

**DENEGACIÓN DE
ENTRADA Y
SALIDAS
OBLIGATORIAS DEL
PAÍS: LAS
GARANTÍAS DEL
PROCEDIMIENTO
EN LA
JURISPRUDENCIA
(DE JUNIO DE
2011 A JUNIO DE
2012)**

Ignacio García Vitoria

Profesor Contratado Doctor de Derecho Constitucional
de la Universidad Complutense de Madrid

1. Introducción
2. El internamiento en centros no penitenciarios
 - 2.1. Causas de internamiento
 - 2.2. Audiencia del interesado
 - 2.3. Motivación
 - 2.4. Proporcionalidad
 - 2.5. Límite temporal
3. La denegación de entrada y el retorno
4. La expulsión del territorio español
 - 4.1. Improcedencia de la expulsión cuando se ha solicitado un permiso que está pendiente de resolución administrativa
 - 4.2. Elección del procedimiento preferente
 - 4.3. Audiencia
 - 4.4. Asistencia letrada y de intérprete
 - 4.5. Motivación
 - 4.6. Proporcionalidad
 - 4.7. Motivos humanitarios
 - 4.8. Prohibición de entrada
 - 4.9. Notificación
 - 4.10. Acceso a la jurisdicción y representación procesal
 - 4.11. Acceso a los recursos
 - 4.12. La suspensión cautelar de la expulsión
5. La devolución

RESUMEN

El texto analiza la jurisprudencia dictada entre junio de 2011 y junio de 2012 por los Tribunales Superiores de Justicia sobre las garantías que deben presidir los procedimientos de expulsión, devolución y retorno y de las Audiencias Provinciales sobre las garantías del internamiento en centros de extranjeros. 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 los Tribunales Superiores de Justicia entre junio de 2011 y junio de 2012 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 y devolución). Asimismo, se examina también la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales respecto

LA JURISPRUDENCIA EXIGE QUE LA ADMINISTRACIÓN ACREDITE LAS CIRCUNSTANCIAS QUE DAN LUGAR A TRAMITAR LA EXPULSIÓN A TRAVÉS DEL PROCEDIMIENTO PREFERENTE

al internamiento cautelar en centros no penitenciarios. Las resoluciones del periodo analizado ya reflejan 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).

El Tribunal Supremo no revisa la legalidad de las resoluciones de expulsión, porque las resoluciones que se dictan en materia de extranjería por

la Administración periférica del Estado no son susceptibles de recurso de casación (artículos 8.4 y 86.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en la redacción dada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre).

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).

El elevado número de sentencias que dictan los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas y las Audiencias Provinciales impide realizar un análisis exhaustivo, 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.

2.1. 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 (artículo 62.1). El inicio del procedimiento de expulsión es condición necesaria para que el Juez acuerde el internamiento. Es necesario matizar que a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 2/2009 sólo puede acordarse el internamiento cuando el expediente se tramita a través del procedimiento preferente (artículo 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)”.

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 (artículo 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 presupuestos del internamiento sin entrar a valorar la validez de la orden de expulsión.

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

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

El Auto núm. 480/2011 de la AP de Madrid (Sección 29ª), de 23 septiembre, considera que la medida de internamiento prevista en la LODYLE no es aplicable a los ciudadanos comunitarios cuando se dicta contra ellos una orden de expulsión. La Audiencia Provincial destaca que el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, de entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de Estados Miembros de la UE, no prevé el internamiento de los ciudadanos comunitarios para llevar a cabo la expulsión.

2.2. 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 éste 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 art. 62.1 de la Ley de Extranjería.

2.3. 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 resolución 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.¹

2.4. Proporcionalidad

El internamiento, como medida restrictiva de la libertad personal, se configura como una medida excepcional y de aplicación restringida, de tal modo que sólo ha de adoptarse en cuanto constituya el único medio razonablemente eficaz para asegurar la efectiva ejecución del acuerdo de expulsión. La decisión debe atender al principio de proporcionalidad, lo que exige ponderar la situación legal y personal del extranjero y la probabilidad de su huida.

1. Como ejemplo de resolución en la que se aprecia falta de motivación puede verse el Auto núm. 618/2011 de la AP de Madrid (Sección 4ª), de 15 noviembre.

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.

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.² El grado de arraigo que es suficiente para acordar el cese del internamiento es inferior al que se exige para conceder un permiso de residencia por circunstancias excepcionales y para apreciar la nulidad de la expulsión. En este sentido, pueden apreciarse situaciones de convivencia con hermanos, que no pueden ser tenidas en cuenta para resolver sobre la expulsión o sobre la residencia en España.³

2.5. 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. 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 periodo limitado de internamiento, que no podrá superar los seis meses” (se contempla la posibilidad de ampliar ese plazo en determinados supuestos por un periodo de doce meses más).

3. LA DENEGACIÓN DE ENTRADA Y EL RETORNO

No hay jurisprudencia novedosa en el periodo analizado sobre la denegación de entrada y el retorno. Como ya señalamos en ediciones anteriores del Anuario, la mayoría de las sentencias analizan la valoración de los datos o circunstancias en que se apoya la resolución de denegación de entrada.

Por su conexión con la protección de los derechos fundamentales, haremos referencia al Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 septiembre 2011 (auto núm. 439/2011). Esta resolución judicial tiene como objeto la situación de un ciudadano brasileño al que se le había denegado la entrada en España y se encontraba retenido en la sala de rechazos del aeropuerto de Barajas

2. Auto núm. 340/2011 de la AP de Madrid (Sección 4ª), de 15 julio.

3. Auto núm. 185/2012 de la AP de Tarragona (Sección 2ª) de 27 marzo.

para la ejecución de la orden de retorno. El Juzgado de Instrucción había estimado la petición de *habeas corpus* y ordenado la inmediata puesta en libertad.

La Audiencia Provincial comienza recordando que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 179/2000, de 26 de junio) ha declarado que esta situación del extranjero que no puede entrar en España y queda retenido para su devolución al punto de origen, debe ser considerada como

EXISTEN DISCREPANCIAS ENTRE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA SOBRE CÓMO APLICAR LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO ACERCA DE LA OBLIGACIÓN DE JUSTIFICAR LA NECESIDAD DE LA EXPULSIÓN

una privación de libertad, sin que el hecho de que quepa la posibilidad de que el extranjero pueda voluntariamente abandonar el país, impida considerar que no existe dicha privación de libertad. También se hace referencia al art. 5.1, f) del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Sin embargo, la Audiencia considera que en este caso la limitación de la libertad ambulatoria del ciudadano extranjero cumple los requisitos previstos en el artículo 60 de la LODYLE. El Auto destaca que la ejecución de la orden de retorno estaba previsto que se realizara dentro del plazo de 72 horas, por lo que no era necesario aplicar el supuesto regu-

lado en el art. 60.1 párrafo segundo (cuando el regreso del extranjero no pudiera llevarse a cabo dentro de esas 72 horas, la autoridad administrativa debe dirigirse al Juez de Instrucción al objeto de obtener una autorización para el internamiento). La Audiencia destaca además que el *habeas corpus* es un proceso de cognición limitada a través del cual no se puede examinar la pertinencia de los motivos que llevan a la Administración a denegar la entrada en el territorio nacional.

4. LA EXPULSIÓN DEL TERRITORIO ESPAÑOL

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

La STSJ Madrid de 8 junio 2011 (sentencia núm. 376/2011) reitera que 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. La sentencia destaca que el permiso de residencia no puede entenderse denegado, a estos efectos, por silencio administrativo. Esta sentencia sigue la línea marcada por la STSJ Madrid de 15 septiembre 2010 (sentencia núm. 1044/2010), analizada en el anterior número de este mismo Anuario. El TSJ se

apoya en la STC 94/1993 de 22 de marzo. También se cita la jurisprudencia del TC en relación con el silencio administrativo (SSTC 6/1986, 204/1987, 180/1991, 294/1994, 3/2001, 179/2003, 188/2003, 220/2003, 186/2006 y 40/2007) para sostener que “el silencio administrativo de carácter negativo es una ficción legal que responde a la finalidad de que el administrado pueda acceder a la vía judicial superando los efectos de la inactividad de la Administración”. Se declara que ante una desestimación presunta el ciudadano no puede estar obligado a recurrir, pues ello supondría imponerle un deber de diligencia que no le es exigible.

4.2. Elección del procedimiento preferente

La jurisprudencia comienza a resolver la cuestión del procedimiento a través del cual debe tramitarse la expulsión por la infracción prevista en el artículo 53.1.a) LODYLE. El problema surge porque, tras la reforma de la LO 2/2009, los expedientes por la infracción de estancia irregular pueden tramitarse a través del procedimiento ordinario o del preferente. Se puede seguir el preferente cuando concurre alguna de las siguientes circunstancias: a) riesgo de incomparecencia; b) el extranjero evitara o dificultase la expulsión, sin perjuicio de las actuaciones en ejercicio de sus derechos; c) el extranjero representase un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional. Estas circunstancias fueron desarrolladas primero en la Circular 1/2010 de la Dirección General de la Policía y posteriormente en el artículo 234 del RD 557/2011. La decisión de seguir uno u otro procedimiento tiene importantes consecuencias en la situación jurídica del extranjero que se encuentra en situación irregular. Mientras en el procedimiento ordinario se concede al interesado un plazo en el que puede cumplir de manera voluntaria la orden de expulsión, las resoluciones de expulsión que se dictan en procedimientos de tramitación preferente se ejecutan de forma inmediata. Los plazos de alegaciones se reducen de forma notable en el procedimiento preferente.

El control que desarrollan los órganos judiciales sobre esta decisión admite dos variantes:

a) Puede existir, en primer lugar, un control sobre la motivación de la resolución administrativa. Es el caso, por ejemplo, de la STSJ Castilla y León, Valladolid, de 24 febrero 2012 (sentencia núm. 334/2012 de 24 febrero). Las razones esgrimidas por la administración para seguir el procedimiento preferente eran “considerar que el extranjero representa un riesgo para el orden público y la seguridad pública”. El TSJ considera que hay un problema de motivación del acto administrativo, en el que “no se explicitan las razones por las que el extranjero representa un riesgo para el orden público y la seguridad pública”. El TSJ subraya que “no es suficiente invocar en abstracto que concurre cualquiera de los supuestos del artículo 63.1 de la Ley Orgánica sobre Derechos y

Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, sino que es preciso concretar en cada caso porqué se estima por la administración que se debe adoptar la decisión, pues, en otro caso, se estaría ante un supuesto incontrolable, desde el momento en que el administrado extranjero nunca podría llegar a combatir eficazmente esa decisión y tendría que pechar, quisiera o no, con ella”.

La STSJ Asturias de 14 mayo 2012 (sentencia núm. 90169/2012) rechaza que la Administración pueda basarse para optar por el procedimiento preferente en la existencia de una sanción administrativa previa y el incumplimiento de la obligación de abandonar el territorio español, porque este motivo no se recoge –a su juicio- como justificación de la tramitación preferente en el citado artículo 63.1 de la LODYLE.

b) El control judicial se adentra en otras sentencias en la valoración de las pruebas que sustentan el acto administrativo. La STSJ Castilla y León, Valladolid, de 13 abril 2012 (sentencia núm. 732/2012) anula la resolución de expulsión por considerar que la aplicación del régimen del procedimiento preferente fue excesivamente rigurosa. La policía argumentaba que existía “riesgo de incomparecencia al ser detenido en el momento que entraba en Portugal y al contar con antecedentes penales”. El TSJ rebate la entidad de las razones esgrimidas por la policía. El órgano judicial se basa en que existe una única condena penal y que la aplicación de la pena privativa de libertad se encuentra suspendida, “lo que hace difícil entender que con ello quiera evitarse el alcance de la justicia penal”. También se indica que el billete de tren intervenido era de ida y vuelta, resultando “contradictorio con marcharse del país el comprar un billete de retorno al mismo”.

También se anula la orden de expulsión en la STSJ Castilla y León, Valladolid, de 24 febrero 2012 (sentencia núm.335/2012). El TSJ considera que no puede entenderse que el extranjero se encuentra indocumentado cuando presenta una copia del pasaporte.

4.3. 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 art. 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. 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.

4.4. Asistencia letrada y de intérprete

No hay novedades en el periodo analizado sobre los derechos a la asistencia letrada y de intérprete en los procedimientos de expulsión.

4.5. Motivación

Existen discrepancias entre los Tribunales Superiores de Justicia sobre cómo aplicar la jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de la obligación de justificar la necesidad de la expulsión.

Recordemos que el TS ha sostenido 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. 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.

Mientras esta jurisprudencia del TS está siendo aplicada en sus estrictos términos por algunos TSJ, que mantienen una posición rigurosa respecto de las circunstancias que pueden dar

lugar a la expulsión,⁴ hay otros TSJ, que formalmente citan al TS para extraer a continuación unas consecuencias que en nuestra opinión no concuerdan con el sentido de su jurisprudencia. La vía a través de la cual algunos TSJ están modificando la jurisprudencia del TS es la utilización de la ausencia de arraigo como una circunstancia negativa que justifica la expulsión. Junto al arraigo suele citarse la ausencia de medios económicos como circunstancia que obliga a descartar la opción de la multa a favor de la expulsión. Además se impone al extranjero que recurre la orden de expulsión la carga de demostrar el arraigo.⁵

4.6. 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 art. 53.1.a) de la citada Ley.

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.

La mayoría de las sentencias tienden a identificar el arraigo como circunstancia que puede conllevar la falta de proporcionalidad de la expulsión con la definición normativa del arraigo en relación con la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales. Para valorar la ausencia de arraigo se toma como referencia los requisitos previstos en el artículo 45.2 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre (actual artículo 124 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril).

4. Como ejemplo de la línea que consideramos más afín con la jurisprudencia del TS podemos citar la STSJ País Vasco de 30 junio (sentencia núm. 485/2011) y la STSJ La Rioja de 11 abril 2012 (sentencia núm.112/2012). También creemos que es coherente con esta línea jurisprudencial la STSJ Asturias de 25 enero 2012 (sentencia núm.6/2012) que tiene en cuenta la existencia de una previa orden de salida que ha sido incumplida como causa que justifica la imposición de la expulsión.

5. En este sentido, pueden verse la STSJ Castilla y León, Valladolid, de 11 noviembre 2011 (sentencia núm.2571/2011); las SSTSJ Cataluña de 13 enero (sentencia núm. 12/2012) y 26 marzo 2012 (sentencia núm. 155/2012).

- En este sentido, por ejemplo, la STSJ Galicia de 21 marzo 2012 (sentencia núm. 456/2012) niega relevancia al empadronamiento prolongado, que “no revela más que su intención de prolongar su permanencia irregular en España”.

- La referencia a los requisitos legales llevan a la STSJ de la Comunidad Valenciana de 27 de octubre 2011 (sentencia núm. 2411/2011) a rechazar la convivencia con hermanos que residen legalmente en España como motivo de arraigo.⁶

- La STSJ C. valenciana de 2 diciembre 2011 (sentencia núm. 2806/2011) añade que la convivencia del recurrente con sus padres, residentes legales, es irrelevante porque el interesado es mayor de edad.

La STSJ Cataluña de 20 diciembre 2011 (sentencia núm. 877/2011) considera que concurren circunstancias de arraigo “especialmente intensas” y confirma la anulación de la expulsión en un caso en el que el recurrente lleva tres años en España y está casado con una persona que es residente legal. La sentencia señala que el matrimonio con un residente legal es un supuesto que puede dar lugar a la reagrupación familiar o a la autorización de residencia por arraigo familiar (cita el artículo 45.2 b) del derogado RD 2393/2004 y el artículo del vigente 124.2 c) RD 557/2011). La sentencia habla de arraigo familiar, aunque en sentido estricto quizás debería decir arraigo social.

La STSJ País Vasco de 22 noviembre 2011 (sentencia núm. 754/2011) analiza si el extranjero contra el que se dicta la orden de expulsión cumpliría los requisitos para la autorización de residencia por arraigo familiar previstos en el artículo 124.3.a) del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril.⁷ La sentencia subraya que la nueva regulación exige que el progenitor tenga a su cargo al menor y además conviva con él, pero no se exige que el progenitor carezca de antecedentes penales, como sí sucede en los casos de arraigo social y laboral. La sentencia señala que el origen del derecho de los extranjeros progenitores de un menor español a su cargo a la autorización de residencia por circunstancias excepcionales está en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de octubre de 2004 (asunto C-200/02 entre Kunqian Catherine Zhu y Man Lavette Chen contra el Secretary of State for the Home Department del Reino Unido).

6. En el mismo sentido, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 15 de diciembre 2011 (sentencia núm. 2862/2011).

7. Sobre el mismo problema, la STSJ Castilla y León, Valladolid de 14 octubre (sentencia núm. 2281/2011).

4.7. Motivos humanitarios

La STSJ Galicia de 18 enero 2012 (sentencia núm. 16/2012) desestima el recurso presentado por una persona que es expulsada en virtud del artículo 57.2 LODYLE (condena por una conducta dolosa que constituya delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año). El recurrente alegaba que el regreso a su país de origen suponía un peligro cierto para su vida ante la existencia de amenazas de muerte dirigidas a él. Esta persona declaraba que ya habían sido asesinados dos familiares y manifestaba su intención de solicitar asilo en nuestro país. La sentencia responde que “es en el procedimiento que se incoe como consecuencia de la solicitud de asilo que llegara a presentarse en el que se habrían de valorar aquellas circunstancias personales y familiares y la entidad y trascendencia real de las supuestas amenazas de muerte que dice haber recibido, tanto él mismo como su familia”.

La sentencia es interesante porque afirma que el supuesto de expulsión contemplado en el artículo 57.2 LODYLE no tiene naturaleza sancionadora, sino que constituye “una medida que se acuerda legítimamente por parte del Estado español en el marco de su política de extranjería”. Asimismo señala que este motivo de expulsión es conforme a la normativa europea (Directiva 2001/40/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión). La sentencia también hace referencia a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para subrayar “la amplia potestad de que disponen los poderes públicos para controlar la entrada, la residencia y la expulsión de los extranjeros en su territorio” (SSTEDH caso Abdulaziz, 28 de mayo de 1985; caso Berrehab, 21 de junio de 1988; caso Moustaqim, 18 de febrero de 1991, y caso Ahmut, de 28 de noviembre de 1996).

La STSJ Castilla y León, Valladolid, de 29 noviembre 2011 (sentencia núm.2705/2011) sostiene que el hecho de que la mujer contra la que se dicta la orden de expulsión tenga a su cargo una hija que ni es española ni tiene residencia legal no es óbice para la imposición de esta medida. El TSJ argumenta que el derecho a la intimidad familiar (art. 18 CE) o la protección de la familia y de los menores no se ve afectado por el hecho de la expulsión, “pues es obligación de los padres, en este caso de la madre la alimentación, educación y compañía de sus hijos (art. 154 CC), lo que en caso de expulsión pasa, indefectiblemente por trasladar a su hija al país de destino. Dicho por pasiva, lo que se señala es que la afectación de la unidad familiar no es consecuencia de la orden de expulsión sino de la decisión de la madre de abandonar a su hija en territorio español, de ser esto posible”.

La STSJ Cataluña de 21 noviembre 2011 (sentencia núm. 794/2011) considera que el hecho de que la recurrente se hallase embarazada al tiempo de celebrarse la vista oral en primera instancia

“resulta irrelevante a los efectos de esta litis,” puesto que “se trata de un hecho posterior a las resoluciones impugnadas, que no es susceptible de enervar la eficacia de las mismas, por más que pueda posponerse la ejecución de lo resuelto hasta que la interesada dé a luz, suceso que, a estas alturas, sin duda habrá tenido lugar”. La sentencia subraya que el artículo 57.6 de la LODYLE exige, para suspender la ejecución de la expulsión, que se acredite que la expulsión puede suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre.

4.8. Prohibición de entrada

Varias sentencias estiman parcialmente los recursos contra las resoluciones de expulsión en relación con la duración de la prohibición de entrada como consecuencia de 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, ante lo cual los TSJ optan por establecer plazos que se encuentren por debajo de “la mitad del grado inferior (hasta dos años y medio) del plazo legal máximo (cinco años)”.

Los TSJ difieren en cuanto al concreto plazo que debe fijarse para la prohibición de entrada cuando no existen circunstancias agravantes. La STSJ Cataluña de 7 marzo 2012 (sentencia núm. 102/2012) fija en dos años la duración de la prohibición de entrada. La STSJ Castilla y León, Valladolid, de 11 noviembre (sentencia núm.2571/2011) señala que no sirve de criterio mínimo el plazo de dos años fijado en el RD 240/2007 para ciudadanos comunitarios por tratarse de supuestos en los que está afectado el orden público, la seguridad pública o la salud pública. Reduce la extensión de la prohibición de entrada al plazo de un año. Como criterio para esta ponderación se cita como referencia la STSJ de Castilla la Mancha, de 27 de septiembre de 2010.

También podemos destacar que la reducción de forma retroactiva del plazo de prohibición de entrada se produce tanto en casos en los que la LO 2/2009 entró en vigor entre la propuesta y la resolución definitiva (STSJ Cataluña de 12 diciembre, sentencia núm.874/2011) como en casos

LA MAYORÍA DE LAS SENTENCIAS TIENDEN A IDENTIFICAR EL ARRAIGO COMO CIRCUNSTANCIA QUE PUEDE CONLLEVAR LA FALTA DE PROPORCIONALIDAD DE LA EXPULSIÓN CON LA DEFINICIÓN NORMATIVA DEL ARRAIGO EN RELACIÓN CON LA AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA TEMPORAL POR CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES

en los que se había dictado la resolución definitiva antes de esta entrada en vigor de la ley (STSJ Cataluña de 2 diciembre, sentencia núm.860/2011).

4.9. Notificación

No hay jurisprudencia novedosa sobre la notificación. La STSJ Cataluña de 3 noviembre 2011 (sentencia núm. 740/2011) reitera, por ejemplo, que los defectos en la notificación sólo tienen transcendencia anulatoria cuando causan indefensión al interesado.

4.10. Acceso a la jurisdicción y representación procesal

En la interposición del recurso contencioso-administrativo contra la expulsión se siguen planteando problemas en relación con el requisito de representación procesal, como ya hemos registrado en anteriores números de este boletín. La duda reside en determinar si el abogado de oficio designado por el Colegio en el marco de una solicitud de asistencia jurídica gratuita puede interponer el recurso sin que su cliente le haya conferido expresamente la representación. Algunas sentencias han considerado que debe admitirse el recurso interpuesto en estas condiciones teniendo en cuenta la posibilidad de acumular la defensa y representación procesal en los abogados ante los órganos unipersonales de la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 23 Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). Otros tribunales, por el contrario, exigen que haya constancia expresa de la voluntad de la persona afectada por la resolución administrativa de interponer el recurso contencioso-administrativo y de atribuir su representación procesal al abogado de oficio.

Es destacable el cambio de jurisprudencia que experimenta el TSJ de Murcia. En su sentencia de 18 julio 2001 (sentencia núm.748/2011), y en otras posteriores,⁸ recuerda que la posición de este TSJ ha sido la de admitir la representación del abogado sin más acreditación que la designación por el turno de oficio. Para llegar a esta conclusión, el TSJ se basaba en una interpretación antiformalista de los requisitos legales, a partir de la jurisprudencia del TC y del TEDH, que se cita expresamente en la sentencia. El TSJ considera que la reforma del artículo 22 de la LODYLE obliga a modificar esta línea jurisprudencial. La reforma realizada por la LO 2/2009. Según esta sentencia, el apartado tercero del citado artículo 22 añade como requisito que se acredite la representación procesal de conformidad con lo previsto en el artículo 24 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de En-

8. STSJ Murcia de 30noviembre (sentencianúm.1237/2011)

juiciamiento 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”). Se concluye que después de la reforma legislativa ya no es suficiente la comunicación del Colegio de Abogados estimando ajustada a derecho la solicitud de beneficio de justicia gratuita. Se cita como referencia la STSJ de Andalucía, Sevilla, de 28 de julio de 2010 (recurso272/2010).

En el mismo sentido, se pronuncia la STSJ de la Comunidad Valenciana de 22 noviembre (sentencia núm. 2721/2011), que remite su razonamiento a la decisión del Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de dicho TSJ de fecha 13 de enero de 2011.

4.11. Acceso a los recursos

El Tribunal Supremo no revisa la legalidad de las expulsiones, porque las resoluciones que se dictan en materia de extranjería por la Administración periférica del Estado no son susceptibles de recurso de casación (artículos 8.4 y 86.1 de la LRJCA, en la redacción dada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre). El Auto del TS de 1 diciembre 2011 (número de recurso 87/2011), por ejemplo, que desestima el recurso de queja interpuesto contra la resolución del TSJ que deniega la preparación del recurso de casación, argumenta que “el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a los recursos, es de configuración legal, por lo que no permite prescindir del ámbito que la Ley Jurisdiccional atribuye a este recurso extraordinario”.

4.12. 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”.

La causa que más frecuentemente se invoca para solicitar la suspensión cautelar es el peligro de ruptura del arraigo. En este punto se reproduce el problema sobre la definición del arraigo que vimos en el apartado sobre la proporcionalidad de la expulsión. Mientras algunas sentencias hacen una interpretación normativa de este concepto, otras parecen ampliar su ámbito de aplicación y

suspender cautelarmente la expulsión en casos en los que parece que no se cumplen los requisitos para obtener una autorización por circunstancias excepcionales.

Algunos TSJ acceden 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.

Podemos citar como ejemplo de esta línea jurisprudencial la STSJ Castilla-La Mancha de 22 diciembre 2011 (sentencia núm. 10287/2011). La sentencia hace constar que “el único dato adicional en el que se basa la Administración y el órgano de instancia para optar por la sanción de expulsión es que la interesada no tiene un arraigo consolidado, y que le fue denegada una petición de regularización”. La sentencia concede la medida cautelar porque considera que existe una jurisprudencia consolidada que permite considerar que existe un *fumus* a favor de la nulidad de la expulsión. Merece la pena citar textualmente el siguiente fragmento de su fundamentación jurídica: “Los motivos que se dan en la resolución administrativa a favor de la expulsión no son, pues, sino los que, reiteradamente, hemos declarado no son sino circunstancias prácticamente inherentes a la situación de estancia irregular (ausencia de regularización, no constancia del lugar y fecha de entrada) que, aunque es cierto que no tienen porqué darse en toda situación de estancia irregular, desde luego no son de las que según la reiterada doctrina del Tribunal Supremo cualifican una estancia susceptible de provocar la expulsión, pues el Tribunal Supremo ha analizado decenas de asuntos en los que tales circunstancias concurrían y las razones que ha establecido como calificadoras de la posibilidad de expulsión no son de esta entidad, sino muy superior (no bastando por ejemplo la mera imputación delictiva, sino la condena, o exigiendo absoluta falta de identificación documental). La opinión que se tenga sobre esta doctrina del Tribunal Supremo podrá ser una u otra, pero desde luego es bien clara y deja claras cuáles son las razones en las que se puede fundar una motivación de expulsión”.

Sobre esta cuestión, debe tenerse en cuenta la evolución de la jurisprudencia de algunos TSJ que hemos comentado en el apartado sobre “motivación” en el sentido de interpretar que la falta de arraigo es un motivo que justifica la opción por la expulsión frente a la multa.

En relación con la apariencia de buen derecho, la STSJ Castilla y León, Burgos, de 11 mayo 2012 (sentencia núm. 252/2012) se plantea si la resolución de expulsión, que había sido dictada en

virtud del artículo 57.2 LODYLE, cumple lo previsto en el artículo 57.5.b) LODYLE. Este último precepto exige que en el caso de expulsión de residentes de larga duración “deberá tomarse en consideración el tiempo de su residencia en España y los vínculos creados, su edad, las consecuencias para el interesado y para los miembros de su familia, y los vínculos con el país al que va a ser expulsado”. La sentencia señala que “con los datos que constan en las actuaciones no se aprecia con claridad la apariencia de buen derecho, pero es patente la dificultad de precisar la interpretación que procede dar a la interrelación de los números 2 y 5 del artículo 57 de la Ley Orgánica 4/2000, en relación a la trasposición realizada del contenido de la Directiva 2003/109/CE”.

5. La devolución

El artículo 58. 2 de la Ley Orgánica 4/2000 (actualmente art. 58.3) contempla 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 punitivo, sino que tiende a restablecer la legalidad alterada mediante la restitución del ciudadano extranjero al país de procedencia.⁹

La ausencia de expediente sancionador plantea la duda sobre la posibilidad de imponer la prohibición de entrada como medida adicional a la devolución. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 58.7 de la LODYLE, 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. El mismo precepto dispone que las devoluciones acordadas en los casos de intento de entrada irregular en el territorio lleven aparejada la prohibición de entrada en territorio español por un plazo máximo de tres años. El TSJ Andalucía requiere en algunas sentencias que se tramite expediente sancionador, con la consiguiente exigencia de dar audiencia al interesado, para imponer o ampliar la prohibición de entrada con el argumento de que estamos ante una “medida restrictiva de derechos y de carácter sancionador, porque no devuelve las cosas a un *status quo* anterior a la ilegalidad, sino que tiene una finalidad disuasoria.”¹⁰ 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.¹¹

9. Véase como ejemplo la STSJ Murcia de 30 junio 2011 (sentencia núm. 659/2011)

10. Véase como muestra la STSJ Andalucía (Sevilla) de 13 octubre 2011 (sentencia núm. 1056/2011).

11. Un ejemplo de reducción del plazo de prohibición de entrada de 3 años a 1 año puede verse en la STSJ Murcia de 23 marzo 2012 (Sentencia núm. 229/2012).

Junto a estos dos supuestos, hay jurisprudencia que procede la devolución y no la expulsión en aquellos supuestos en los que la estancia irregular en España es inferior a tres meses. El motivo es la redacción del artículo 53.1.a) de la LODYLE. En estos supuestos, la devolución exige la tramitación de un procedimiento similar al de la expulsión. Respecto de esta situación, cabe destacar cómo algunas sentencias rechazan la alegación de que no podía imponerse la expulsión porque el extranjero lleva menos de tres meses en España argumentando que corresponde probar esta circunstancia al recurrente.¹²

12. Puede verse como ejemplo la STSJ Castilla y León, Valladolid, de 24 noviembre (sentencia núm. 2676/2011).