

Ignacio García Vitoria

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Constitucional
Universidad Complutense de Madrid

**DENEGACIÓN DE
ENTRADA Y
SALIDAS
OBLIGATORIAS
DEL PAÍS**
**Las garantías
del
procedimiento
en la
jurisprudencia
(enero 2010-
junio 2011)**

1. Introducción.
2. El internamiento en centros no penitenciarios.
3. La denegación de entrada y el retorno.
4. La expulsión de territorio español.
5. La devolución.
6. La devolución de polizones.
7. La repatriación de menores.

RESUMEN

Se analiza la jurisprudencia dictada por los Tribunales Superiores de Justicia 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. El período analizado es el que media entre la aprobación de la reforma de la LODYLE (LO 2/2009, de 11 de diciembre) y la entrada en vigor del nuevo Reglamento de desarrollo (Real Decreto 557/2011, de 20 de abril). Se examina también la jurisprudencia de las audiencias provinciales respecto al internamiento cautelar en centros no penitenciarios. No hay jurisprudencia relevante del Tribunal Supremo como consecuencia de que las normas procesales establecen que las resoluciones que se dictan en

materia de extranjería por la Administración periférica del Estado no son susceptibles de recurso de casación.

1. INTRODUCCIÓN

Se analiza la jurisprudencia dictada por el Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de Justicia entre enero de 2010 y junio de 2011 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. El control jurisdiccional de las garantías en estos procedimientos está estrechamente vinculado con la protección 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) y 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.

Son muy escasas las sentencias del Tribunal Supremo, porque las resoluciones que se dictan en materia de extranjería por la Administración periférica del Estado no son susceptibles de recurso de casación (arts. 8.4 y 86.1 de la LRJCA, en la redacción dada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre). La resolución más relevante dictada por el Tribunal Supremo en este período es la STS de 1 de junio de 2010 (recurso núm. 114/2007), en la que se analiza la adecuación con el Derecho comunitario del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los estados miembros de la Unión Europea y de otros estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

Las resoluciones judiciales que se incluyen en esta crónica han sido dictadas en el período intermedio entre la aprobación de la reforma de la LODYLE (LO 2/2009, de 11 de diciembre) y la entrada en vigor del nuevo Reglamento de desarrollo (Real Decreto 557/2011, de 20 de abril). Las resoluciones administrativas que son objeto de control fueron dictadas con anterioridad a la reforma legislativa, y en varias sentencias se plantea la aplicación retroactiva de algunas novedades como la relativa al plazo de prohibición de entrada en España.

El elevado número de sentencias que dictan los Tribunales Superiores de Justicia de las comunidades autónomas y las Audiencias Provinciales impide realizar un análisis exhaus-

tivo, por lo que hemos tratado de seleccionar una serie de problemas que aparecen de forma recurrente en la jurisprudencia. Para la selección de jurisprudencia se han utilizado la base de datos de Aranzadi-Westlaw y el buscador CENDOJ de la página web del Poder Judicial.

2. EL INTERNAMIENTO EN CENTROS NO PENITENCIARIOS

El internamiento es una medida judicial, que puede adoptar el juez de instrucción del lugar en que hubiese sido detenido el extranjero. El auto de internamiento puede ser apelado ante la Audiencia Provincial. 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, o ha transcurrido el plazo máximo de internamiento.¹ En algunos casos, la estimación del recurso tiene un alcance meramente declarativo, mientras que otras veces se archiva el recurso por pérdida de su objeto.

Causas de internamiento

La LODYLE permite acordar el internamiento en los siguientes supuestos:

1. Cuando se ha incoado un expediente sancionador por alguno de los supuestos contemplados en las letras a) y b) del artículo 54.1, en las letras a), d) y f) del artículo 53.1 y en el artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000 en el que pueda proponerse la expulsión del territorio español (art. 62.1). Es necesario matizar que a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 2/2009 solo puede acordarse el internamiento cuando el expediente se tramita a través del procedimiento preferente (art. 63.2). Se señala en el apartado tercero del artículo 63 bis que «en la fase de tramitación del procedimiento ordinario y durante el plazo de cumplimiento voluntario, podrá adoptarse alguna o algunas de las medidas cautelares establecidas en el artículo 61, excepto la de internamiento prevista en la letra e)».

**LA STS DE 1 DE JUNIO DE 2010
(RECURSO NÚM. 114/2007)
ANULA PARCIALMENTE EL
ARTÍCULO 18.2 DEL REAL
DECRETO 240/2007, QUE RE-
GULA LA EXPULSIÓN DE CIU-
DADANOS DE LOS ESTADOS
MIEMBROS DE LA UNIÓN
EUROPEA**

¹ Auto núm. 234/2010 de la AP Castellón (Sección 1ª) de 1 de junio, y auto núm. 188/2011 de la AP Burgos (Sección 1ª) de 21 de marzo.

El inicio del procedimiento de expulsión es condición necesaria para que el juez acuerde el internamiento. Por esta razón, el Tribunal Supremo se ha mostrado partidario de que se conceda al interesado la posibilidad de impugnar el decreto de iniciación del expediente sancionador. El Tribunal Supremo 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.²

2. Cuando se haya dictado resolución de expulsión y el extranjero no abandone el territorio nacional en el plazo que se le haya concedido para ello (art. 64.1).

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

SE MANTIENE LA DISPARIDAD DE CRITERIOS ENTRE LAS DIFERENTES SECCIONES DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID ACERCA DE LA POSIBILIDAD DE INTERPONER RECURSO DE APELACIÓN EN MATERIA DE DENEGACIONES DE ENTRADA

presupuestos del internamiento sin entrar a valorar la validez de la orden de expulsión.³ En el auto núm. 293/2010 de la AP Madrid (Sección 4ª) de 25 de junio encontramos un ejemplo de los límites del control desplegado por los juzgados de instrucción y las audiencias provinciales sobre el internamiento. En este caso, se desestima la alegación del recurrente según la cual no era válida la notificación de la expulsión practicada al abogado del extranjero. El auto señala que el correspondiente pronunciamiento sobre la validez o invalidez de dicha notificación es competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. La Audiencia Provincial explica que desde el limitado ámbito de la competencia del juez del internamiento sobre

estos extremos, se trata de una notificación con apariencia jurídica de validez conforme al Derecho Administrativo. Esta apariencia jurídica de validez no existe en el caso analizado por el auto núm. 539/2011 de la AP Madrid (Sección 17ª) de 29 de abril. Se revoca el internamiento porque con los datos que figuran en las actuaciones remitidas y en la documentación complementaria no consta que se haya practicado la notificación del decreto de expulsión.

² Vid. SSTS de 6 de febrero de 2009 (Recurso núm. 5519/2003) y 16 de abril de 2009 (Recurso núm. 5752/2003), analizadas en la anterior edición de este Anuario.

³ Auto núm. 4302/2010 de la AP Madrid (Sección 5ª) de 7 de diciembre.

Según el auto núm. 174/2011 de la AP Madrid (Sección 29ª) de 8 de abril, el hecho de que la resolución de expulsión no sea firme y haya sido recurrida no impide el internamiento del extranjero para proceder a la ejecución del decreto de expulsión, sin perjuicio de la posibilidad del recurrente de solicitar al juzgado contencioso-administrativo la suspensión de la resolución administrativa recurrida. La posición contraria se sostiene en el auto núm. 174/2011 de la AP Madrid (Sección 17ª) de 9 de febrero. El auto destaca que el internamiento se ha acordado cuando todavía no han transcurrido los dos meses previstos en la Ley 29/1998 para interponer el recurso contencioso administrativo y, en consecuencia, el decreto de expulsión no es firme. Se razona que «en estas condiciones no concurriría la razón de necesidad que justificaría la medida cautelar adoptada y en consecuencia procede acceder a la libertad del recurrente en tanto la resolución administrativa adquiera firmeza».

3. Cuando se haya dictado resolución de retorno y esta no pueda ejecutarse dentro del plazo de 72 horas (art. 60.1).

4. Cuando se haya dictado acuerdo de devolución (art. 58.6).

Audiencia del interesado

La previa audiencia del interesado constituye un trámite procedimental esencial para la autorización del internamiento. La LODYLE apenas precisa el contenido de la audiencia al extranjero para el que se solicita una medida de internamiento. Para evitar todo atisbo de indefensión, deben arbitrarse los medios necesarios para que dicha audiencia se efectúe en las condiciones más favorables para el extranjero. La previa audiencia del interesado debe permitir a este efectuar sus alegaciones y presentar sus medios de defensa, para lo que podrá contar con la asistencia de abogado e intérprete.

Aunque la LO 4/2000 no contemplaba la intervención del Ministerio Fiscal en este trámite, la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2006 de 27 de julio y la jurisprudencia venían recomendando la previa audiencia y emisión de informe por parte del Ministerio Público. La LO 2/2009 ha recogido este requisito y lo ha incorporado al párrafo segundo del artículo 62.1 de la Ley de Extranjería.

Motivación

La medida de internamiento debe adoptarse mediante resolución motivada, para garantizar el ejercicio del derecho de defensa y evitar que la medida tenga carácter arbitrario. En la resolu-

ción judicial se deben expresar las razones que se han tenido en cuenta para adoptar el internamiento. Se puede valorar la causa de expulsión o de devolución, la situación legal y personal del extranjero, la mayor o menor probabilidad de su huida, el hecho de que carezca de domicilio o de documentación, la existencia de condena o sanciones administrativas previas, la concurrencia de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes o cualquier otra circunstancia que el juez estime relevante para adoptar su decisión. La mayoría de las resoluciones de las Audiencias Provinciales consideran que el internamiento ha cumplido el requisito de motivación.⁴

En este sentido, el auto núm. 450/2011 de la AP Madrid (Sección 16ª) de 29 de junio afirma que la resolución recurrida contiene motivación suficiente que da cumplida razón de por qué se adopta el internamiento. Se hace referencia a la existencia de un decreto de expulsión y la ausencia de domicilio fijo por parte de la afectada por la medida como elementos fundamentales para acordar la medida. Se concluye que es un auto sucinto, pero suficiente para considerar cumplidas las exigencias constitucionales de motivación.

Proporcionalidad

El internamiento, como medida restrictiva de la libertad personal, se configura como una medida excepcional y de aplicación restringida, de tal modo que solo 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 principio 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.⁵ También se confirma el internamiento cuando al extranjero se le imputa un delito.⁶

⁴ Auto núm. 877/2010 de la AP Madrid (Sección 16ª) de 25 de noviembre.

⁵ Auto núm. 687/2010 de la AP Madrid (Sección 7ª) de 20 de julio.

⁶ Auto núm. 494/2010 de la AP Madrid (Sección 4ª) de 7 de octubre y auto núm. 232/2011 de la AP Murcia (Sección 3ª) de 11 de abril.

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.⁷

Límite temporal

El internamiento debe acordarse por el tiempo imprescindible para el aseguramiento de la expulsión. La Ley Orgánica 2/2009 ha ampliado el plazo máximo de internamiento de 40 a 60 días. Este plazo ya aparece en varias de las resoluciones analizadas.⁸

El nuevo plazo de 60 días es notablemente inferior al que aparece previsto en la Directiva de retorno. El artículo 15.5 de la Directiva establece que «cada Estado miembro fijará un período limitado de internamiento, que no podrá superar los seis meses» (se contempla la posibilidad de ampliar ese plazo en determinados supuestos por un período de doce meses más).

El artículo 62.2 de la LODYLE prohíbe acordar un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previstas en un mismo expediente. El auto núm. 212/2011 de la AP Madrid (Sección 1ª) de 29 de marzo matiza que la literalidad del precepto no impide que a un extranjero se le detenga de forma continuada por un mismo expediente, cuando se inste su internamiento y el juez lo deniegue, hasta que haya un juez que finalmente lo acuerde. Eso es lo que ha ocurrido en este caso en que el interesado es la tercera vez que es detenido, ya que en las dos anteriores ocasiones el juez competente denegó el internamiento. No obstante lo anterior, se revoca el internamiento por apreciar la existencia de arraigo familiar.

La prórroga del internamiento no se encuentra prevista en la LODYLE, lo que plantea dudas en aquellos casos en los que el juez autoriza el internamiento por un plazo inferior al máximo legal.

EL NUEVO PLAZO MÁXIMO DE INTERNAMIENTO DE SESENTA DÍAS YA ESTÁ SIENDO APLICADO A TRAVÉS DE VARIAS RESOLUCIONES

⁷ Auto núm. 521/2010 de la AP Madrid (Sección 4ª) de 20 de octubre; autos núm. 1418/2010 y 1422/2010 de la AP Madrid (Sección 17ª), ambos de 22 de diciembre; auto núm. 99/2011 de la AP Madrid (Sección 4ª) de 1 de marzo; auto núm. 171/2011 de la AP Barcelona (Sección 2ª) de 16 de marzo; y auto núm. 300/2011 de la AP Barcelona (Sección 3ª) de 28 de abril.

⁸ Auto núm. 1188/2011 de la AP Madrid (Sección 5ª) de 14 de marzo y auto núm. 158/2011 de la AP Madrid (Sección 29ª) de 31 de marzo.

El auto núm. 222/2011 de la AP Madrid (Sección 1ª) de 31 de marzo revoca la prórroga acordada por el Juzgado de Instrucción pero elude pronunciarse sobre esta polémica cuestión (resuelve «sin entrar en consideraciones sobre la posibilidad de prórroga»). Se sostiene que, en cualquier caso, la parte en cuyo perjuicio se dicta la medida privativa de libertad debe ser oída, y, al no haberlo hecho así el juez, debe ser estimado el recurso.

3. LA DENEGACIÓN DE ENTRADA Y EL RETORNO

Principio de contradicción

Como ya señalamos en ediciones anteriores del Anuario, la falta de traslado al interesado del «informe-propuesta» solo es causa de anulación de la orden de retorno cuando origine indefensión por contener datos nuevos que sean relevantes para la resolución final. Por el contrario, se considera innecesario el traslado de la propuesta de resolución cuando contenga exclusivamente los hechos y las manifestaciones de las que el interesado tuvo conocimiento previamente en presencia de su abogado.

EL TSJ DE CASTILLA Y LEÓN REDUCE EN VARIAS SENTENCIAS LA DURACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE ENTRADA A UN AÑO AL APLICAR RETRO- ACTIVAMENTE LA LEY ORGÁNICA 2/2009

Asistencia letrada

En todas las sentencias que hemos analizado se desestima la alegación de que se ha lesionado el derecho a la asistencia letrada argumentando que el expediente administrativo revela que el interesado gozó de letrado y que en presencia de este se le especificaron las condiciones que no cumplía para poder entrar válidamente en territorio nacional, con formal indicación de los derechos que le asistían.

Motivación

La resolución de denegación de entrada debe expresar de forma razonada los datos o circunstancias en que se apoya. El análisis de esta motivación es casuístico, como se refleja en los siguientes ejemplos:

La STSJ Madrid de 16 de julio de 2010 (sentencia núm. 701/2010) estima el recurso presentado contra la denegación de entrada por estar basada en una valoración irracional de los datos empíricos disponibles.

La STSJ Cantabria de 10 de mayo de 2010 (sentencia núm. 448/2010) considera que la resolución administrativa estaba motivada porque la carta de invitación aportada no cumplía los requisitos establecidos en la Orden PRE/ 1283/2007, de 10 de mayo, por la que se establecen los términos y requisitos para la expedición de carta de invitación de particulares a favor de extranjeros que pretendan acceder a territorio nacional por motivos de carácter turístico o privado.

Acceso a la jurisdicción y representación procesal

Continúan las discrepancias entre los TSJ en relación con el requisito de representación procesal para la interposición del recurso contencioso-administrativo. Junto a sentencias en las que se exige que haya constancia expresa de la voluntad de la persona afectada por la resolución administrativa de interponer el recurso contencioso-administrativo, hay otras resoluciones que consideran que este no debe ser un requisito exigible en aquellos casos en los que se ha solicitado el nombramiento de un abogado de oficio.⁹

En ninguna sentencia se analiza aún la nueva redacción (tras la LO 2/2009) del artículo 22.3 de la LODYLE dispone que «la constancia expresa de la voluntad de interponer el recurso o ejercer la acción correspondiente deberá realizarse de conformidad con lo previsto en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, o en caso de que el extranjero pudiera hallarse privado de libertad, en la forma y ante el funcionario público que reglamentariamente se determinen».

Medidas cautelares

La suspensión cautelarísima de la denegación de entrada en territorio español puede acordarse cuando existen razones de urgencia. La STSJ Madrid de 15 de julio de 2010 (sentencia núm. 838/2010) aprecia la concurrencia de las referidas razones en el caso de la denegación de entrada en España de una ciudadana brasileña casada con español, pero cuyo matrimonio no se encuentra inscrito en España por haber sido presentada la solicitud en órgano incompetente y no en el Registro Civil Central.

⁹ La STSJ Andalucía (Sevilla), de 15 de enero de 2010 (sentencia núm. 38/2010) es un claro exponente de la defensa de la idea de que la voluntad de recurrir queda puesta de manifiesto por el mero hecho de solicitar asistencia jurídica gratuita.

Recurso de apelación

Se mantiene la disparidad de criterios entre las diferentes secciones de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia Madrid acerca de la posibilidad de interponer recurso de apelación contra las sentencias de los juzgados de lo Contencioso-Administrativo en materia de denegaciones de entrada. Mientras algunas secciones admiten los recursos por considerar que la cuantía es indeterminada, otras optan por apreciar que la cuantía puede calcularse en función del coste del billete de avión y, en su caso, de las reservas en hoteles e inadmitir en consecuencia todos aquellos recursos de cuantía inferior al límite legalmente establecido (18.030,36 euros).

En la anterior edición del Anuario ya mostramos nuestra preferencia por la línea jurisprudencial favorable a la admisión del recurso de apelación. No nos parece convincente el argumento según el cual la expulsión y la denegación de permisos de residencia inciden en una situación de duración indeterminada en el tiempo, con perjuicios que son difíciles de cuantificar, mientras que la denegación de entrada solo produce efectos puntuales, como –por ejemplo– malograr un viaje turístico.

Una muestra del grado de subjetividad al que conduce la cuantificación de los perjuicios asociados a la denegación de la entrada en España lo encontramos en la STSJ Madrid de 14 de julio de 2010 (Sentencia núm. 762/2010). La Sección octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo admite (y estima) el recurso por considerar que el «daño moral» que se origina en este caso tiene un valor superior al límite cuantitativo mínimo de la apelación. A la apelante se le denegó la entrada a pesar de que portaba un visado de trabajo y residencia para trabajar como empleada de hogar en el domicilio de un ciudadano español. La sentencia no realiza ninguna operación para cuantificar dichos daños morales.

Quisiéramos insistir en que resulta preocupante la inseguridad jurídica que causa la divergencia de criterios jurisprudenciales en un ámbito relacionado con la tutela judicial del derecho de los extranjeros a la libre circulación y entrada en España.

4. LA EXPULSIÓN DEL TERRITORIO ESPAÑOL

Expulsión de ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea, de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo o de miembros de su familia

La STS de 1 de junio de 2010 (recurso núm. 114/2007) analiza si el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los estados miembros de la Unión Europea y de otros estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio

Económico Europeo, ha transpuesto correctamente la Directiva 38/2004/CEE. La consecuencia más importante de esta sentencia posiblemente sea la ampliación del ámbito de aplicación del Reglamento como resultado de la anulación de varias limitaciones subjetivas que establecía el artículo 2 (especialmente la que afectaba a los miembros de la familia de ciudadano español).

Desde la perspectiva estrictamente de la expulsión, debe destacarse que la sentencia anula parcialmente el artículo 18.2 del Real Decreto 240/2007. Este precepto establece como regla general la existencia de un plazo de cumplimiento voluntario de la resolución de expulsión. Se concede al interesado un plazo para abandonar el territorio español que no podrá ser inferior a un mes a partir de la fecha de la notificación de la resolución. Sin embargo, se prevé una excepción: la resolución de expulsión debe ejecutarse de forma inmediata «en casos de urgencia debidamente justificados». La sentencia suprime esta posibilidad porque, a juicio del Tribunal, la ejecución inmediata en caso de urgencia impide el ejercicio del derecho a presentar un recurso frente a la resolución de expulsión y acceder a la tutela cautelar. La escueta argumentación que contiene la sentencia en este punto pudiera crear alguna duda acerca del sistema de ejecución de las resoluciones de expulsión que alcanzara al artículo 246.1 del Real Decreto 557/2011.

Improcedencia de la expulsión cuando se ha solicitado un permiso que está pendiente de resolución administrativa

La STSJ Madrid de 15 de septiembre de 2010 (sentencia núm. 1044/2010) recuerda que, según la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 94/1993 de 22 de marzo), la Administración no puede expulsar por carecer de la documentación preceptiva a quien ha instado su expedición sin haber resuelto previamente si tiene derecho o no a obtener el permiso de residencia. Según el relato fáctico de la sentencia, el recurrente había presentado una solicitud de permiso de residencia y trabajo en agosto de 2007, sin que conste que se haya dictado resolución, mientras que el procedimiento sancionador se inicia en febrero de 2008.¹⁰

Expulsiones por condena penal: la expulsión no puede ser excluida por la existencia de permiso de residencia permanente

La STSJ Castilla y León (Burgos) de 12 de noviembre de 2010 (sentencia núm. 719/2010) señala que la excepción a la expulsión prevista en el artículo 57.5 LODYLE (residentes de

¹⁰ En el mismo sentido, la STSJ Madrid de 28 de abril de 2011 (sentencia núm. 736/2011). En este caso, había una solicitud previa de nacionalidad pendiente de resolución.

larga duración) no es aplicable al supuesto de expulsión previsto en el artículo 57.2 LO-DYLE (condena por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados). El recurrente había sido condenado por un delito de robo con violencia con una imposición de una pena privativa de libertad de tres años y seis meses de prisión.

También añade la sentencia que en estos casos no procede excluir la expulsión en virtud del principio de proporcionalidad. Aunque el recurrente acredita fuertes vínculos familiares en España, la sentencia considera que el arraigo puede enervar la expulsión relativa a la estancia ilegal del recurrente, pero en ningún caso la causa de expulsión consistente en la comisión previa de un delito grave. Según la sentencia de primera instancia, el arraigo consiste en integrarse en el entramado social, viviendo en concordia con sus convecinos y respetando las leyes internas del país. En consecuencia, resulta contradictorio con cualquier apreciación de arraigo en España el que el actor haya sido condenado por un delito grave que es frontalmente contrario al orden y seguridad públicos.

Audiencia

Como ya destacamos en las ediciones anteriores de este Anuario, surgen a menudo dudas respecto de la notificación de la propuesta de resolución. El artículo 63.2 de la LODYLE 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 acuerdo de iniciación; o b) cuando estas alegaciones no son admitidas, de forma motivada, por improcedentes o innecesarias.

La jurisprudencia ha aceptado que no se notifique la propuesta de resolución, ni se conceda un nuevo trámite de audiencia, cuando no se tengan en cuenta otros hechos, alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado.¹¹ En estas condiciones, el expediente se remite a la autoridad competente para resolver. Por el contrario, la Administración debe notificar la propuesta de resolución cuando se introduzcan nuevos hechos respecto del acuerdo de iniciación que agraven la sanción.

¹¹ STSJ de Andalucía (Málaga) de 30 de septiembre de 2010 (sentencia núm. 3495/2010).

Asistencia letrada y de intérprete

Los extranjeros que se hallan en España tienen derecho a asistencia letrada en los procedimientos de expulsión, así como a la asistencia de intérprete si no comprenden o hablan la lengua oficial que se utilice. Estas asistencias son gratuitas cuando las personas contra las que se inicia un procedimiento de expulsión carecen de recursos económicos suficientes según los criterios establecidos en la normativa reguladora del derecho de asistencia jurídica gratuita.

La STSJ Castilla y León (Burgos) de 4 de marzo de 2011 (sentencia núm. 128/2011) rechaza las alegaciones del recurrente respecto a la falta de notificación del derecho a la asistencia de letrado. La sentencia se basa en que del expediente administrativo resulta acreditado que en el acuerdo de incoación del expediente que fue debidamente notificado se indicaba expresamente que podía solicitarse asistencia letrada gratuita y un intérprete.

Motivación

Los Tribunales Superiores de Justicia reiteran la jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de la obligación de justificar la necesidad de la expulsión. Se sostiene que la multa es la «sanción principal» en el caso de la infracción del artículo 53.a) de la Ley de Extranjería. 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, como sanción más grave y secundaria, requiere una motivación específica, distinta o complementaria de la pura permanencia ilegal. 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.¹²

Sin embargo, se permite completar la motivación con las circunstancias jurídicas o fácticas que se reflejan en el expediente administrativo. Se considera que la expulsión está motivada cuando en el expediente administrativo constan, además de la permanencia ilegal, otros datos negativos sobre la conducta del interesado o sus circunstancias, y esos datos son de tal entidad que, unidos a la permanencia ilegal, justifican la expulsión, aunque no se haga mención de ellos en la resolución sancionadora. En este sentido, se estima que la expulsión está 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.

¹² STSJ Madrid de 28 de abril de 2011 (sentencia núm. 741/2011) y STSJ Andalucía (Granada) de 25 de febrero de 2011 (sentencia núm. 409/2011).

Por ejemplo, la STSJ Andalucía (Málaga) de 30 de septiembre (sentencia núm. 3486/2010) señala que la interesada se identificó con un DNI a nombre de otra persona, careciendo de documentación propia que acreditase su identidad. La sentencia subraya que esta circunstancia es suficiente para justificar la imposición de la sanción de expulsión y no la de multa en los casos de estancia irregular.

La STSJ Madrid de 22 de julio de 2010 (sentencia núm. 902/2010) considera que la ausencia de sello de entrada en el pasaporte del extranjero constituye, conforme a la jurisprudencia citada, motivación suficiente para justificar la imposición de la sanción de expulsión y no la de multa. Por el contrario, la STSJ Castilla-La Mancha de 6 de abril de 2011 (sentencia núm. 10126/2011) afirma que la circunstancia negativa de desconocerse cuándo y por dónde entró el extranjero en España no justifica por sí sola la expulsión cuando se acredita una situación de arraigo.

Desde una perspectiva probatoria, es interesante la STSJ Madrid de 15 de julio de 2010 (sentencia núm. 1650/2010). La sentencia estima el recurso y anula la expulsión porque esta se basa en la falta de prueba del lugar por el que se ingresó en el territorio nacional, pero no se ha unido al expediente ni se ha unido copia testimoniada a los autos del pasaporte completo. En el pasaporte, que ha sido aportado al proceso por el recurrente al otorgar la representación *apud acta*, consta la existencia del sello que acreditaría la entrada por puesto fronterizo habilitado al efecto.

Proporcionalidad

El artículo 57.1 LODYLE hace referencia expresa al principio de proporcionalidad como elemento fundamental en la decisión de imponer la sanción de expulsión. Para valorar la proporcionalidad 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 mayor parte de las alegaciones de falta de proporcionalidad de la expulsión se plantean en relación con la causa de expulsión prevista en el artículo 53.a) de la citada ley.

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.¹³

¹³ STSJ Galicia de 20 de abril de 2011 (sentencia núm. 430/2011).

La expulsión también se considera proporcionada en el caso de que el interesado haya sido condenado por la comisión de algún delito. La STSJ Islas Baleares de 18 de abril de 2011 (sentencia núm. 281/2011) tiene en cuenta que el extranjero había sido condenado por dos delitos de malos tratos en el ámbito familiar. Debemos recordar que el Tribunal Supremo viene sosteniendo –desde la importante STS de 29 de septiembre de 2006 (comentada en la edición 2008 de este Anuario)– 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 estas 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.¹⁴

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. En el caso del arraigo familiar, la persona contra la que se dirige la expulsión debe acreditar la naturaleza del vínculo familiar con el residente legal y la circunstancia de convivir en el mismo domicilio y a expensas de este.

La apreciación de la existencia de arraigo resulta eminentemente casuística. El *arraigo familiar* suele basarse en la convivencia estable con una pareja que reside legalmente o en el cuidado de hijos menores de nacionalidad española. La STSJ C. Valenciana de 11 de marzo de 2011 (sentencia núm. 206/2011) fundamenta el arraigo en la residencia del recurrente con su padre, que es residente legal en España y tiene permiso de trabajo en vigor. La relación entre el padre y el hijo constituye, según esta sentencia, un lazo de parentesco cualificado. Se afirma que el empadronamiento en España no determina la existencia de arraigo familiar, pero sí puede ser valorado como un indicio de la existencia de una situación fáctica de convivencia entre el actor y su padre. Esta convivencia queda demostrada además por el contrato de arrendamiento suscrito por el padre y su hijo.

En relación con el *arraigo social*, la STSJ Madrid de 22 de marzo de 2011 (sentencia núm. 227/2011) declara que no cabe deducir el arraigo ni del empadronamiento, ni de la tarjeta sanitaria pública, ni de la afiliación a la seguridad social.

¹⁴ STSJ Madrid de 16 de julio de 2010 (sentencia núm. 479/2010).

Concluimos este apartado con la referencia a algunas sentencias que plantean problemas especiales.

La STSJ Madrid de 7 de julio de 2010 (sentencia núm. 1300/2010) tiene en cuenta el arraigo para dejar sin efecto la expulsión. La particularidad de esta sentencia es que se tiene en cuenta para valorar el arraigo un hecho posterior a la interposición del recurso (aunque anterior a la sentencia de instancia) El recurrente contrajo matrimonio con una persona de nacionalidad española, por lo que, según la sentencia, tiene actualmente arraigo en España. Aunque se recuerda que la Jurisdicción Contencioso-administrativa es una jurisdicción revisora, cuya función es determinar si los actos administrativos se conformaban a la legalidad en el momento en que se dictaron, la sentencia subraya la especialidad de los casos de superveniencia de motivos legales para conceder a un nacional extranjero el derecho a permanecer en España. Se argumenta que no se puede desconocer el factor de arraigo y los problemas que se generarían de confirmar la expulsión.

La STSJ Islas Baleares de 17 de mayo de 2011 (sentencia núm. 363/2011) afirma que los antecedentes penales por violencia doméstica y por conducción sin permiso (constan dos sentencias firmes) constituyen datos negativos que sumados a la permanencia ilegal justifican la imposición de la sanción de expulsión. A pesar de estas circunstancias, la sentencia considera desproporcionada la expulsión debido al arraigo del recurrente (tiene un hijo menor nacido en España y se encuentra casado con una ciudadana española). Ante esta situación de arraigo, la sentencia sostiene que el dato negativo de los antecedentes «ha perdido entidad bastante para fundar la sanción impuesta».

Prohibición de entrada

Las SSTSJ Castilla y León (Valladolid) de 11 de marzo (sentencia núm. 629/2011), 29 de abril (sentencia núm. 989/2011) y 6 de junio de 2011 (sentencia núm. 1292/2011) reducen la prohibición de entrada en territorio español y Schengen, por la retroactividad de la norma más favorable. La Ley Orgánica 2/2009 ha eliminado el límite mínimo de la prohibición de entrada, que antes se fijaba en tres años. La nueva redacción del artículo 58.1 de la LODYLE no fija la extensión mínima de la prohibición de entrada. El TSJ considera, en los dos casos, que la prohibición de entrada de tres años impuesta por la Administración debe reducirse a un año. Se indica que este plazo coincide con el fijado por otros tribunales superiores de Justicia (se cita como referencia la STSJ de Castilla la Mancha, de 27 de septiembre de 2010) y se encuentra por debajo de la mitad del grado inferior (hasta dos años y medio) de la total extensión de la medida.

La STSJ Islas Baleares de 18 de abril de 2011 (sentencia núm. 281/2011) no aplica retroactivamente la Ley Orgánica 2/2009 y establece el plazo de prohibición de entrada de acuerdo con la horquilla aplicable en el momento en que se dictó la orden de expulsión (de tres a diez años). Ante la ausencia de motivación, se reduce al mínimo de tres años el período de prohibición de entrada en España. La misma solución se aplica en la STSJ C. Valenciana de 23 de julio de 2010 (sentencia núm. 1091/2010).

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 este 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.

Acceso a la jurisdicción y representación procesal

En la interposición del recurso contencioso-administrativo contra la expulsión se plantean los mismos problemas en relación con el requisito de representación procesal a los que hemos hecho referencia en el caso de las órdenes de retorno.

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 puede paralizar la actuación 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. 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 el *periculum in mora*, «pese a que, evidentemente, era carga de él mismo hacerlo».¹⁵

La causa que más frecuentemente se invoca para solicitar la suspensión cautelar es el peligro de ruptura del *arraigo familiar*. Los casos más habituales se refieren a vínculos con cónyuges (o

¹⁵ En aplicación de esta doctrina, se rechaza la adopción de la medida cautelar, entre otras muchas resoluciones, en la STSJ C. Valenciana de 26 de abril de 2011 (sentencia núm. 475/2011).

parejas de hecho) e hijos españoles o residentes legales.¹⁶ La STSJ C. Valenciana de 3 de febrero de 2011 (sentencia núm. 52/2011) aprecia arraigo familiar a partir de la convivencia del recurrente con sus padres y hermanos en el mismo domicilio.

En la STSJ Madrid de 28 de abril de 2011 (sentencia núm. 755/2011) parece que se tienen en cuenta razones de *arraigo social*. Se señala que el recurrente está empadronado desde octubre de 2008, tiene tarjeta sanitaria y presenta diversa documentación acreditativa del arraigo en el país, como la inscripción en cursos de la Comunidad de Madrid de gestión contable, de ayudante de electricidad y de español. La STSJ Madrid de 17 de diciembre de 2010 (sentencia núm. 1895/2010) accede a la medida cautelar porque el recurrente tiene una oferta de trabajo, aporta copia del Informe Municipal de Inserción Social y ha iniciado los trámites oportunos para proceder a su regularización en España.

Se accede a la suspensión cautelar de la expulsión sobre la base de la doctrina del *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho en aquellos casos en los que la resolución de expulsión únicamente se fundamenta en la situación de estancia irregular. Se atribuye al recurso interpuesto muchas probabilidades de prosperar porque existe una reiterada jurisprudencia que anula la orden de expulsión, por falta de motivación, cuando 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.¹⁷

En la STSJ Madrid de 10 de junio de 2011 (sentencia núm. 186/2011) se accede a la medida cautelar de suspensión de la expulsión para preservar la eficacia del recurso interpuesto por el recurrente contra la inadmisión a trámite de una solicitud de asilo.

5. LA DEVOLUCIÓN

No es necesario tramitar procedimiento sancionador

El artículo 58. 2 de la Ley Orgánica 4/2000 (actualmente art. 58.3) dispone que no será preciso expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros que: a) habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España; o b) pretendan entrar ilegalmente en el país. Se afirma que no es necesario tramitar un expediente sancionador (sujeto a las garantías previstas para este tipo de procedimientos), porque la devolución no es una medida de carácter

¹⁶ STSJ C. Valenciana de 16 de diciembre de 2010 (sentencia núm. 1067/2010).

¹⁷ SSTSJ C. Valenciana de 7 de febrero (sentencia núm. 67/2011) y 10 de marzo de 2011 (sentencia núm. 184/2011).

punitivo, sino que tiende a restablecer la legalidad alterada mediante la restitución del ciudadano extranjero al país de procedencia.¹⁸

Efectos

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 58.7 de la Ley Orgánica 4/2000, la devolución de quienes contravengan la prohibición de entrada en España conllevará la reiniciación del cómputo del plazo de prohibición de entrada que hubiese acordado la resolución de expulsión quebrantada.

Sin embargo, el TSJ Andalucía (Málaga) sostiene en la Sentencia de 26 de febrero de 2010 (recurso núm. 1945/2007) y en otras posteriores que la devolución no puede conllevar de forma automática el reinicio del cómputo del plazo. Se sostiene que el reinicio es una medida restrictiva de derechos y de carácter sancionador, porque no devuelve las cosas a un statu quo anterior a la ilegalidad, sino que tiene una finalidad disuasoria y supone el incremento de la originaria prohibición de entrada. En este grupo de sentencias se confirma la validez de la devolución, pero se anula el efecto relativo al reinicio del cómputo del plazo de prohibición de entrada.¹⁹

Las devoluciones acordadas en los casos de intento de entrada irregular en el territorio llevan aparejada, según el citado artículo 58.7 de la Ley Orgánica 4/2000, la prohibición de entrada en territorio español por un plazo máximo de tres años. Siguiendo el mismo razonamiento que acabamos de exponer en relación con el reinicio del cómputo del plazo en los supuestos de violación de la prohibición de entrada, el TSJ Andalucía (Málaga) anula la prohibición de entrada como efecto de la devolución también en el caso de intento de entrada irregular.²⁰ Por el contrario, el TSJ Murcia acepta la validez de la prohibición de entrada y únicamente exige que la imposición del plazo máximo de tres años deba motivarse.²¹

Suspensión cautelar

El Tribunal Superior de Justicia de Murcia deniega en una larga serie de sentencias la suspensión cautelar de las devoluciones de extranjeros que habían sido detenidos mientras pretendían

18 Puede verse como ejemplo la STSJ Murcia de 10 de junio de 2011 (sentencia núm. 591/2011).

19 Esta jurisprudencia se aplica en las SSTSJ Andalucía (Málaga) de 12 de julio de 2010 (sentencias núm. 2907/2010, 2908/2010 y 2923/2010) y 30 de septiembre de 2010 (sentencias núm. 3490/2010 y 3510/2010).

20 STSJ Andalucía (Málaga) de 30 de septiembre de 2010 (sentencia núm. 3420/2010).

21 Un ejemplo de reducción del plazo de prohibición de entrada de tres años a un año puede verse en la STSJ Murcia de 3 de junio de 2011 (sentencia núm. 556/2011).

entrar ilegalmente en España. Se destaca que el artículo 58. 2 b) de la Ley Orgánica 4/2000 (redacción anterior a la LO 2/2009) permite la devolución al país de origen sin necesidad de iniciar un procedimiento de expulsión en este supuesto y que el extranjero no acredita ninguna circunstancia (tener arraigo, familiar o laboral, o haber solicitado el asilo) que justifique la adopción de la medida cautelar solicitada.²²

6. LA DEVOLUCIÓN DE POLIZONES

La STSJ Galicia de 25 de mayo de 2011 (sentencia núm. 582/2011) declara la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el derecho a la asistencia jurídica gratuita, previsto en el artículo 22.1 de LODYLE, respecto de dos polizones que fueron devueltos. La Administración argumenta que no se facilitó asistencia jurídica a los polizones porque estos no manifestaron en la entrevista con los funcionarios de la Policía y de la Guardia Civil su intención de querer entrar en España. La Instrucción conjunta de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, la Dirección General de Política Interior y la Dirección General de Inmigración de 28 de noviembre de 2007, sobre tratamiento de polizones extranjeros señala: «tan pronto como el polizón extranjero manifieste su intención de solicitar la entrada en territorio español, pudiendo producirse una situación de denegación de entrada, medida de devolución o expulsión, se le facilitará la asistencia jurídica, en su caso gratuita».

La sentencia destaca que la Administración ha entrevistado a los polizones aplicando un formulario ritual sin preguntarles directamente si deseaban estar en España o disfrutar de la asistencia jurídica gratuita. Este tipo de entrevista no se ajusta, según esta sentencia, a la «efectividad y facilidad que debe imperar en el ejercicio del derecho a asistencia jurídica gratuita». Se concluye que la falta de información sobre la posibilidad de recabar la asistencia letrada de un abogado de oficio provocó una situación de indefensión real.

7. LA REPATRIACIÓN DE MENORES

Principio de interés superior del menor

La Administración debe decidir sobre la situación de los menores no acompañados, optando entre el retorno a su país de origen y su permanencia en España, de acuerdo con el principio de

²² SSTSJ Murcia de 12 de abril de 2010 (sentencia núm. 224/2010) y 28 de febrero de 2011 (sentencia núm. 197/2011).

interés superior del menor. La STSJ Madrid de 30 de abril de 2010 (sentencia núm. 559/2010) considera relevantes para resolver a favor de la permanencia los informes positivos de integración, las circunstancias familiares precarias y la situación de inestabilidad en el país de origen.

Procedimiento

Acerca de las garantías que rigen el procedimiento de repatriación, el artículo 35 de la LODYLE dispone que la autoridad gubernativa resuelva después de oír al menor y previo informe de los servicios de protección de menores. La falta de audiencia del menor es causa de nulidad en el procedimiento de repatriación.

Como ya señalamos en la anterior edición de este anuario, la Ley Orgánica 2/2009 ha introducido algunas novedades importantes. En el nuevo apartado sexto de este artículo, se aborda el problema de la capacidad del menor para actuar en el procedimiento de repatriación, recurrir la orden de repatriación ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo o solicitar medidas cautelares. A los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años se les reconoce capacidad para actuar, pudiendo intervenir personalmente o a través del representante que designen. Cuando se trata de menores de dieciséis años, con juicio suficiente, que hayan manifestado una voluntad contraria a la de quien ostenta su tutela o representación, se debe suspender el curso del procedimiento, hasta el nombramiento del defensor judicial que les represente. Este precepto codifica algunas de las soluciones que venían utilizando los tribunales anteriormente.

Reagrupación familiar o puesta a disposición del menor ante los servicios de protección de menores

La repatriación al país de origen se puede realizar bien mediante reagrupación familiar, bien mediante la puesta a disposición del menor ante los servicios de protección de menores, si se dieran las condiciones adecuadas para su tutela por parte de los mismos. 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 que puedan hacerse responsables de ellos.

Suspensión cautelar

La suspensión cautelar de la repatriación puede apoyarse en el incumplimiento de alguno de los anteriores trámites procedimentales o en la existencia de indicios de arraigo. La STSJ Cata-

luña de 22 de octubre de 2010 (sentencia núm. 807/2010) confirma las medidas cautelares respecto de una orden de repatriación al considerar que no están garantizadas las condiciones para la efectiva reagrupación familiar del menor o para la adecuada tutela por parte de los servicios de protección de menores del país de origen.²³

²³ En contra de la suspensión cautelar puede verse la STSJ Cataluña de 16 de diciembre de 2010 (sentencia núm. 9577/2010).