ser más grave que la multa.

³² Véase la STS de 31 de octubre de 2007 (recurso núm. 709/2004). En el mismo sentido, las SSTSJ de Castilla y León (Burgos) de 14 de septiembre de 2007 (recurso núm. 114/2007).

³³ Véanse las SSTS de 19 de julio (recursos núm. 1815/2004 y 1932/2004), 27 de septiembre (recurso núm. 2242/2004), 28 de septiembre (recurso núm. 2249/2004) y 31 de octubre (recurso núm. 2226/2004) y 19 de diciembre de 2007 (recurso núm. 785/2004). De fecha posterior son las SSTS de 24 de junio (recurso núm. 1320/2005) y 28 de noviembre de 2008 (recurso núm. 9581/2003).

³⁴ Véanse las SSTS de 31 de enero de 2008 (recursos núms. 5748/2004) y 27 de mayo de 2008 (recurso núm. 5853/2004).

En la práctica, el TS distingue dos situaciones en cuanto al deber de motivar la elección entre la multa y la expulsión:

a. Cuando la causa de expulsión es, pura y simplemente, la permanencia ilegal, sin otros hechos negativos, es claro que la Administración habrá de motivar de forma expresa por qué acude a la sanción de expulsión, ya que la permanencia ilegal, en principio, se sanciona con multa.³³

b. En los supuestos en que en el expediente administrativo consten, además de la permanencia ilegal, otros datos negativos sobre la conducta del interesado o sus circunstancias, y esos datos sean de tal entidad que, unidos a la permanencia ilegal, justifiquen la expulsión, no dejará ésta de estar motivada porque no se haga mención de ellos en la propia resolución sancionadora. Dicho de otra manera, no se exige que la motivación sobre la necesidad de la expulsión conste en la resolución misma, siendo posible también apreciar las circunstancias jurídicas o fácticas que se reflejan en el expediente administrativo. La expulsión se considera motivada cuando en el expediente se hace referencia a la situación de indocumentación del extranjero (por lo que no consta su verdadera identificación y filiación), a la entrada irregular en territorio español o a la utilización de un pasaporte falso.³⁴

La jurisprudencia del TS ha sido asumida de forma progresiva por todos los TSJ, a pesar de las primeras reticencias. Son minoría los TSJ que se siguen pronunciado en contra de la caracterización de la expulsión como una sanción más grave y secundaria respecto de la multa.³⁵

³⁵ Entre las sentencias que no exigen una motivación más intensa para la expulsión, podemos citar las SSTSJ de Madrid de 17 de septiembre de 2007 (recursos núms. 184/2007 y 186/2007), 27 de septiembre de 2007 (recurso núm. 366/2007) y 26 de febrero de 2008 (recurso núm. 722/2007); las SSTSJ de Andalucía (Sevilla) de 17 de septiembre de 2007 (recurso núm. 1090/2002) y 22 de febrero de 2008 (recurso núm. 93/2007); la STSJ de Cataluña de 12 de noviembre de 2007 (recurso núm. 3/2004); y las SSTSJ de Galicia de 16 y 23 de julio de 2008 (recursos núms. 43/2008 y 62/2008 respectivamente).

Proporcionalidad

La imposición de la expulsión en el caso previsto en el artículo 53.a) de la Ley está supeditada al principio de proporcionalidad. Para valorarla se tiene en cuenta el grado de culpabilidad del infractor y, en su caso, el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su trascendencia.

La entrada en España fuera de los puestos habilitados al efecto o la ausencia de documentación de identidad son las circunstancias que más habitualmente justifican la expulsión. Se aprecia que existe una actuación dolosa, o al menos gravemente imprudente, que frustra la exigencia legal de que la movilidad migratoria se sujete a la previa intervención administrativa.³⁶

La expulsión también se considera proporcionada en el caso de que el interesado haya sido condenado por la comisión de algún delito.³⁷ Debemos advertir de que el TS viene sosteniendo –desde la importante STS de 29 de septiembre de 2006 (comentada en la edición de 2008 de este *Anuario de la inmigración*)– que el principio de presunción de inocencia impide tomar en consideración los antecedentes policiales como justificación de la elección de la expulsión cuando se desconoce su resultado final, porque es posible que las actuaciones policiales no hayan

desembocado en actuaciones judiciales o que éstas hayan terminado sin ninguna condena. Si la Administración sancionadora quiere fundar en esas actuaciones policiales o judiciales la expulsión que decreta, ha de averiguar cuál fue su resultado y dejar constancia de ello en el expediente administrativo.³⁸ Esta jurisprudencia del TS no está siendo aplicada en algunas sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia, que siguen teniendo en cuenta simples antecedentes policiales para declarar la proporcionalidad de la expulsión.³⁹

Por el contrario, la expulsión se considera desproporcionada –de forma reiterada– cuando la salida del territorio nacional perjudica gravemente la vida personal y familiar del recurrente como consecuencia de su arraigo social y familiar en España. Sin embargo, son mayoría las resoluciones en las que se desestima la falta de proporcionalidad de la expulsión porque el recurrente no prueba la existencia de arraigo.⁴⁰

La apreciación de la existencia de arraigo resulta eminentemente casuística. El arraigo familiar suele basarse en la convivencia estable con una pareja que reside legalmente⁴¹ o en el cuidado de hijos menores de nacionalidad española.⁴² Se puede apreciar arraigo laboral como consecuencia de la concesión en el pasado de permisos de trabajo⁴³ o de la existencia de sucesivos contratos de trabajo acreditados a través del Informe de Vida Laboral emitido por la Tesorería General de la Seguridad Social.⁴⁴

36 Véanse las SSTS de 5 de julio (recurso núm. 1060/2004), 28 de septiembre (recurso núm. 2344/2004), 23 de octubre (recurso núm. 1624/2004) y 26 de diciembre de 2007 (recurso núm. 3573/2004). Siguen esta misma línea, entre otras muchas, la SSTSJ de Madrid de 23 de noviembre de 2007 (recurso núm. 575/2007); las SSTSJ de Andalucía (Sevilla) de 11 de octubre (recurso núm. 441/2007) y 18 de octubre de 2007 (recurso núm. 447/2007); y la STSJ de islas Baleares de 28 de diciembre de 2007 (Sentencia núm. 1066/2007).

37 Véase, entre otras muchas, la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 13 de julio de 2007 (recurso núm. 184/2006); las SSTSJ de Castilla y León (Valladolid) de 31 de julio (recurso núm. 75/2006) y 31 de octubre de 2007 (recurso núm. 330/2006); la STSJ de Cantabria de 20 de septiembre de 2007 (recurso núm. 89/2006); la STSJ de Castilla-La Mancha de 24 de julio de 2007 (recurso núm. 130/2005); la STSJ de La Rioja de 19 de diciembre de 2007 (recurso núm. 219/2006); y la STSJ de Aragón de 23 de octubre de 2008 (recurso núm. 134/2008).

38 Véase la STS de 4 de octubre de 2007 (recurso núm. 8959/2003).

39 Véanse, por ejemplo, la STSJ de Cantabria de 21 de diciembre de 2007 (recurso núm. 179/2007); la STSJ de islas Baleares de 23 de octubre de 2007 (recurso núm. 283/2007); la STSJ de la Comunidad Valenciana de 20 de octubre de 2008 (recurso núm. 1748/2007); y las SSTSJ de Madrid de 3 de abril (recurso núm. 36/2008) y 6 de noviembre de 2008 (recurso núm. 1231/2002).

40 Véanse, como ejemplos de una posición restrictiva respecto al arraigo, la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 27 de septiembre de 2007 (recurso núm. 387/2007), la STSJ de Cantabria de 11 de diciembre de 2007 (recurso núm. 149/2007), la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 13 de diciembre de 2007 (recurso núm. 356/2007) y la STSJ de Extremadura de 15 de abril de 2008 (recurso núm. 173/2007).

41 Véase la STSJ de Murcia de 27 de diciembre de 2007 (recurso núm. 463/2007).

42 Las SSTSJ de Navarra de 20 de septiembre (recurso núm. 123/2007) y 3 de octubre de 2007 (recurso núm. 51/2007).

43 Véase la STSJ de Madrid de 25 de octubre de 2007 (recurso núm. 378/20042) y la STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 25 de febrero de 2008 (recurso núm. 155/2007).

44 Véanse la STSJ de Murcia de 27 de diciembre de 2007 (recurso núm. 474/2007) y la STSJ de Cataluña de 9 de julio de 2008 (recurso núm. 20/2007).

Junto a los anteriores criterios, que tienen aplicación muy amplia, encontramos un elevado grado de inseguridad en la valoración de la proporcionalidad de la expulsión por parte de la jurisprudencia. La ausencia de intentos de regularización,⁴⁵ la falta de acreditación de medios de vida,⁴⁶ la falta de arraigo⁴⁷ o la exclusión social y laboral del extranjero⁴⁸ son circunstancias que –según algunas sentencias– agravan la situación de estancia irregular y justifican la expulsión. Obsérvese cómo en estas sentencias no se utiliza el arraigo como un factor que impide la expulsión, sino que se invierten los términos y se tiene en cuenta la falta de arraigo como una circunstancia que justifica la expulsión. En contra de esta línea jurisprudencial, otros Tribunales Superiores de Justicia sostienen que la situación de falta de arraigo no puede ser asimilada con la existencia de datos negativos que justifiquen la medida de expulsión.⁴⁹

Notificación

Debemos reiterar que la Administración no puede proceder a publicar la resolución de expulsión en el Boletín Oficial de la Provincia sin intentar previamente notificar el acto al interesado en el domicilio de su letrado, cuando éste ha sido señalado para la práctica de las notificaciones. En estos casos, aunque la resolución se dicte dentro del plazo de seis meses, se considera que no es

notificada en él, por lo que se declara la caducidad del expediente.⁵⁰

La suspensión cautelar de la expulsión

La ejecución inmediata de la orden de expulsión constituye la regla general. El motivo es que la suspensión de los acuerdos de expulsión es susceptible de causar graves perjuicios al interés general porque se paraliza la política administrativa de control de la inmigración. Sobre la parte que solicita la medida cautelar pesa la carga procesal de aportar elementos de juicio que permitan sustentar la necesidad de la suspensión.⁵¹

La causa que más frecuentemente se invoca para solicitar la suspensión cautelar es el peligro de ruptura del arraigo familiar y laboral del extranjero como consecuencia de la ejecución de la expulsión y del retraso de la emisión del fallo definitivo (*periculum in mora*). Son muy numerosas las sentencias que desestiman el recurso con el argumento de que el recurrente no ha aportado datos fácticos que acrediten de forma mínima la existencia de arraigo, «pese a que, evidentemente, era carga de él mismo hacerlo».⁵² Se reitera que la estancia prolongada en el país, por sí sola, no conlleva ninguna situación de arraigo que deba ser

45 Véanse la STSJ de Galicia de 18 de marzo de 2008 (recurso núm. 482/2007); la STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 3 de junio de 2008 (recurso núm. 80/2008); las SSTSJ de Navarra de 6 de junio (recursos núms. 93/2008 y 111/2008) y 20 de junio de 2008 (recurso núm. 136/2008); la STSJ de Galicia de 17 de diciembre de 2008 (recurso núm. 136/2008); y las SSTSJ de Cantabria de 9 de mayo (recurso núm. 34/2008), 19 de mayo (recurso núm. 37/2008), 27 de mayo (recurso núm. 5/2008) y 5 de diciembre de 2008 (recurso núm. 214/2008).

46 Véanse las SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 13 de mayo (recurso núm. 107/2007) y 10 de noviembre de 2008 (recurso núm. 1799/2007); y la STSJ de Cantabria de 31 de julio de 2008 (recurso núm. 106/2008).

47 Véanse, por ejemplo, las SSTSJ de Castilla y León (Valladolid) de 8 de mayo (recurso núm. 395/2007) y 26 de mayo de 2008 (recurso núm. 561/2007).

48 Véanse, entre otras muchas, las SSTSJ de Cantabria de 8 de enero (recurso núm. 159/2007), 11 de marzo (recurso núm. 295/2007), 6 de mayo (recurso núm. 12/2008) y 14 de mayo de 2008 (recurso núm. 38/2008).

49 Véanse la STSJ de Aragón de 14 de abril de 2008 (recurso núm. 390/2007) o las SSTSJ de islas Baleares de 16 de enero (recursos núms. 427/2007, 449/2007 y 459/2007) y 25 de septiembre de 2008 (recurso núm. 167/2008).

50 Véanse las SSTSJ de Andalucía (Sevilla) de 21 de septiembre (recurso núm. 1016/2003), 7 de noviembre (recurso núm. 418/2003), 8 de noviembre (recurso núm. 458/2003) y 29 de noviembre de 2007 (recurso núm. 416/2003); de 13 de febrero (recurso núm. 1385/2003), 27 de marzo (recursos núms. 771/2003 y 1108/2003) y 17 de abril de 2008 (recurso núm. 1186/2003).

51 En aplicación de esta doctrina, se rechaza la adopción de la medida cautelar, entre otras muchas resoluciones, la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 11 de octubre (recurso núm. 415/2006); la STSJ de Aragón de 26 de diciembre (recurso núm. 287/2007); la STSJ de Cantabria de 18 de octubre (recurso núm. 102/2007); la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 4 de diciembre (recurso núm. 308/2007); la STSJ de la Comunidad Valenciana de 16 de octubre (recurso núm. 1283/2006); la STSJ de Navarra de 27 de noviembre (recurso núm. 204/2007); la STSJ de Murcia de 28 de diciembre (recurso núm. 666/2007); y la STSJ de Madrid de 22 de octubre (recurso núm. 439/2007). Se trata tan sólo de una pequeña muestra de la avalancha de resoluciones dictadas en el segundo semestre de 2007 que desestiman las medidas cautelares con una motivación idéntica.

52 Véanse, como muestra, las SSTS de 23 de noviembre de 2007 (recurso núm. 6774/2003) y 31 de enero de 2008 (recurso núm. 8204/2003). Esta última Sentencia reitera que el uso de modelos normalizados, en que aparezcan ya incorporados determinados textos o argumentos de común aplicación, responde a una técnica de racionalización del trabajo que no puede calificarse apriorísticamente de reprochable, siempre y cuando se dé respuesta a todos los aspectos de la petición cautelar.

protegida.⁵³ El cuidado de menores que no tienen la nacionalidad española tampoco permite apreciar una situación de arraigo familiar.⁵⁴

Por el contrario, entre las sentencias que acceden a suspender cautelarmente la expulsión, podemos destacar las que se basan en la convivencia con familiares españoles o con residencia legal. Los casos más frecuentes se refieren a vínculos con cónyuges (o parejas de hecho) e hijos,⁵⁵ pero también hay algunas resoluciones que se basan en la convivencia con hermanos.⁵⁶ Asimismo, encontramos sentencias que fundan la suspensión cautelar en el arraigo laboral.⁵⁷

Respecto de la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), la STSJ de Cantabria de 27 de febrero de 2008 (recurso núm. 236/2007) sostiene que no cabe invocar esta doctrina jurisprudencial como motivo único de la suspensión, pues la apariencia de buen derecho sólo puede resultar determinante cuando resulte *ab initio* de una manifiesta evidencia la apariencia de lesión a la legalidad cometida por la Administración o cuando el acto haya recaído en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general que haya sido previamente declarada nula o cuando se impugna un acto o una disposición idénticos a otros que ya fueron jurisdiccionalmente anulados. Al margen de estos supuestos, señala

53 En este sentido –entre otras– la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 25 de septiembre de 2007 (recurso núm. 144/2007) y la STSJ de Cataluña de 27 de junio de 2008 (recursos núms. 220/07 y 69/2008). El arraigo se define, según la primera de las Sentencias citadas como la existencia de un «proyecto de vida en España con un mínimo de estabilidad y permanencia, dentro del marco habitual y propio de desarrollo de relaciones que crean vínculos legítimos de vinculación social». Se señala que la estancia en España durante un año y medio no significa por sí misma la existencia de arraigo.

54 Véanse la STSJ de Castilla-La Mancha de 11 de abril de 2008 (recurso núm. 98/2007) y la STSJ de Galicia de 25 de junio (recurso núm. 16/2008).

55 Véanse las SSTSJ de Castilla-La Mancha de 28 de septiembre (recurso núm. 143/2007) y 28 de diciembre de 2007 (recurso núm. 237/2007); la STSJ de Madrid de 8 de mayo de 2008 (recurso núm. 77/2008); la STSJ de Cantabria de 29 de febrero de 2008 (recurso núm. 270/2007); la STSJ de Murcia de 25 de enero de 2008 (recurso núm. 437/2007); las SSTSJ de Asturias de 11 de enero (recurso núm. 263/2007) y 31 de enero de 2008 (recurso núm. 289/2007); y la STSJ de la Comunidad Valenciana de 19 de julio de 2008 (recurso núm. 1222/2007).

56 Véanse la STSJ de Aragón de 28 de septiembre de 2007 (recurso núm. 169/2007), la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 14 de septiembre de 2007 (recurso núm. 348/2006), la STSJ de Asturias de 11 de febrero (recurso núm. 333/2007) y la STSJ de Murcia de 18 de abril (recurso núm. 846/2007).

esta Sentencia, la apariencia de buen derecho sólo puede ser un factor importante siempre que concurra la existencia de daños o perjuicios irreparables o de difícil reparación.⁵⁸

Si se examinan las resoluciones que acceden a la suspensión cautelar, observamos que se atribuye al recurso interpuesto contra la orden de expulsión muchas probabilidades de prosperar –por falta de motivación– en los casos en los que no hay reflejo en la resolución ni en el expediente de otro hecho infractor que la carencia de permiso de estancia o residencia legal en España.⁵⁹ También cuando consta la existencia de una solicitud de regularización sin resolver que se presentó antes de la orden de expulsión.⁶⁰ Por último, podemos destacar cómo se suspende la ejecución de las expulsiones contra ciudadanos rumanos y búlgaros como consecuencia de la adhesión de estos países a la Unión Europea.⁶¹

5. LA DEVOLUCIÓN

La STSJ Canarias (Las Palmas) de 1 de octubre de 2007 (recurso núm. 69/2007) analiza la validez de la resolución de la Subdelegación del Gobierno que acordó la devolución del recurrente al amparo del artículo 58.2 de la Ley de Extranjería, al constarle una prohibición de entrada en España como consecuencia de la imposición de una

57 STSJ de Andalucía (Sevilla) de 10 de octubre de 2007 (recurso núm. 344/2007).

58 En el mismo sentido, la STSJ de Cantabria de 25 febrero de 2008 (recurso núm. 206/2007).

59 Véanse la STSJ de Madrid de 13 de diciembre de 2007 (recurso núm. 593/2007); las STSJ de Castilla y León (Burgos) núm. 414/2007 de 13 de septiembre y núm. 456/2007 de 5 de octubre de 2007; la STSJ Castilla-La Mancha de 19 de diciembre de 2007 (recurso núm. 201/2007); las SSTSJ de La Rioja de 31 de octubre (recurso núm. 163/2007) y 2 de noviembre de 2007 (recursos núms. 164/2007 y 167/2007) y la STSJ de la Comunidad Valenciana de 13 de septiembre (recurso núm. 1021/2006). En el mismo sentido, las STSJ Madrid de 5 de mayo (recurso núm. 134/2008) y 14 de mayo de 2008 (recurso núm. 459/2008); las SSTSJ de Asturias de 25 de abril (recurso núm. 270/2007) y 12 de mayo de 2008 (recurso núm. 287/2007); y las SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 10 de enero (recurso núm. 1202/2006) y 14 de mayo de 2008 (recurso núm. 28/2007).

60 Véanse la STS de 7 de febrero de 2008 (recurso núm. 5052/2004) y la STSJ de la Comunidad Valenciana de 18 de abril de 2008 (recurso núm. 1622/2006).

61 Véase la STS de 6 de marzo de 2008 (recurso núm. 3201/2004). En el mismo sentido, entre otras, la STSJ de Murcia de 14 de marzo de 2008 (recurso núm. 713/2006) y la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 14 de noviembre de 2008 (recurso núm. 136/2007).

primera sanción de expulsión. La sentencia de instancia consideró que dicha resolución era plenamente ajustada a derecho, toda vez que el actor no acreditó que no se hubiese ejecutado la sanción de expulsión impuesta en su día. Por el contrario, el TSJ declara ilegal la devolución porque considera que corresponde a la Administración acreditar que se ejecutó la expulsión. En consecuencia, entiende que no concurre el supuesto de hecho para la medida de devolución, que sólo se puede adoptar cuando se haya quebrantado la prohibición de entrada en España.

La STSJ de la Comunidad Valenciana de 27 de junio de 2008 (recurso núm. 355/2007) declara que la devolución a sus países de origen de 17 polizones llegados a bordo de un buque ha vulnerado el derecho fundamental de defensa previsto en el artículo 24.2 de la CE. Se toma como parámetro de control la Instrucción de fecha 9 de abril de 2002, de la Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración, sobre tratamiento de polizones extranjeros. Según esta instrucción, «la asistencia letrada será proporcionada únicamente cuando el polizón manifieste su intención de entrar en territorio español o demande la protección del Estado español». A pesar de que los polizones manifestaron su voluntad de entrar en España, se actuó sin ofrecer a los polizones asistencia letrada y sin serles tramitado el preceptivo procedimiento de devolución.

6. REPATRIACIÓN DE MENORES

Los menores no acompañados sólo pueden ser objeto de la medida de repatriación prevista en el artículo 35 de la Ley de Extranjería. Según este artículo y el artículo 92.4 del RD 2393/2004, la autoridad gubernativa debe resolver –conforme al principio de reagrupación familiar del menor, después de oír al menor y previo informe de los servicios

de protección de menores– lo que proceda sobre el retorno a su país de origen o aquél donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto, sobre su permanencia en España.

Para proceder a la repatriación del menor se exige localizar a los familiares de los menores o, en su defecto, contactar con los servicios de protección de menores del país de origen.⁶² La STSJ de Castilla-La Mancha de 4 de diciembre de 2007 (recurso núm. 202/2006) advierte de que la resolución de repatriación ha de ser notificada al interesado y que no basta con la notificación practicada a quien ostenta su tutela (los servicios sociales autonómicos), porque dicho órgano y el menor manifiestan «intereses total y diametralmente contrapuestos».⁶³

La STSJ Andalucía (Málaga) de 23 de septiembre de 2008 (recurso núm. 853/2002) tiene alguna particularidad que merece ser reseñada. La Sentencia constata la existencia de múltiples y graves defectos en la repatriación de un menor (no se puso en conocimiento del Ministerio Fiscal, se omitieron las necesarias gestiones para localizar a la familia o contactar con los servicios de protección de menores en su país de origen y tampoco se recabó el informe sobre la situación familiar del menor). Sin embargo, como la repatriación ya se ejecutó y en el momento de dictarse sentencia el interesado es mayor de edad, el TSJ resuelve que el recurso ha perdido su objeto y procede su desestimación.

La STSJ de Madrid de 29 de enero de 2008 (recurso núm. 661/2007) declara que las eventuales infracciones en el procedimiento administrativo (como la falta de audiencia al menor, la omisión del informe sobre sus circunstancias personales, sociales y familiares o la omisión de la notificación al mismo de la resolución de repatriación) no constituyen vulneraciones del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Se razona que, de acuerdo con la jurisprudencia del TC, el ámbito propio

⁶² Véanse las SSTSJ de Castilla-La Mancha de 10 de octubre de 2007 (recurso núm. 197/2006 y 198/2006). La resolución de repatriación es anulada en la STSJ de Cantabria de 31 de julio de 2007 (recurso núm. 104/2007) y la STSJ de Castilla-La Mancha de 19 de diciembre de 2007 (recurso núm. 185/2006).

⁶³ En el mismo sentido, la STSJ de Castilla-La Mancha de 10 de abril de 2008 (recurso núm. 215/2006).

del derecho fundamental reconocido en el artículo 24 CE se circunscribe a la actuación de los jueces y tribunales, pero no se extiende a la actuación de la Administración. Tan sólo se extienden algunas de las garantías que se contienen en el apartado segundo de dicho precepto (presunción de inocencia, derecho a la prueba, información de la acusación, etc.) al procedimiento administrativo sancionador. El TSJ concluye que los defectos alegados por el recurrente deben tratarse como cuestiones de legalidad ordinaria que pueden ser controladas por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, pero no a través del procedimiento preferente y sumario previsto en el artículo 53.2 CE. No obstante, se apunta a que las citadas infracciones procedimentales podrían «no resultar ajenas» a otros derechos fundamentales no invocados por el recurrente.

Acerca de la incidencia de las garantías del procedimiento en la protección de otros derechos fundamentales, podemos destacar la STSJ de Cantabria de 31 de julio de 2007 (recurso núm. 104/2007). Esta Sentencia declara que la repatriación de un menor sin cerciorarse de que será acogido, familiar u oficialmente, supone un riesgo potencial relevante para el derecho a la integridad moral del menor, reconocido en el artículo 15 CE. Por el contrario, la STSJ de Madrid de 4 de marzo de 2008 (recurso núm. 294/2007) matiza que la repatriación sólo vulnerará el derecho fundamental a la integridad física y moral cuando se acredite un peligro o riesgo cierto o relevante. En el caso concreto, se considera que no existen indicios de que el menor vaya a ser agredido por la propia policía de Marruecos.⁶⁴

⁶⁴ También se rechaza la vulneración del artículo 17.3 de la CE, que garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales. El hecho de que el menor sea conducido a dependencias policiales para poder ejecutar la repatriación no constituye un supuesto de detención gubernativa. Según el TSJ, se trata de una medida de compulsión sobre las personas. Si ello fuera contrario al precepto constitucional que se cita –argumenta la Sentencia– «no se podría ejecutar ninguna expulsión, desahucios administrativos, disoluciones de grupos de manifestantes violentos, etc.». La sentencia tampoco aprecia que la actuación administrativa impugnada vulnere en modo alguno el derecho a la intimidad personal y familiar, porque este derecho se encuentra delimitado por los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos.

La suspensión cautelar de la repatriación puede apoyarse en el incumplimiento de alguno de los anteriores trámites procedimentales⁶⁵ o en la existencia de indicios de arraigo.⁶⁶

⁶⁵ Véanse la STSJ de Cantabria de 20 de julio de 2007 (recurso núm. 354/2006) y la STSJ de Madrid de 6 de noviembre de 2007 (recurso núm. 243/2007).

⁶⁶ Véanse las STSJ de Madrid de 9 de octubre de 2007 (recurso núm. 461/2007), 23 de noviembre de 2007 (recurso núm. 594/2007) y 29 de febrero de 2008 (recurso núm. 614/2007).