

## **Pablo Santolaya Machetti**

Catedrático de Derecho Constitucional de la  
Universidad de Alcalá

## **Ignacio García Vitoria**

Profesor Ayudante de Derecho Constitucional de la  
Universidad de Valladolid

# **LAS GARANTÍAS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE LOS EXTRANJEROS EN LA JURISPRUDENCIA (JULIO 2005-JUNIO 2006)**

- 1.** El internamiento preventivo en centros no penitenciarios.
  - El deber de motivación.
  - La proporcionalidad del internamiento.
- 2.** La denegación de entrada y el retorno.
  - Principio de contradicción.
  - Asistencia letrada.
  - Motivación.
  - Suspensión cautelar de la orden de retorno.
  - Acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa.
- 3.** La expulsión del territorio español.
  - Tipicidad.
  - Derecho a conocer la identidad del instructor.
  - Notificación de la propuesta de resolución.
  - Asistencia letrada.
  - Asistencia de intérprete.
  - Non bis in ídem.
  - Prohibición de expulsiones colectivas.
  - Expulsión de menores.
  - Motivación.
  - Proporcionalidad.
  - Notificación.
  - Acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa.
  - La suspensión cautelar de la expulsión.
- 4.** La devolución.

El objeto de este estudio es examinar el tratamiento jurisprudencial de las garantías previstas en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante Ley de Extranjería o simplemente la Ley), en particular en los procedimientos en los que se restringe la libertad de cada persona para entrar y circular por el territorio nacional, atendiendo, sobre todo, al internamiento, la denegación de entrada y los procedimientos de expulsión y retorno en el período comprendido entre julio de 2005 y junio de 2006.

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), la Audiencia Nacional (AN) 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 su realización, y como documento base, hemos empleado los números 5 y 6 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.<sup>1</sup> Agradecemos al Ministerio la autorización para esta publicación.

## 1. EL INTERNAMIENTO PREVENTIVO EN CENTROS NO PENITENCIARIOS

El internamiento preventivo se articula como una medida cautelar para asegurar la eficacia de la resolución de expulsión del territorio español. Aunque no es la única medida que se contempla en el artículo 61 de la Ley de Extranjería, el internamiento es, sin duda, la más utilizada, frente a la residencia obligatoria o la retirada de pasaporte.<sup>2</sup> A diferencia de las demás, se trata de una medida judicial, pudiendo el instructor únicamente solicitarla al juez como medida cautelar en tanto se tramita el expediente. El órgano judicial actúa como “juez de garantías” y examina la apariencia de legalidad de la medida que solicita la Administración.<sup>3</sup>

Puede acordarse de forma simultánea o con posterioridad al inicio del procedimiento, pero el inicio de ese expediente es condición imprescindible para que el juez adopte la medida cautelar de 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 que no estamos ante un acto de mero trámite, sino ante una decisión que puede afectar a la situación personal del interesado.<sup>4</sup>

### El deber de motivación

El juez, previa audiencia del interesado, debe resolver la procedencia de la medida de internamiento mediante “auto

motivado” (art. 62.1, párrafo segundo de la Ley de Extranjería). Plantea dudas la laxitud con la que en algunos casos se interpreta el deber de motivación. Esta exigencia, señala la AP de Madrid, no obliga a que el órgano judicial se extienda pormenorizadamente sobre todos y cada uno de los argumentos de las partes, admitiéndose una motivación escueta o por remisión a otra resolución anterior. Se pone en relación con la prohibición de indefensión, considerándose suficiente cuando el interesado ha tenido la oportunidad de conocer las razones para decretar su internamiento.<sup>5</sup>

### La proporcionalidad del internamiento

La intervención judicial en el internamiento cautelar tiene como misión controlar la proporcionalidad de la pérdida de libertad. El internamiento se rige por el principio de excepcionalidad. Debe mantenerse la situación de libertad salvo que sea indispensable por razones de cautela o de prevención. La decisión ha de adoptarse teniendo en cuenta su causa, 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 si no se produce el internamiento cautelar. 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 los medios mínimos para vivir o de documentación.<sup>6</sup>

En el análisis casuístico de la jurisprudencia podemos destacar el Auto de la AP de Barcelona de 7 de abril de 2006

<sup>1</sup> El Boletín lo coordinan 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, Ana Ruiz Legazpi, Guillermo Escobar y Encarnación Carmona, todos ellos miembros del Grupo de Investigación de Extranjería, Inmigración y Asilo formalizado en la Universidad de Alcalá.

<sup>2</sup> Sobre esta medida véase Rafael José Gisbert Casasempere. “Las medidas cautelares de detención e internamiento en el procedimiento de expulsión de extranjeros”. *Actualidad Administrativa*. No. 2, 2007. P. 132-140.

<sup>3</sup> Cfr. el Auto de la AP Madrid 256/2006, de 22 de marzo (recurso 140/2006).

<sup>4</sup> STS de 28 de octubre de 2005 (recursos 3478/2003 y 3769/2003) y 12 de mayo de 2006 (recurso 4345/2003).

<sup>5</sup> Entre otros, los Autos de la AP Madrid de 15 de julio de 2005 (recurso 490/2005), 14 de marzo de 2006 (Auto núm. 150/2006) y 5 de abril de 2006 (recurso 168/2006).

<sup>6</sup> Entre cientos de resoluciones, los Autos de la AP Las Palmas de 5 de julio de 2005 (recurso 348/2005) y de 2 de febrero de 2006 (recurso 70/2006).

(recurso 629/2005), que descarta que una reserva hotelera no pagada y sin período de duración relevante pueda considerarse como domicilio a los efectos de eludir el internamiento. En otro orden de cosas resulta interesante el Auto de la AP de Baleares de 30 de septiembre de 2005 (recurso núm. 136/2005) que considera que la existencia de antecedentes penales por violencia doméstica (lesiones causadas a su mujer) y la existencia de una orden de alejamiento impiden apreciar la circunstancia de arraigo familiar.

Por el contrario, la medida resulta desproporcionada cuando no sea absolutamente imprescindible, y puede ser sustituida por cualquier otra de las previstas en el artículo 61 de la Ley. La existencia de domicilio conocido y el arraigo familiar, económico y social en nuestro país son circunstancias tenidas en cuenta para revocar la orden de internamiento.<sup>7</sup>

## 2. LA DENEGACIÓN DE ENTRADA Y EL RETORNO

El artículo 26 de la Ley establece que a los extranjeros que no cumplan los requisitos establecidos les será denegada la entrada mediante resolución motivada con información acerca de los recursos que puedan interponer contra ella. En relación con las condiciones de entrada debemos hacer referencia al Reglamento (CE) núm. 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006 (Código de fronteras Schengen). El artículo 60.1 de la Ley añade que a quienes en frontera no se les permita el ingreso en el país serán retornados a su punto de origen en el plazo más breve posible.

### Principio de contradicción

El principio de contradicción exige que, desde el primer momento de la tramitación del expediente, se concreten

al interesado, en presencia de su letrado, las condiciones que incumple para poder entrar válidamente en territorio nacional. Se le debe permitir formular las alegaciones que considere oportunas, aportar documentos o proponer pruebas.<sup>8</sup>

## LA EXISTENCIA DE DOMICILIO CONOCIDO Y EL ARRAIGO FAMILIAR, ECONÓMICO Y SOCIAL EN NUESTRO PAÍS SON CIRCUNSTANCIAS TENIDAS EN CUENTA PARA REVOCAR LA ORDEN DE INTERNAMIENTO

Debemos destacar los problemas que plantea la falta de traslado al interesado de la propuesta de resolución.<sup>9</sup> EITS considera que solo es causa de anulación de la orden de retorno cuando se origine indefensión por contener datos nuevos que sean relevantes para la resolución final. Así, por ejemplo, la STS de 12 de enero de 2006 (recurso 437/2003) apreció indefensión porque el interesado no había tenido la oportunidad de conocer y rebatir el informe policial que revelaba la falsedad de su pasaporte y del permiso de trabajo.<sup>10</sup> Por el contrario, la STS de 7 de diciembre de 2005 (recurso 6563/2002) consideró innecesario el traslado de la propuesta, porque en esta se informaba favorablemente al retorno utilizando exclusivamente como argumentos las manifestaciones que el interesado había hecho en presencia de su abogado.<sup>11</sup>

### Asistencia letrada

El artículo 26.2 de la Ley de Extranjería incluye el derecho a la asistencia letrada como una de las garantías esenciales en el procedimiento de retorno. La legislación parece más garantista en este punto que el Reglamento (CE) núm.

<sup>7</sup> Cfr. el Auto de la AP de Las Palmas de 21 de julio de 2005 (recurso 352/2005). En el mismo sentido, los Autos de la AP de Madrid de 18 de enero de 2006 (recurso 13/2006), de 8 de febrero de 2006 (recurso 32/2006), de 5 de abril de 2006 (recurso 101/2006). Igualmente, los Autos de la AP Barcelona de 24 de febrero (recurso 629/2005) y de 14 de marzo de 2006 (recurso 117/2006).

<sup>8</sup> Cfr. STS de 22 de julio de 2005 (recurso 3937/2002).

<sup>9</sup> Véase Francisco Javier Sancho Cuesta. "El régimen de entrada en el

territorio nacional de los extranjeros". *Cuadernos de Derecho Judicial, Posición del extranjero en el proceso contencioso-administrativo*. No. XXIII. CGPJ, 2005. P. 72.

<sup>10</sup> En el mismo sentido, entre otras, las SSTS de 20 de octubre de 2005 (recurso 5393/2002), de 15 de diciembre (recurso 362/2003), de 22 de diciembre de 2005 (recurso 6919/2002) y de 12 de enero de 2006.

<sup>11</sup> Véanse, entre otras muchas, las SSTS de 3 de febrero (recurso 5259/2002) y de 16 de junio de 2006 (recurso 4611/2003).

562/2006, que tan solo obliga a los Estados Miembros a entregar a la persona a quien han denegado la entrada “una indicación escrita sobre los puntos de contacto en los que puede obtener información sobre representantes competentes para actuar en su nombre de conformidad con el Derecho interno” (art. 13.3).

La STS de 15 de diciembre de 2005 (recurso 362/2003) rechaza que pueda denegarse la entrada a la recurrente a causa de las razones que ella dio a los funcionarios de policía sin la presencia de su abogada, negándose a hablar una vez que intervino su abogado, y concluye que la Administración podrá o bien decidir a la vista de la negativa de la interesada a explicar el motivo de su viaje, o, si desea tener en cuenta lo dicho antes por esta, dar traslado previo a la letrada para alegaciones.

## LA LEY DE EXTRANJERÍA INCLUYE EL DERECHO A LA ASISTENCIA LETRADA COMO UNA DE LAS GARANTÍAS ESENCIALES EN EL PROCEDIMIENTO DE RETORNO

Mención aparte merece la STSJ del País Vasco de 17 de febrero de 2006 (recurso 439/2005). En ella se analiza si debe informarse a un polizón que viajaba en un buque que atracó en el puerto de Pasajes del derecho a la asistencia letrada. En la entrevista efectuada por la policía no manifestó su intención de entrar en España ni solicitó asistencia letrada, por lo que el TSJ consideró, quizá de forma un tanto rigorista, que no era aplicable el artículo 26.2 de la Ley, sino, de manera exclusiva, la Instrucción de 9 de abril de 2002 de la Delegación del Gobierno para la Extranjería, sobre tratamiento de polizones extranjeros, que la exige “únicamente cuando el polizón manifieste su intención de entrar en territorio español o demande la protección del Estado español”.

<sup>12</sup> STS de 11 de octubre de 2005 (recurso 5568/2002).

<sup>13</sup> STSJ de Madrid de 7 de julio de 2005 (recurso 194/2005).

<sup>14</sup> En el mismo sentido, entre otras muchas, las SSTSJ de Madrid de 13 de julio de 2005 (recurso 774/2003) y de 17 de mayo de 2006 (recurso 2017/2003).

## Motivación

Tanto el artículo 26.2 de la Ley de Extranjería como el artículo 13.1 del Reglamento (CE) núm. 562/2006 establecen que solo podrá denegarse la entrada mediante resolución en la que se indiquen los motivos de dicha denegación. Para ser causa de anulación del acto, el defecto en la motivación debe tener trascendencia material y no puramente formal, debe ponerse en relación con la prohibición de indefensión, de manera que no permita conocer al interesado cuál es la causa de la orden de retorno.<sup>12</sup> La motivación ha de ser lo suficientemente amplia como para que se puedan conocer las razones determinantes de la denegación de ingreso. Se admite que la Administración motive mediante una sucinta referencia a los hechos y a los fundamentos jurídicos en los que se base la orden de retorno.<sup>13</sup>

Puede también preciarse acudiendo a los datos del expediente administrativo. Es frecuente encontrar sentencias en las que se utiliza como complemento el informe policial adjunto al expediente. La STSJ de Madrid de 14 de julio de 2005 destacó que este concretaba los extremos que determinaron la adopción de la resolución denegatoria.<sup>14</sup> La STS de 28 de julio de 2005 (recurso 3540/2002) utiliza, como uno de los argumentos para descartar que existiera indefensión, que la amplia motivación de la resolución del recurso de alzada completaba la contenida en la resolución inicial.

## Suspensión cautelar de la orden de retorno

Contra la denegación de entrada puede interponerse recurso de alzada. La STS de 3 de febrero de 2006 (recurso 5259/2002) rechaza que la obligación de recurrir en vía administrativa suponga vulneración del derecho a la tutela efectiva. El TS afirma que el previo recurso administrativo no impide el acceso al proceso judicial, ni lo condiciona o limita de modo irrazonable. Además, recuerda que las medidas cautelares también pueden acordarse en la vía administrativa, lo que refuerza la consideración de que el

recurso administrativo es garantía para los interesados y no un obstáculo.<sup>15</sup>

La STS de 28 de febrero de 2006 (recurso 6845/2002) establece que si el interesado solicita la suspensión del acto administrativo interponiendo recurso de alzada antes de ejecutarse el retorno, no podrá llevarse a cabo este sin que la Administración haya resuelto previamente sobre la suspensión. La Sentencia trata, de esta forma, de compaginar la urgencia del retorno con la posibilidad de que se solicite la suspensión y se decida sobre ella.

El retorno surte efecto inmediatamente cuando la denegación de entrada deviene firme en vía administrativa. El Reglamento (CE) núm. 562/2006 asevera que “la incoación del recurso no tendrá efecto suspensivo sobre la resolución de denegación de entrada” (art. 14.3). En la misma línea, la STS de 15 de diciembre de 2005 (recurso 5743/2003) rechaza suspender la ejecución del acuerdo de denegación de entrada. El TS señala que la admisión estricta del objeto de la pretensión cautelar conduciría a la permanencia del recurrente por el tiempo que durara el proceso en los espacios de tránsito habilitados en las dependencias aeroportuarias. Ante el absurdo de esta situación, el Tribunal dedujo que en realidad se perseguía la autorización provisional de la entrada. La Sentencia concluye que el recurrente no había acreditado en modo alguno un daño singular y concreto como consecuencia del retorno, más allá del siempre resarcible valor económico del billete.<sup>16</sup>

### **Acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa**

La orden de retorno puede ser recurrida ante los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo. Teniendo en cuenta que el interesado no suele estar en territorio nacional durante la tramitación de los recursos, la representación en el proceso se convierte en un problema central. Tratándose de órganos unipersonales, la representación conferida al

<sup>15</sup> En el mismo sentido, pueden verse —entre otras muchas— las SSTS de 3 de febrero (recurso 5402/2002), de 17 de febrero (recurso 7760/2002), de 22 de marzo (recurso 2464/2003), de 10 de mayo (recurso 8229/2002), de 17 de mayo (recurso 487/2003) y de 9 de junio de 2006 (recurso 5331/2003).

procurador es optativa, pudiendo el interesado conferir su representación en juicio al abogado.<sup>17</sup> En numerosas sentencias se plantea la cuestión de si la solicitud inicial del letrado de oficio para las actuaciones desarrolladas ante la Administración permite entender cumplido el requisito de la postulación procesal ante la jurisdicción.

**ENTRE LAS ACTUACIONES DEL LETRADO SE INCLUYE LA POSIBILIDAD DE EJERCICIO DE ACCIONES ANTE LOS TRIBUNALES CONTRA LA RESOLUCIÓN DENEGATORIA DE ENTRADA EN TERRITORIO ESPAÑOL Y RETORNO AL LUGAR DE PROCEDENCIA**

Parece que no existe plena concordancia entre las Secciones de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid acerca de esta cuestión. Por una parte, la STSJ de Madrid de 17 de enero de 2006 (Sección 2ª, recurso 893/2005) establece que la solicitud inicial de designación de letrado comporta la encomienda en el mismo de las gestiones necesarias para el triunfo de la pretensión. Entre las actuaciones del letrado se incluye la posibilidad de ejercicio de acciones ante los tribunales contra la resolución denegatoria de entrada en territorio español y retorno al lugar de procedencia. Por el contrario, la STSJ de Madrid de 15 de febrero de 2006 (Sección 9ª, recurso 543/2005) afirma que la solicitud de asistencia letrada no implica necesariamente la voluntad de interponer recurso contencioso-administrativo. La circunstancia de que el interesado confiriese su representación al letrado para las actuaciones desarrolladas ante la Administración no permite entender cumplido el requisito de la postulación procesal ante la jurisdicción, auténtico presupuesto del proceso, y que debe efectuarse mediante un acto de atribución expresa de la representación.

<sup>16</sup> También se deniega la suspensión de la denegación de entrada en las SSTSJ de Madrid de 2 de diciembre (recurso 731/2005) y de 12 de diciembre de 2005 (recurso 287/2005).

<sup>17</sup> Véase Miguel de los Santos Gandarillas Martos. “Asistencia letrada. Justicia gratuita ante los procesos de extranjería”. *Cuadernos de Derecho Judicial, Posición del extranjero en el proceso contencioso-administrativo*. No. XXIII. CGPJ, 2005. P. 445 y ss.

En el mismo sentido, señala la STSJ de Madrid de 18 de enero de 2006 (Sección 5ª, recurso 330/2005), no debe confundirse y prorrogarse la válida representación del extranjero ejercitada por el abogado en sede administrativa, con la representación procesal necesaria y exigible para la interposición del recurso contencioso administrativo. Esta última tiene sus propias normas y su propio régimen jurídico. No resulta admisible presumir que el letrado, como actuó como representante del interesado ante la Administración, tiene esta misma condición en el recurso contencioso administrativo.

Según esta última sentencia, no puede considerarse que la inadmisión y archivo del recurso contencioso administrativo por falta de representación suponga vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del extranjero ya que no consta su voluntad de interponerlo. Puesto que la persona ya no se encontraba en España, debió conferir la representación a través de oficinas diplomáticas y consulares. El abogado no puede ejercer funciones de representación de los intereses de su cliente si no le ha sido conferido este poder, lo contrario sería omitir –concluyó el TSJ– la auténtica o fehaciente voluntad del particular.<sup>18</sup>

### 3. LA EXPULSIÓN DEL TERRITORIO ESPAÑOL

En el marco de la Ley de Extranjería, la expulsión se configura como una verdadera sanción administrativa.<sup>19</sup> Se suele citar como argumento a favor de este carácter el artículo 57.3 “en ningún caso podrán imponerse conjuntamente las sanciones de expulsión y multa”. El ejercicio de la potestad sancionadora, indica el artículo 50, se ajustará a la dispuesto en la legislación de extranjería y en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Debemos destacar la aprobación por parte de la Comisión Europea de la Propuesta de Directiva de 1 de septiembre de 2005 sobre procedimientos y normas

comunes para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio (COM/2005/391final). Se armoniza el procedimiento de expulsión y se establecen unas garantías procedimentales mínimas para el conjunto de la Unión Europea. Se recoge la asistencia letrada y el derecho a obtener –previa petición del interesado– una traducción oral o escrita de los elementos principales de la orden de expulsión en un lenguaje que presumiblemente comprenda. También se reconoce el derecho a un recurso judicial efectivo y a obtener medidas cautelares.

#### Tipicidad

El artículo 53 a) de la Ley plantea algunos problemas interpretativos con relación a las estancias en territorio español inferiores a tres meses.

La importante STS de 22 de diciembre de 2005 (recurso 3743/2002) declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto por el recurrente, un ciudadano marroquí que había entrado ilegalmente en España. El TS señala que la entrada irregular no aparece tipificada en el artículo 53 a) de la Ley Orgánica 4/2000, por lo que no le serían aplicables las sanciones de expulsión y prohibición de entrada en España durante diez años.

La sentencia observa que en dicho precepto se alude al hecho de encontrarse irregularmente en territorio español pero en concretas o determinadas circunstancias: “Primero: por no haber obtenido la prórroga de estancia. Segundo: por carecer de autorización de residencia. Tercero: por tener caducada más de tres meses la mencionada autorización de residencia y siempre que el interesado no hubiese solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente”. No se contempla la situación del extranjero que ha entrado ilegalmente en territorio español, salvo que su estancia

<sup>18</sup> En el mismo sentido, entre otras, la STSJ de Madrid de 2 de febrero de 2006 (recurso 476/2005).

<sup>19</sup> Juan Pedro Quintana Carretero. “Régimen sancionador en materia de extranjería. Procedimiento y garantías”. *Cuadernos de Derecho Judicial, Posición del extranjero en el proceso contencioso-administrativo*. No. XXIII. CGPJ, 2005. P. 323.

en dicho territorio se hubiese prolongado más de noventa días.<sup>20</sup>

### **Derecho a conocer la identidad del instructor**

La identificación del instructor del acuerdo de iniciación del expediente de expulsión solo mediante su número de carné profesional puede vulnerar las garantías del procedimiento sancionador, porque no permite al administrado conocer su identidad en términos suficientes para solicitar su recusación. No obstante, varias sentencias declaran que este defecto carece de relevancia invalidante. No se produce indefensión cuando el instructor notifica directamente al interesado el acuerdo de iniciación. Este contacto directo permite al recurrente identificar al funcionario en términos suficientes para saber de la existencia de alguna relación entre ambos que pudiese afectar a su parcialidad.<sup>21</sup>

### **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: a) cuando el interesado, o su representante, no efectúa alegaciones sobre el contenido de la propuesta; y b) cuando estas 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 resolver.

El precepto ha sido criticado por parte de la doctrina, que considera que la falta de notificación de la propuesta de resolución supone una vulneración del derecho de defen-

sa.<sup>22</sup> La jurisprudencia ha aceptado que no sea preceptiva cuando el interesado no haya formulado alegaciones sobre el boletín de denuncia que inicia el procedimiento. También cuando habiéndolas formulado, no se tengan en cuenta otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado.<sup>23</sup>

Por el contrario, la Administración debe –según la STS de 16 de marzo de 2006 (recurso núm. 7269/2002)– notificarla cuando se introduzcan nuevos hechos respecto del acuerdo de iniciación que agraven la sanción de entrada en territorio nacional. 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.<sup>24</sup>

**EN EL MARCO DE LA LEY DE EXTRANJERÍA,  
LA EXPULSIÓN SE CONFIGURA COMO UNA  
VERDADERA SANCIÓN ADMINISTRATIVA:  
EN NINGÚN CASO PODRÁN IMPONERSE  
CONJUNTAMENTE LAS SANCIONES DE  
EXPULSIÓN Y MULTA**

### **Asistencia letrada**

El artículo 22.1 de la Ley reconoce a los extranjeros que se hallen en España y carecen de recursos económicos suficientes derecho a asistencia jurídica gratuita en los procedimientos administrativos o judiciales que puedan llevar a su expulsión.

La STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 21 de octubre de 2005 (recurso 191/2004) señala que para su efectividad se

<sup>20</sup> Esta sentencia pone en entredicho la línea jurisprudencial de algunos TSJ. Se declara procedente la expulsión aun cuando la estancia en territorio español no ha sobrepasado los tres meses en las STSJ de Andalucía (Sevilla) de 22 de diciembre de 2005 (recurso 978/2003), y de 28 de abril de 2006 (recurso 1394/2002).

<sup>21</sup> Cfr. las SSTSJ de Andalucía (Sevilla) de 9 de diciembre de 2005 (recurso 181/2005) y de 24 de enero de 2006 (recursos 248/2005). En el mismo sentido, la STSJ de Asturias de 28 de diciembre de 2005 (recurso 110/2005), y la STSJ de Madrid de 4 de mayo (recurso 711/2003).

<sup>22</sup> Cfr. Estanislao Arana García. "La huida del Procedimiento Administrativo

Común y sus garantías en la Ley Orgánica 14/2003 de Extranjería". Nº 122, 2004. P. 175-198.

<sup>23</sup> Véanse las SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 14 de julio de 2005 (recurso 1357/2004) y de 17 de febrero de 2006 (recurso 951/2005); las SSTSJ de Madrid de 30 de noviembre de 2005 (recursos 272/2002, 275/2002 y 345/2002); la STSJ de Castilla-La Mancha de 21 de febrero de 2006 (recurso 72/2005); y la STSJ de Cantabria de 16 de marzo de 2006 (recurso 212/2005).

<sup>24</sup> Cfr. las SSTSJ Asturias de 26 de enero (recurso 61/2005) y de 20 de marzo de 2006 (recurso 267/2005).



debe –como regla general– suspender el expediente de expulsión mientras se da satisfacción a ese derecho, y que, al no hacerlo, se impidió realizar al actor las alegaciones pertinentes. Cuando finalmente se nombró abogado de oficio, la Administración consideró que las alegaciones eran extemporáneas, violando el derecho a la defensa.

### Asistencia de intérprete

El derecho a la asistencia de intérprete se reconoce en el párrafo segundo del artículo 22.1 de la Ley. La STSJ de Cantabria de 24 de marzo de 2006 (recurso 186/2005) indica que no forma parte de su contenido esencial que el intérprete tenga un título oficial ni que la interpretación se lleve a cabo de manera directa a la lengua materna de la persona. A este efecto, el artículo 6.3 del CEDH solo exige que la información se proporcione a la persona acusada en una lengua que comprenda.

## 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 falta de intérprete pone en entredicho la validez de la actuación administrativa cuando tiene trascendencia concreta y real sobre las posibilidades de defensa. Suele considerarse que es meramente formal cuando ha contado con asistencia letrada,<sup>25</sup> porque esta supone 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.

En la STSJ de Castilla-La Mancha de 14 de julio de 2005 (recurso 244/2004) se anuló la expulsión por carecer de

<sup>25</sup> Entre otras las STSJ de Andalucía (Sevilla) de 8 de septiembre de 2005 (recurso 36/2004); la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 17 de octubre de 2005 (recurso 131/2004); y la STSJ de Asturias de 31 de enero de 2006 (recurso 825/2001).

<sup>26</sup> En el mismo sentido, las STSJ de Castilla-La Mancha de 30 de septiembre de 2005 (recurso 228/2004), de 10 de noviembre de 2005 (recurso 236/2004) y de 8 de mayo de 2006 (recurso 33/2005).

intérprete en la diligencia de información de derechos, en la que constaba tal renuncia. La recurrente alegó que no había entendido el sentido de la actuación. No había pruebas de que conociera el castellano y tampoco constaba la intervención de letrado, lo que hubiera sido garantía suficiente para impedir que firmara algo sin entenderlo.<sup>26</sup>

### Non bis in idem

Al contemplarse la participación por el extranjero en la realización de actividades contrarias al orden público como causa de expulsión, surge la duda de la duplicidad de sanciones en relación con un mismo hecho. ¿Puede la Administración ordenar la expulsión por unos hechos que ya han dado lugar a responsabilidad penal? EITS ha afirmado de forma reiterada que sí, porque el proceso penal y la expulsión protegen diferentes bienes jurídicos.<sup>27</sup> El único límite es que la Administración no puede pronunciarse hasta que lo haya hecho la Jurisdicción.<sup>28</sup>

### Prohibición de expulsiones colectivas

El artículo 4 del Protocolo Adicional 4 del CEDH y el artículo 19 de la Carta de Niza prohíben las expulsiones colectivas. A este respecto resulta de interés la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 8 de septiembre de 2005 (recurso 36/2004), que niega que tenga tal carácter la expulsión de un grupo de inmigrantes irregulares que ocuparon la Universidad Pablo de Olavide. El TSJ, citando jurisprudencia del TEDH, expone que la prohibición no es aplicable a los casos en que la expulsión sea adoptada como resultado de un examen individualizado de cada uno de los afectados, y concluye que no se trataba de un supuesto de expulsiones de un grupo como tal, que serían las colectivas en sentido propio, sino un caso de expulsión meramente plural. La clave está en que la Administración no había

<sup>27</sup> Cfr. la STS de 28 de julio de 2005 (recurso 553/2002). Anteriormente SSTS de 29 de noviembre de 2004 (recurso 4215/2001) y de 21 de diciembre de 2004 (recurso 6018/2001).

<sup>28</sup> SSTS de 28 de julio de 2005 (recursos 6498/2001 y 4016/2002) y de 4 de noviembre de 2005 (recursos 5587/2003 y 10419/2003). Esta línea jurisprudencial es asumida por la STSJ de Madrid de 12 de julio de 2005 (recurso 1339/2002).

decidido expulsarlos por un rasgo o motivo común e indiferenciado, sino que se habían tramitado expedientes individuales donde se examinaba de forma razonable y objetiva la situación singular de cada uno.

### Expulsión de menores

La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 30 diciembre (recurso 95/2004) excluye la posibilidad de expulsión de una menor que en el momento de incoarse el expediente tenía diecisiete años, indicando que a los menores no acompañados solo puede aplicárseles la medida de repatriación prevista en el artículo 35 de la Ley de Extranjería.<sup>29</sup> Según este artículo, la autoridad gubernativa debe resolver, conforme al principio de reagrupación familiar del menor y previo informe de los servicios de protección de menores, lo que proceda sobre el retorno a su país de origen o aquel donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto, sobre su permanencia en España.

La Administración argumentó que la demandada estaba emancipada. El TSJ respondió que no se había acreditado en el proceso que la actora se encontrase casada, aunque era madre de un varón. Tampoco podía sostenerse –según la sentencia– que viviese de forma independiente con consentimiento de sus padres a efectos de la aplicación del supuesto de emancipación previsto en el artículo 319 del Código Civil, al no poderse deducir ese consentimiento del hecho de que no se tenga noticia de una posible denuncia por abandono del domicilio familiar.

### Motivación

La falta de motivación es uno de los argumentos que más frecuentemente se esgrimen frente a la orden de expul-

sión. La suficiencia de la motivación debe valorarse desde un punto de vista finalista: si la resolución administrativa identifica la causa de expulsión y contiene bastantes referencias fácticas y normativas como para posibilitar la defensa del interesado y el control jurisdiccional.<sup>30</sup> Los TSJ consideran que es suficiente una motivación sucinta siempre que contenga separadamente los hechos y fundamentos de derecho que propician la resolución final.<sup>31</sup>

El aspecto más controvertido radica en la obligación de justificar la necesidad de la expulsión. El TS ha señalado en varias sentencias que la multa es la “sanción principal” en el caso de la infracción del artículo 53.a) de la Ley Orgánica 4/2000. 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 especificar, 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.<sup>32</sup>

Sin embargo, el TS no exige que la motivación conste en la resolución misma, siendo posible también apreciar las circunstancias jurídicas o fácticas que se reflejan en el expediente administrativo. La expulsión se encuentra justificada cuando, por ejemplo, el expediente revela que a la permanencia ilegal en España se une la circunstancia de haber sido detenido en reiteradas ocasiones por la policía.<sup>33</sup>

La jurisprudencia del TS no ha sido acogida de igual forma por todos los TSJ. En plena consonancia con ella, los TSJ de Asturias, Baleares y La Rioja ha insistido en la carga

<sup>29</sup> En este sentido, véase Ana Ruiz Legazpi. “Algunas reflexiones en torno a la expulsión y repatriación de menores extranjeros”. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*. No. 5 (marzo de 2004). Valladolid: Lex Nova. P. 293-303; y Juan Pedro Quintana Carretero. “Régimen sancionador en materia de extranjería garantías”. *Op.cit.* P. 317-320.

<sup>30</sup> Cfr. la STS de 27 de febrero de 2006 (recurso 189/2003).

<sup>31</sup> Véase para todas la STSJ de Madrid de 13 de julio de 2005 (recurso 1164/2004); y la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 5 de enero de 2006 (recurso 2675/2003).

<sup>32</sup> Cfr. la STS de 22 de diciembre de 2005 (recurso 6096/2003). Véanse posteriormente, como una pequeña muestra de las resoluciones en el mismo sentido, las SSTS de 27 de enero (recurso 6693/2003), de 31 de enero de 2006 (recurso 6485/2003), y de 10 de febrero (recurso 6691/2003).

<sup>33</sup> Cfr., entre otras muchas, las SSTS de 9 de diciembre de 2005 (recurso 5824/2002), de 14 de diciembre de 2005 (recurso 4464/2003), de 31 de enero de 2006 (recurso 8951/2003), y de 19 de mayo de 2006 (recurso 4011/2003).

que pesa sobre la Administración de motivar suficientemente por qué decide imponer la sanción de expulsión en lugar de la menos gravosa de la multa.<sup>34</sup>

Por el contrario, otros TSJ se han pronunciado en contra de la caracterización de la expulsión como una sanción más grave y secundaria respecto de la multa. Este es el caso, por ejemplo, del TSJ de Andalucía, que rechaza que la Administración deba inclinarse por la multa cuando no se recoja en el expediente ninguna circunstancia agravatoria de la conducta. Considera errónea la pretendida jerarquización y dice que la expulsión es una opción sancionadora legítima para los que se encuentran en situación irregular. Además afirma que, con carácter general, es la que mejor se adapta al caso de estancia irregular por la finalidad y bienes que trata de proteger y el instrumento más efectivo para restablecer el respeto a las condiciones de entrada y permanencia en el país. Concluye que debe otorgarse preferencia a la expulsión, y solo cuando concurren razones excepcionales podrá optarse por la multa, incumbiendo a la parte actora acreditar la concurrencia de esas circunstancias especiales que justifiquen prescindir de la salida del territorio nacional.<sup>35</sup>

Debemos reseñar por último las sentencias de varios TSJ en las que se afirma que la Administración está obligada a motivar el concreto período de prohibición de entrada en aquellos casos en los que se amplía este período más allá del mínimo previsto legalmente. Cuando la motivación no permite conocer las razones que llevan a la Administración a prohibir la entrada durante cinco o diez años, se acuerda estimar parcialmente el recurso y reducir el término de la prohibición de entrada al mínimo de tres años.<sup>36</sup>

<sup>34</sup> Cfr. la STSJ de Asturias de 30 de septiembre de 2005 (recurso 1459/2002); la STSJ de Baleares de 1 de julio de 2005 (recurso 510/2003); y la STSJ de La Rioja de 21 de diciembre de 2005 (recurso 140/2005).

<sup>35</sup> Cfr., entre otras, las SSTSJ de Andalucía (Sevilla) de 28 de julio de 2005 (recurso 1605/2003), de 25 de noviembre de 2005 (recurso 1565/2003). Entre las más recientes, véanse las SSTSJ de Andalucía (Sevilla) de 14 de marzo (recursos 2318/2003 y 612/2005) y de 28 de abril (recurso 2378/2003). En el mismo sentido, véanse las SSTSJ de Castilla-La Mancha de 2 de septiembre de 2005 (recurso 225/2004), de 22 de noviembre de 2005 (recurso 247/2004) y de 2 de mayo de 2006 (recurso 32/2005). También la STSJ de Cataluña de 29

Tampoco en este aspecto existe unanimidad. Por ejemplo, la STSJ de Madrid de 24 de octubre de 2005 (recurso 4551/2001) indica que hubiera sido recomendable una motivación específica, pero considera suficiente la constancia en el expediente de circunstancias que agravan la responsabilidad (una detención por falta de hurto y carecer de domicilio fijo).<sup>37</sup>

Especialmente contrario a las garantías del administrado nos parece el argumento utilizado por la STSJ de Navarra de 2 de febrero de 2006 (recurso 14/2006) para justificar el período de prohibición de entrada de cinco años impuesto. A pesar de que la resolución administrativa no motivaba este plazo, el TSJ estima que carecer de documentación que acredite la identidad y la situación administrativa en España es circunstancia de suyo suficiente para deducir un especial grado de culpabilidad.

### Proporcionalidad

La imposición de la expulsión está supeditada al principio de proporcionalidad. Para valorarla se tiene en cuenta, en primer lugar, tanto la gravedad del hecho infractor desde la perspectiva del fin protector perseguido por la norma sancionadora como el grado de culpabilidad del infractor. Este criterio de proporcionalidad subjetivo debe completarse con otros de naturaleza objetiva, como el daño producido, el riesgo derivado de la infracción y su trascendencia.<sup>38</sup>

La expulsión resulta proporcionada en los casos en los que la estancia irregular es consecuencia del incumplimiento de los requisitos que para la entrada legal en nuestro país se contemplan en el artículo 25 de la Ley de Extranjería. Se valora que la entrada en España fuera de los puestos habilitados al efecto o careciendo de documentación cons-

de septiembre de 2005 (recurso 203/2004), y la STSJ de la Comunidad Valenciana de 7 de octubre de 2005 (recurso 1438/2004).

<sup>36</sup> Cfr. las SSTSJ de Baleares de 16 noviembre de 2005 (recurso 1197/2003) y de 10 de enero de 2006 (recurso 23/2004). En el mismo sentido, la STSJ del País Vasco de 17 de febrero de 2006 (recurso 637/2005).

<sup>37</sup> En términos similares la STSJ de Galicia de 13 de octubre de 2005 (recurso 259/2005).

<sup>38</sup> Cfr. la STSJ del País Vasco de 25 de noviembre de 2005 (recurso 2082/2003).

tituye una actuación dolosa o al menos gravemente imprudente. Se destaca, en segundo lugar, que el incumplimiento de las condiciones de entrada y estancia en España tiene una notable trascendencia porque se frustra la exigencia legal de que la movilidad migratoria se sujete a previa intervención administrativa.<sup>39</sup>

Con mayor motivo resulta proporcionada cuando existe un intento de enmascarar la identidad, por ejemplo utilizando un pasaporte ajeno. La STS de 31 de enero de 2006 (recurso 8953/2003).<sup>40</sup>

Los TSJ consideran desproporcionada –de forma reiterada– la expulsión en el caso previsto en el artículo 53.a) de la Ley 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.<sup>41</sup> Por el contrario, no cabe alegar arraigo en el caso de la sanción prevista en el artículo 57.2. Se quiere evitar la permanencia en el país de extranjeros que puedan entrañar un peligro para el orden público, salvaguardando la seguridad y la convivencia pacífica.<sup>42</sup>

La apreciación de la existencia de arraigo resulta eminentemente casuística. Como punto de partida, debemos destacar que 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. La generalidad de los casos de arraigo familiar está basada en la convivencia estable con alguien que reside legalmente y en el cuidado de hijos

menores.<sup>43</sup> Por otra parte, se ha advertido que la existencia de denuncias por malos tratos en el ámbito doméstico resulta incompatible con el arraigo familiar.<sup>44</sup> También se ha señalado que la expulsión de un padre que se desentiende de las obligaciones que le corresponden no menoscaba el desarrollo del menor en el medio familiar de origen.<sup>45</sup> Algunas sentencias tienen en cuenta que el actor vive en compañía de sus hermanos, residentes legales. Para impedir la expulsión, se exige que exista una convivencia real y efectiva, con lazos afectivos y deberes de mutuo auxilio.<sup>46</sup> Por el contrario, se considera insuficiente a los efectos de apreciar arraigo la convivencia con unos tíos con permiso de trabajo.<sup>47</sup> En síntesis, solo la convivencia con descendientes, ascendientes o hermanos que disfruten de permiso de residencia constituye una auténtica situación de agrupación familiar.

## EL INCUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES DE ENTRADA Y ESTANCIA EN ESPAÑA TIENE UNA NOTABLE TRASCENDENCIA PORQUE SE FRUSTRAN LA EXIGENCIA LEGAL DE QUE LA MOVILIDAD MIGRATORIA SE SUJETE A PREVIA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA

### Notificación

La notificación por edictos es un remedio extraordinario cuando no es posible la notificación en forma propia, a fin de impedir que la actitud rebelde del interesado pueda

<sup>39</sup> Cfr., entre otras muchas, la STSJ de La Rioja de 30 de marzo de 2006 (recurso 34/2006). En el mismo sentido, las SSTSJ del País Vasco de 29 de julio (recurso 6/2004) y de 7 de octubre de 2005 (recurso 401/2005).

<sup>40</sup> En términos similares, la STSJ de Baleares de 10 de enero de 2006 (recurso 16/2004), la STSJ del País Vasco de 24 de febrero de 2006 (recurso 2080/2003), y la STSJ de Navarra de 5 de mayo de 2006 (recurso 231/2005).

<sup>41</sup> Véase como ejemplo la STSJ de Madrid de 12 de septiembre de 2005 (recurso 2210/2003).

<sup>42</sup> Cfr. la STSJ Asturias de 26 de enero de 2006 (recurso 48/2005) y la STSJ de Galicia de 25 de enero de 2006 (recurso 345/2005). Puede verse en el mismo sentido, la STSJ del País Vasco de 31 de marzo de 2006 (recurso 426/2004) y la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 9 de junio de 2006 (recurso 53/2006).

<sup>43</sup> Véase, entre otras, la STSJ Canarias, Las Palmas, de 15 de julio (recurso 2832/2003); la STSJ Aragón de 21 de julio de 2005 (recurso 344/2004), la STSJ Andalucía (Sevilla) de 20 de octubre de 2005 (recurso 140/2005), la

STSJ de la Comunidad Valenciana de 29 de noviembre de 2005 (recurso 389/2005) y la STSJ de Asturias de 20 de diciembre de 2005 (recurso 85/2005).

<sup>44</sup> Cfr. la STSJ de Navarra de 9 de septiembre de 2005 (recurso 117/2005), la STSJ de Baleares de 20 de septiembre de 2005 (recurso 916/2003), la STSJ de Madrid de 8 de mayo de 2006 y la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 26 de mayo de 2006.

<sup>45</sup> Cfr. las SSTSJ de Castilla y León (Burgos) de 21 de octubre de 2005 (recurso 77/2005) y de 19 de mayo de 2006 (recurso 35/2006).

<sup>46</sup> Cfr. la STJS de Canarias (Las Palmas) de 28 de octubre de 2005 (recurso 334/2005) y la STSJ de la Comunidad Valenciana de 22 de julio de 2005 (recurso 1329/2004). En contra, la STSJ Cataluña de 23 de febrero de 2006 (recurso 224/2005).

<sup>47</sup> Cfr. la STSJ de la Comunidad Valenciana de 23 de septiembre de 2005 (recurso 1350/2004).

impedir la actuación administrativa. Para que la Administración pueda acudir a ella, es preciso que acredite la diligencia adecuada para lograr la notificación en forma propia, estimándose el recurso si no presenta constancia del intento de hacerlo en el domicilio indicado por el recurrente.<sup>48</sup>

### Acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa

Como sucede con la orden de retorno, la falta de representación es una de las principales causas de inadmisión de los recursos ante los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo. El problema surge cuando el interesado no firma el escrito de interposición y tampoco existe un apoderamiento expreso al abogado para ejercer su representación.<sup>49</sup>

## LA ACREDITACIÓN POR PARTE DEL RECURRENTE DE VÍNCULOS FAMILIARES CON PERSONAS QUE SE ENCUENTRAN EN EL PAÍS DE FORMA REGULAR ES LA CAUSA MÁS FRECUENTE EN LA QUE SE APOYA LA SUSPENSIÓN DE LA ORDEN DE EXPULSIÓN

En las SSTSJ de Andalucía (Sevilla) de 3 de febrero (recurso 583/2005) y de 7 de febrero de 2006 (recurso 288/2005) se considera suficiente la designación del letrado por el recurrente para que le defendiera y le representara mediante escrito impreso suscrito ante la autoridad policial en el momento de iniciarse el procedimiento de expulsión.

<sup>48</sup> Cfr. las SSTSJ de Andalucía (Sevilla) de 30 de septiembre de 2005 (recurso 105/2005) y de 20 de octubre de 2005 (recurso 2128/2002). En el mismo sentido, entre otras muchas, la STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2006 (recurso 756/2003).

<sup>49</sup> Véase, por ejemplo, la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 17 de marzo de 2006 (recurso 580/2005), la STJS de Canarias (Las Palmas) de 25 de enero de 2006 (recurso 183/2005) y la STSJ de Madrid de 10 de mayo de 2006 (recursos 1256/2004).

<sup>50</sup> En el mismo sentido, entre otras muchas, las SSTSJ de Andalucía (Sevilla) de 21 de febrero (recurso 544/2005), de 7 de marzo (recurso 328/2005), de 16 de marzo (recurso 634/2005), de 28 de abril (recurso 395/2005) y de 12 de mayo (recurso 13/2006).

<sup>51</sup> Cfr. STSJ de Castilla y León de 25 de noviembre de 2005 (recurso 81/2005).

Aunque no ha sido otorgada en el juzgado, la sentencia destaca que la habilitación se hizo sin limitación. No hay cláusula que otorgue la representación solo para el procedimiento administrativo y excluya el judicial. Le parece al TSJ más adecuado interpretar, en aras del derecho a la tutela judicial efectiva, que el extranjero quiere ser representado y defendido por el mismo letrado también en las actuaciones seguidas ante el juzgado, donde no se exige la actuación de un procurador.<sup>50</sup>

### La suspensión cautelar de la expulsión

Como regla general, se mantiene el principio de eficacia del acto administrativo. El juez solo adoptará la suspensión cautelarísima de la orden de expulsión, sin oír a la Administración, cuando el solicitante pruebe la especial urgencia del caso.<sup>51</sup>

Según la STS de 20 de octubre de 2005 (recurso 4502/2003), la ejecución inmediata de la orden de expulsión constituye la regla general. Sobre la parte que solicita la medida cautelar pesa la carga procesal de aportar elementos de juicio que puedan ser valorados como indicios del peligro de daño jurídico para los derechos del extranjero derivado del retraso de la emisión del fallo definitivo (*periculum in mora*) y la verosímil ilegalidad de la actuación administrativa (*fumus boni iuris*).<sup>52</sup>

La acreditación por parte del recurrente de vínculos familiares con personas que se encuentran en el país de forma regular es la causa más frecuente en la que se apoya la suspensión de la orden de expulsión. La medida cautelar es necesaria en este caso para salvaguardar la vida familiar.<sup>53</sup>

<sup>52</sup> Véase también la STS de 4 de noviembre de 2005 (recursos 4378/2003 y 4559/2003). En este sentido, debemos destacar la STSJ de Cantabria de 24 de marzo de 2006 (recurso 160/2005), donde se señala que la configuración de la medida cautelar adoptada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo como una consecuencia jurídica obligada y automática, solo condicionada a su previa solicitud, no es acorde con la jurisprudencia del TS.

<sup>53</sup> Cfr., en relación con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, Pablo Santolaya Machetti. *El Derecho a la vida familiar de los extranjeros*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004; y "El Derecho a la vida privada y familiar: un contenido notablemente ampliado del derecho a la intimidad (art. 8 CEDH)". En: Javier García Roca y Pablo Santolaya Machetti (coord.). *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, CEPC, 2005. P. 487-508. Véase, como ejemplo de la jurisprudencia más reciente de los TSJ, la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 24 de febrero de 2006 (recurso 350/2005) y la STSJ de Asturias de 31 de marzo de 2006 (recurso 16/2006).

La STSJ de Andalucía (Málaga) de 15 de marzo de 2006 (recurso 507/2005) consideró que la suspensión cautelar era improcedente a pesar de que el recurrente había acreditado el arraigo, al existir múltiples antecedentes policiales y penales por tráfico de drogas y contrabando. El comportamiento contrario a los intereses generales y al orden público, así como el peligro de reiteración de estas acciones, prevalece sobre la afectación de la esfera personal.

El riesgo para la salud es otra causa de suspensión. La STSJ de Cantabria de 28 de octubre de 2005 (recurso 97/2005) consideró oportuno suspender la ejecución de la orden de expulsión de una mujer embarazada por el riesgo para su salud, dado que la fecha probable del parto, dos meses y medio después, desaconsejaba un viaje a Ecuador.

#### **4. LA DEVOLUCIÓN**

La STS de 22 de diciembre de 2005 (recurso 3743/2002) indica que la devolución es la medida que cabe adoptar respecto de un extranjero que ha entrado ilegalmente en España sin haber sobrepasado su estancia los noventa días.

Esta Sentencia puntualiza que en caso de estancia irregular, a diferencia del intento de entrada, es necesario tramitar un expediente administrativo para acordar la devolución. Se quiere conservar la interpretación restrictiva del apartado 2 del artículo 58 de la Ley de Extranjería, señalando que solo se puede prescindir del expediente administrativo en el supuesto de quienes pretenden entrar ilegalmente en el país.<sup>54</sup>

Considera, por último, que no cabe aplicar lo previsto en el artículo 58.6 de la Ley, donde se establece que la devolución lleva consigo la prohibición de entrada en territorio español por un plazo máximo de tres años. La razón es que cuando sucedieron los hechos no estaba en vigor la reforma introducida por Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, sino que el precepto contenido en el artículo 58 había sido redactado por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, y este no contemplaba la prohibición de re-

tornar a territorio español para los casos de haber pretendido entrar ilegalmente en nuestro país. En conclusión, no cabe imponer dicha prohibición al recurrente, porque lo contrario supondría aplicar con efecto retroactivo una disposición restrictiva de derechos, contraria al artículo 9.3 de la Constitución.

---

<sup>54</sup> Cfr. la STS de 20 de marzo de 2003.