

LAS GARANTÍAS DEL PROCEDIMIENTO DE LA LEY DE EXTRANJERÍA EN LA JURISPRUDENCIA (JULIO 2006-JUNIO 2007)

Pablo Santolaya Machetti

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Alcalá

Ignacio García Vitoria

Profesor ayudante de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid

1. Introducción.
2. El internamiento preventivo en centros no penitenciarios.
 - El deber de motivación.
 - La proporcionalidad del internamiento.
 - Límite temporal.
3. La denegación de entrada y el retorno.
 - Principio de contradicción.
 - Asistencia letrada.
 - Motivación.
 - Suspensión cautelar de la orden de retorno.
4. La expulsión de territorio español.
 - Derecho a conocer la identidad del instructor.
 - Audiencia.
 - Comunicación de la incoación del expediente al Ministerio de Asuntos Exteriores y a la embajada o consulado.
 - Presunción de inocencia.
 - Asistencia letrada.
 - Asistencia de intérprete.
 - Non bis in idem.
 - Expulsión de menores.
 - Motivación.
 - Proporcionalidad.
 - Notificación.
 - La suspensión cautelar de la expulsión.
5. La devolución.

El presente estudio analiza la jurisprudencia dictada en el período comprendido entre julio de 2006 y junio de 2007 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.

1. INTRODUCCIÓN

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

Para su realización, y como documento base, hemos empleado los números 7 y 8 del Boletín Jurídico de Estudios y Jurisprudencia sobre Extranjería, Inmigración y Asilo, elaborado en el marco de un Convenio con el Ministerio de Interior, desde 2004 con la Universidad de Valladolid y, a partir de 2006, con la de Alcalá y realizado en el Grupo de Investigación en Extranjería, Inmigración y Asilo de la

Universidad de Alcalá.¹ Agradecemos al Ministerio la autorización para esta publicación.

2. EL INTERNAMIENTO PREVENTIVO EN CENTROS NO PENITENCIARIOS

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante Ley de Extranjería o simplemente la Ley) prevé la posibilidad de acordar el internamiento como una medida cautelar para asegurar la eficacia de la resolución de expulsión del territorio español. Aunque no es la única medida que se contempla en el artículo 61 de la Ley de Extranjería, el internamiento es, sin duda, la más utilizada, frente a la residencia obligatoria o la retirada de pasaporte.² A diferencia de las demás, se trata de una medida judicial, pudiendo el instructor únicamente solicitarla cautelarmente al juez, en tanto se tramita el expediente.³ El órgano judicial actúa como «juez de garantías» y examina la apariencia de legalidad de la medida que solicita la Administración.

El hecho de que, en muchos casos, la orden de expulsión se ejecute antes de resolver el recurso de apelación contra el internamiento resta eficacia el control que lleva a cabo la Audiencia Provincial. El AAP de Madrid núm. 480/2006 de 8 de septiembre (Recurso núm. 417/2006) estimó el recurso al constatar que el interesado había acreditado tener domicilio fijo y claros indicios de arraigo. La estimación del recurso tuvo un alcance meramente declarativo por haberse procedido previamente a la expulsión del recurrente.⁴

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

² Sobre la retirada de pasaporte, sólo hemos registrado una resolución durante el período estudiado. La STSJ Andalucía (Sevilla) de 3 de febrero de 2006 (recurso núms. 2215/2003) anula la retirada del pasaporte acordada por el instructor, por considerar que éste carecía de competencia (este caso es previo a la entrada en vigor de la LO 11/2003).

³ La STS de 9 de enero de 2007 (recurso núm. 40/2005) respalda la ampliación de los sujetos a los que se atribuye la facultad de solicitar al juez el internamiento. Según el artículo 153.1 del RD 2393/2004, esta medida

El deber de motivación

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

La mayoría de las resoluciones consideran que se ha cumplido el requisito constitucional de la motivación.⁵ Por el contrario, el AAP de Madrid núm. 431/2006 de 8 de septiembre (recurso núm. 377/2006) revocó el internamiento por motivación insuficiente porque el Juzgado de Instrucción se basó exclusivamente en la existencia de una decisión administrativa que decretaba la expulsión. El Auto no contenía ninguna referencia a la documentación aportada por la defensa relativa al arraigo del recurrente.

La proporcionalidad del internamiento

La intervención judicial en el internamiento tiene como misión controlar la proporcionalidad de la pérdida de libertad. El internamiento se rige por el principio de excepcionalidad. Debe mantenerse la situación de libertad salvo que sea indispensable por razones de cautela o de prevención. La decisión ha de adoptarse teniendo en cuenta su causa, la situación legal y personal del extranjero y la probabilidad de su huida.

El internamiento resulta proporcionado cuando el extranjero está indocumentado y carece de domicilio conocido. Estas

puede ser solicitada no sólo por el instructor del expediente de expulsión, sino además por “el responsable de la unidad de extranjería del Cuerpo Nacional de Policía ante la que se presente el detenido” o por “la autoridad gubernativa que por sí misma o por sus agentes hubiera acordado dicha detención”.

⁴ Son muchos los autos que declaran que el recurso ha quedado sin contenido como consecuencia de la expulsión del interesado. Véase, por ejemplo, el AAP Barcelona núm. 207/2007 de 5 de abril (recurso núm. 172/2007).

⁵ Entre otros, los Autos de la AP Madrid núm. 275/2007 de 4 de mayo (recurso núm. 251/2007); núm. 435/2007 de 6 de junio (recurso núm. 318/2007); o el Auto de la AP Barcelona núm. 199/2007 de 23 de abril (recurso núm. 103/2007).

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 los medios mínimos para vivir o de documentación.⁶

Por el 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

Acerca de la importante cuestión de los límites temporales del internamiento, debemos hacer mención al AAP de Barcelona núm. 630/2006 de 21 de septiembre (recurso núm. 443/2006). El 18 de julio de 2006, la Subdelegación del Gobierno solicitó al Juzgado el cese del internamiento del actor con la intención de ejecutar la orden de expulsión. Sin embargo, la diligencia de expulsión no pudo llevarse a efecto, ya que el apelante se negó a colaborar con la Administración. Ante esta eventualidad, se solicitó de nuevo el internamiento el 25 de julio. El Juzgado accedió a dicha pretensión haciendo constar que la situación de privación de libertad del detenido no podía prolongarse más allá del 18 de agosto (el tiempo que restaba hasta cumplirse el período máximo de cuarenta días legalmente previsto).

La AP revoca el segundo Auto porque la prórroga del internamiento no se encuentra prevista en la Ley de Extranjería. Al contrario, el artículo 62.2 de dicha Ley dispone expresamente que en ningún caso puede acordarse un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previstas en un mismo expediente.

⁶ Véanse en este sentido, entre otros muchos, el Auto de la AP de Santa Cruz de Tenerife de 1 de diciembre de 2006 (recurso núm. 1171/2006); el Auto de la AP de Barcelona de 14 de febrero de 2007 (recurso núm. 466/2006); o el Auto de la AP de Madrid de 28 de junio de 2007 (recurso núm. 342/2007).

⁷ AAP de Las Palmas núm. 555/2006 de 21 de julio (recurso núm. 377/2006).

⁸ STSJ de Andalucía (Sevilla) de 19 de septiembre de 2006 (recurso núm. 1644/2001).

3. LA DENEGACIÓN DE ENTRADA Y EL RETORNO

El artículo 26 de la Ley establece que a los extranjeros que no cumplan los requisitos establecidos les será denegada la entrada mediante resolución motivada con información acerca de los recursos que puedan interponer contra ella. El procedimiento de retorno no es aplicable a las personas que son interceptadas tras desembarcar ilegalmente en nuestro país.⁹

EL QUE LA ORDEN DE EXPULSIÓN SE EJECUTE ANTES DE RESOLVER EL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA EL INTERNAMIENTO RESTA EFICACIA AL CONTROL QUE LLEVA A CABO LA AUDIENCIA PROVINCIAL

Principio de contradicción

Como ya señalamos en *La inmigración en España en 2006* (en adelante Anuario 2006), destacan los problemas que plantea la falta de traslado al interesado de la propuesta de resolución. El TS reitera, siguiendo su anterior jurisprudencia, que esta omisión sólo es causa de anulación de la orden de retorno cuando origine indefensión por contener datos nuevos que sean relevantes para la resolución final.⁹ Por el contrario, se considera innecesario el traslado cuando contenga exclusivamente los hechos y las manifestaciones de las que el interesado tuvo conocimiento previamente en presencia de su abogado.¹⁰

Asistencia letrada

El artículo 26.2 de la Ley de Extranjería incluye el derecho a la asistencia letrada como una de las garantías esenciales en el procedimiento de retorno.

⁹ La STS de 22 de febrero (recurso núm. 6459/2002) ordena la retroacción de actuaciones en el expediente administrativo a fin de que se cumpla el trámite omitido.

¹⁰ Véase la STS de 4 de diciembre de 2006 (recurso núm. 8525/2002) y la STSJ de Madrid de 14 de junio (recurso núm. 804/2003).

La STS de 10 de enero de 2007 (recurso núm. 39/2005) enjuicia la legalidad del artículo 13 del RD2393/2004 de 30 de diciembre. Este precepto establece que la denegación de entrada en el territorio español se realizará con información del “derecho a la asistencia letrada, que podrá ser de oficio en el caso de que el interesado carezca de recursos económicos suficientes y, en su caso, de intérprete, que comenzará en el momento de efectuarse el control en el puesto fronterizo”. La asociación recurrente sostenía que el reglamento eludía “el derecho efectivo a la asistencia letrada expresamente exigido por la Ley, situándolo como un mero derecho a ser informado de que se tiene ese derecho”. Según el recurrente, se crea la carga en el extranjero de solicitar la asistencia en un servicio de orientación jurídica o ante un Colegio de Abogados. La asistencia jurídica deviene imposible dado que las personas cuya entrada es denegada se encuentran privadas de libertad deambulatoria. El TS considera que no es ésta la interpretación que necesariamente se desprende del reglamento. El artículo 13 dispone que los afectados hayan de ser informados de que poseen el derecho a la asistencia jurídica, “lo que supone por sí el derecho a reclamarlos y utilizarlos”. Los textos son lo suficientemente explícitos y clarificadores para favorecer la efectividad de esta garantía procedimental.

EL TS PRECISA QUE SI SE QUIERE FUNDAR LA EXPULSIÓN (EN LUGAR DE LA MULTA) EN ACTUACIONES POLICIALES, LA ADMINISTRACIÓN TIENE LA OBLIGACIÓN DE AVERIGUAR CUÁL FUE SU RESULTADO

Motivación

La resolución que deniegue la entrada deberá ser motivada. Este requisito corresponde a la necesidad de que se exterioricen las razones por las que se llega a la decisión

¹¹ En este sentido, entre otras muchas, la STSJ de Andalucía de 27 de julio de 2006 (recurso núm. 2828/2003); las SSTSJ de Madrid de 20 de julio (recurso núm. 1072/2002), de 3 de octubre (recurso núm. 2832/2003) y de 19 de octubre (recurso núm. 2081/2002); y las SSTSJ de Cataluña de 11 de diciembre (recurso núm. 56/2006) y de 14 de diciembre (recurso núm. 93/2006).

administrativa para el debido conocimiento de los interesados y para la posterior defensa de sus derechos. Se otorga así racionalidad a la actividad administrativa, facilitando la fiscalización del acto por parte de los tribunales.

Para ser causa de anulación, el defecto en la motivación debe tener trascendencia material y no puramente formal, debe ponerse en relación con la prohibición de indefensión, de manera que no permita conocer al interesado cuál es la causa de la orden de retorno. Se admite que la Administración realice una sucinta referencia de los hechos y de los fundamentos jurídicos siempre que el interesado pueda conocer las razones determinantes de la denegación de ingreso.¹¹

Se plantea un problema relacionado con la motivación en el caso de la denegación de entrada a personas que manifiestan que el motivo del viaje es hacer turismo. El TS sigue su anterior jurisprudencia (STS de 1 de abril de 2005, recurso 1016/2002) y declara que para una estancia turística que no exceda de tres meses sólo puede exigirse la presentación de documentos que acrediten una programación exhaustiva de los lugares sucesivos que se van a visitar y del hospedaje cuando: a) haya datos o circunstancias que levanten la sospecha de que el objeto o las condiciones de la estancia declarados no se corresponden con la realidad. La resolución que deniegue la entrada en territorio nacional debe expresar un razonamiento que haga lógica la sospecha partiendo de datos o circunstancias determinados; b) por su naturaleza o por su singularidad, sea usual que el viajero esté en posesión de documentos que justifiquen aquel objeto y/o aquellas condiciones.

El TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) continúa estimando recursos de casación contra sentencias del TSJ de Madrid en las que se niega el derecho de los recurrentes a franquear la frontera y entrar en el territorio nacional. El motivo que se esgrime es que la resolución

¹² Cfr. las SSTS de 29 de septiembre (recurso núm. 5260/2003) y de 14 de diciembre de 2006 (recurso núm. 3117/2003). En el mismo sentido, las SSTS de 27 de abril (recurso núm. 8866/2003), de 24 de mayo (recurso núm. 562/2004) y de 28 de junio de 2007 (recurso núm. 24/2004).

que deniega la entrada no expresa un razonamiento que, partiendo de datos o circunstancias determinados, justifique por qué se sospecha que el viaje no responde a una finalidad turística. Según el TS, la ausencia de reserva hotelera y de programación de los lugares que se quiere visitar no es, por sí sola, razón suficiente para sospechar que la entrada no responde a una finalidad turística.¹² Por el contrario, el TS considera válida la denegación de entrada cuando la motivación de la resolución refleja la existencia de circunstancias que restan credibilidad a las condiciones de la estancia, como incoherencias y contradicciones.¹³

Suspensión cautelar de la orden de retorno

El TS rechaza que la obligación de recurrir por vía administrativa suponga vulneración del derecho a la tutela efectiva. El TS afirma que el previo recurso administrativo no impide el acceso al proceso judicial ni lo condiciona o limita de modo irrazonable. Además, recuerda que las medidas cautelares también pueden acordarse en la vía administrativa, lo que refuerza la consideración de que el recurso administrativo es garantía para los interesados y no un obstáculo.¹⁴

La STSJ Madrid de 15 de junio (recurso núm. 182/2007) –siguiendo a la STS de 28 de febrero de 2006 (comentada en Anuario 2006)– advierte de que, si el extranjero interpone recurso de alzada y solicita que se suspenda la eficacia de la denegación de entrada, la Administración no podrá llevar a cabo el retorno hasta que haya resuelto previamente sobre la suspensión interesada.

4. LA EXPULSIÓN DEL TERRITORIO ESPAÑOL

En el marco de la Ley de Extranjería, la expulsión se configura como una verdadera sanción administrativa. Se suele

citar como argumento a favor de este carácter el artículo 57.3 “en ningún caso podrán imponerse conjuntamente las sanciones de expulsión y multa”. El ejercicio de la potestad sancionadora, indica el artículo 50, se ajustará a la dispuesto en la legislación de extranjería y en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Derecho a conocer la identidad del instructor

La identificación del instructor en el acuerdo de iniciación del expediente de expulsión sólo mediante su número de carné profesional puede vulnerar las garantías del procedimiento sancionador, porque no permite al administrado conocer su identidad en términos suficientes para solicitar su recusación. No obstante, varias sentencias declaran que este defecto carece de relevancia invalidante. No se produce indefensión cuando el instructor notifica directamente al interesado el acuerdo de iniciación. Este contacto directo permite al recurrente identificarlo en términos suficientes para saber de la existencia de alguna relación entre ambos que pudiese afectar a su parcialidad.¹⁵

Audiencia

La STS de 14 de diciembre de 2006 (recurso núm. 6529/2003) considera que se han infringido los derechos de defensa y audiencia. Dicha infracción se produce porque tras ser notificado el acuerdo de incoación del expediente sancionador, la letrada de la defensa presentó en tiempo hábil un escrito de alegaciones de descargo y proposición de prueba. Sin embargo, la Administración continuó la tramitación del procedimiento y formuló una propuesta de resolución de expulsión, en la que se indicaba expresamente que «en

¹³ Cfr. las SSTS de 16 de octubre (recursos núms. 7005/2003 y 7215/2003), de 17 de noviembre (recurso núm. 4109/2003), de 14 de diciembre (recurso núm. 5648/2003) y de 22 de diciembre de 2006 (recurso núm. 7714/2003). En el mismo sentido, las SSTS de STS de 15 de febrero (recurso núm. 9239/2003), de 28 de febrero (recursos núms. 7946/2003 y 10029/2003), de 27 de abril (recurso núm. 10194/2003), de 21 de junio (recurso núm. 153/2004) y de 28 de junio de 2007 (recurso núms. 9762/2003 y 10009/2003).

¹⁴ Cfr. las SSTS de 4 de diciembre de 2006 (recurso núm. 8525/2002), de 26 de enero (recurso núm. 1841/2003), de 25 de abril (recursos núms. 5170/2003 y 634/2004) y de 27 de abril de 2007 (recursos núms. 655/2004, 1360/2004, 2036/2004 y 2250/2004). Siguen en este punto a la STS de 3 de febrero de 2006 (recurso de Casación núm. 5259/2002), comentada en el Anuario 2006.

¹⁵ Cfr. las SSTSJ de Andalucía (Sevilla) de 14 de julio de 2006 (recurso núm. 151/2006) y de 18 de enero de 2007 (recurso núm. 334/2006). En el mismo sentido, las STSJ de Asturias de 29 de diciembre de 2006 (recurso núm. 231/2006) y de 30 abril de 2007 (recurso núm. 19/2007).

el procedimiento no figuran ni han sido tenidos en cuenta otros hechos ni otras alegaciones que las investigadas de oficio. El interesado no ha presentado alegaciones».

La sentencia estima además que se ha producido indefensión por el hecho de que la propuesta de resolución se notificó a la propia interesada en el centro de internamiento de extranjeros donde se hallaba y no a la letrada que la defendía en el expediente, pese a que la Administración conocía su dirección. El TS razona que el internamiento y el desconocimiento del idioma son circunstancias que dificultaban que la interesada comprendiera lo que se le notificaba y actuara en consecuencia a la hora de defender eficazmente sus intereses.

La STSJ de Castilla-La Mancha de 18 de septiembre de 2006 (recurso núm. 151/2005) anula el acuerdo de expulsión por haberse resuelto el recurso de reposición interpuesto sin tener en cuenta la diversa documentación aportada por el interesado. La sentencia es interesante, en primer lugar, porque señala que el derecho de defensa incluye la facultad de presentar alegaciones en las distintas fases del procedimiento y no sólo dentro del plazo de 48 horas previsto en el artículo 63.2 de la Ley de Extranjería. La interposición del recurso de reposición contra el acuerdo de expulsión constituye una nueva oportunidad para el interesado de demostrar los hechos en que se sustenta su pretensión.

El TSJ se centra en estudiar si la falta de audiencia en la tramitación del recurso administrativo debe conllevar la nulidad de la expulsión o, como sostiene el Juzgado de Instancia, tan sólo la retroacción de las actuaciones en el momento posterior a la presentación del escrito de reposición. El TSJ opta por declarar la nulidad del procedimiento de expulsión por cuanto la documentación aportada por el interesado afecta a su derecho de permanencia en territo-

rio español donde reside con su madre, que se halla en posesión de permiso de trabajo y de residencia. La sentencia señala que “el acto administrativo de la expulsión está viciado de raíz ya que no se puede decidir válidamente sobre el procedimiento sancionador sin valorar adecuadamente sobre la documentación presentada cuya omisión afecta negativamente al derecho de defensa que le asiste”. Además de declarar la nulidad del procedimiento sancionador, el TSJ reconoce el derecho del recurrente a retornar a España a costa del Estado español. La sentencia concede asimismo una indemnización de 12.000 euros más los intereses legales en concepto de daños morales.

Como ya destacamos en el Anuario 2006, a menudo surgen dudas respecto de la notificación de la propuesta de resolución. El artículo 63.2 de la Ley de Extranjería posibilita que el acuerdo de iniciación del procedimiento de expulsión pueda convertirse directamente en propuesta de resolución. Esta posibilidad se da en dos casos: a) cuando el interesado, o su representante, no efectúa alegaciones sobre el contenido de la propuesta; y b) cuando éstas no son admitidas, de forma motivada, por improcedentes o innecesarias. En estas condiciones, la propuesta de resolución no se notifica al inculpado, ni se concede un nuevo trámite de audiencia, sino que el expediente se remite a la autoridad competente para resolver.

La jurisprudencia ha aceptado que no sea preceptiva cuando el interesado no formula alegaciones sobre el boletín de denuncia que inicia el procedimiento. También cuando habiéndolas formulado, no se tengan en cuenta otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado.¹⁶

Por el contrario, la Administración debe notificarla cuando se introduzcan nuevos hechos respecto del acuerdo de iniciación que agraven la sanción de entrada en territorio nacional.¹⁷ También cuando el interesado no hubiera reci-

¹⁶ Véanse las SSTSJ de Madrid de 20 de julio de 2006 (recurso núm. 925/2004), de 6 de septiembre de 2006 (recurso núm. 149/2005) y de 30 de marzo de 2007 (recurso núm. 590/2006). En el mismo sentido, las SSTSJ de Murcia de 28 de mayo (recurso núm. 172/2006), de 8 de junio (recurso núm. 82/2006) y de 25 de junio de 2007 (recurso núm. 41/2006).

¹⁷ STS de 28 de febrero de 2007 (recurso núm. 10412/2003). En el mismo sentido, la STSJ de Madrid de 16 de octubre de 2006 (recurso núm. 950/2002).

do respuesta por parte del instructor acerca de las alegaciones presentadas y las pruebas propuestas con ocasión de la incoación del expediente sancionador.¹⁸

Comunicación de la incoación del expediente al Ministerio de Asuntos Exteriores y a la embajada o consulado

Según el artículo 62.4 de la Ley de Extranjería, “la incoación del expediente, las medidas cautelares de detención e internamiento y la resolución final del expediente de expulsión del extranjero serán comunicadas al Ministerio de Asuntos Exteriores y a la embajada o consulado de su país”. La STS de 9 de febrero de 2007 (recurso núm. 9833/2003) señala que esta obligación de comunicación es de aplicación al caso porque: a) se inició un procedimiento de expulsión contra el interesado, b) se propuso al juez de instrucción su ingreso en centro de internamiento durante la tramitación del expediente y c) consta en la diligencia de información de derechos al detenido que este pidió expresamente que se comunicara la detención al consulado de Angola.

Aunque obran en el expediente las diligencias de comunicación de iniciación del expediente al Consulado General de Angola y al Ministerio de Asuntos Exteriores, no hay constancia de la recepción por sus destinatarios. A la hora de valorar la trascendencia de esta omisión, el TS tiene en cuenta que el hecho de que el interesado estuviera indocumentado fue relevante para la opción por la sanción de expulsión en vez de la de multa. El TS afirma que resulta esencial la intervención del consulado para cerciorarse sobre la identidad y nacionalidad del interesado y sus circunstancias personales. Al no comunicarse al mismo la existencia del expediente de expulsión, se produjo una disminución de garantías que derivó en una real y efectiva indefensión, con trascendencia invalidante. Se decreta la reposición de actuaciones para llevar a cabo el trámite omitido.

¹⁸ Cfr. la STSJ de Canarias de 15 de diciembre de 2006 (recurso núm. 1860/2003); las SSTSJ de Asturias de 16 de noviembre de 2006 (recurso núm. 172/2006) y de 29 de diciembre de 2006 (recurso núm. 199/2006); las SSTSJ de Madrid de 9 de enero de 2007 (recursos núms. 376/2003 y 643/2003); y la STSJ del País Vasco de 16 de abril de 2007 (recurso núm. 1248/2006).

Presunción de inocencia

La novedosa e importante STS de 29 de septiembre de 2006 (recurso núm. 5450/2003) abre un interesante debate sobre los supuestos en los que se legitima la expulsión como consecuencia de detenciones relacionadas con la comisión de hechos delictivos. El TS precisa que si se quiere fundar la expulsión (en lugar de la multa) en actuaciones policiales, la Administración tiene la obligación de averiguar cuál fue su resultado y dejar constancia de ello en el expediente administrativo. En el caso de autos, constan varias detenciones por robo y hurto en el archivo informático de la Dirección General de la Policía. Pero no existe en el expediente de expulsión ningún otro dato sobre la suerte que corrieron esas actuaciones policiales. Como es posible que los antecedentes policiales no hayan desembocado en actuaciones judiciales o que éstas hayan terminado sin ninguna condena, no pueden ser tenidos en cuenta como justificación de la elección de la expulsión.¹⁹

LA EXPULSIÓN EN EL CASO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 53.A) DE LA LEY SE CONSIDERA DESPROPORCIONADA CUANDO LA SALIDA DEL TERRITORIO NACIONAL PERJUDICA GRAVEMENTE LA VIDA PERSONAL Y FAMILIAR DEL RECORRENTE

Asistencia letrada

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

¹⁹ En el mismo sentido, las SSTS de 25 de enero (recurso núm. 9210/2003), de 31 de enero (recurso núm. 9444/2003), de 9 de febrero (recurso núm. 5408/2003), de 22 de febrero (recursos núms. 9543/2003 y 9560/2003), de 28 de febrero (recurso núm. 10260/2003), de 12 de abril (recurso núm. 811/2004), de 20 de abril (recurso núm. 9695/2003) y de 27 de abril de 2007 (recurso núm. 9812/2003).

La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 14 de febrero (recurso núm. 415/2006) rechaza la existencia de una presunta vulneración del artículo 24 CE. El recurrente alegaba la ausencia de letrado en la notificación del acuerdo de incoación del procedimiento sancionador. El Tribunal considera que no se produjo indefensión, porque el recurrente formuló alegaciones contra dicho acuerdo asistido por letrado. Posteriormente se dictó propuesta de resolución que fue notificada al letrado, quien formuló de nuevo alegaciones. El TSJ concluye que no existe vulneración del derecho de defensa pues el apelante ha tenido oportunidad de formular alegaciones y las ha realizado con la asistencia del letrado.

LA FALTA DE INTÉRPRETE PONE EN ENTREDICHO LA VALIDEZ DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA CUANDO TIENE TRASCENDENCIA CONCRETA Y REAL SOBRE LAS POSIBILIDADES DE DEFENSA

Asistencia de intérprete

El derecho a la asistencia de intérprete se reconoce en el párrafo segundo del artículo 22.1 de la Ley. No forma parte de su contenido esencial que la traducción se lleve a cabo de manera directa a la lengua materna de la persona, tan sólo se exige que la información se proporcione a la persona acusada en una lengua que comprenda. Así, por ejemplo, la STSJ de Canarias (Las Palmas) de 23 de mayo (Recurso de Apelación núm. 279/2006) niega que la resolución de expulsión sea nula por falta de intérprete. Se alegaba que la errónea identificación de la nacionalidad del recurrente (no era de Ghana sino de Costa de Marfil) produjo una situación de inasistencia que impidió que fuese efectivamente informado de la posibilidad de formular alegaciones y proponer pruebas así como de las consecuencias del procedimiento abierto, lo que afectó su derecho de defensa. Consta en el

²⁰ Cfr. la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 31 de octubre de 2006 (recurso núm. 368/2006).

procedimiento la información de derechos al detenido en idioma francés, “sin que aparezca un solo motivo o razón para intuir que la garantía relativa a la asistencia de intérprete no fue efectiva por desconocimiento del idioma”.

La falta de intérprete pone en entredicho la validez de la actuación administrativa cuando tiene trascendencia concreta y real sobre las posibilidades de defensa. Suele considerarse que es meramente formal cuando ha contado con asistencia letrada, porque ésta supone que el interesado comprende el contenido del procedimiento sancionador y constituye un medio a través del cual puede pedirse o reiterarse la asistencia de un intérprete.²⁰

Por el contrario, la ausencia de letrado contribuye a apreciar que ha existido indefensión. Así ocurre en la STSJ de Castilla-La Mancha de 24 de julio de 2006, (recurso núm. 86/2005), que anula la expulsión por carecer de intérprete en la diligencia de información de derechos. Aunque en dicha diligencia se hace constar que la interesada renuncia al intérprete, la recurrente alega que precisamente no entendió el sentido de la actuación. No hay pruebas de que la interesada conozca el castellano lo suficiente como para ejercer debidamente su defensa, y no consta la intervención de letrado, lo que hubiera sido garantía suficiente para impedir la firma de algo que no entiende.

Non bis in idem

Al contemplarse la participación por el extranjero en la realización de actividades contrarias al orden público como causa de expulsión, surge la duda de la duplicidad de sanciones en relación con un mismo hecho. ¿Puede la Administración ordenar la expulsión por unos hechos que ya han dado lugar a responsabilidad penal? El TS ha afirmado de forma reiterada que sí, porque el proceso penal y la expulsión protegen diferentes bienes jurídicos.²¹ El único

²¹ Cfr. la STSJ de Asturias de 9 de octubre de 2006 (recurso núm. 1124/2003); la STSJ de País Vasco de 28 de diciembre de 2006 (recurso núm. 342/2003); la STSJ de Andalucía (Málaga) de 23 de febrero de 2007 (recurso núm. 1833/2002); y la STSJ de la Comunidad Valenciana de 29 de mayo de 2007 (recurso núm. 1105/2005).

límite es que la Administración no pueda pronunciarse hasta que lo haya hecho la Jurisdicción.²²

Expulsión de menores

Los menores no acompañados sólo pueden ser objeto de la medida de repatriación prevista en el artículo 35 de la Ley de Extranjería. Según este artículo, la autoridad gubernativa debe resolver, conforme al principio de reagrupación familiar del menor y previo informe de los servicios de protección de menores, lo que proceda sobre el retorno a su país de origen o aquel donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto, sobre su permanencia en España.

En relación con la repatriación de menores no acompañados cabe reseñar la STSJ de Andalucía (Málaga) de 26 de enero de 2007 (recurso núm. 855/2002), que declara la nulidad de la repatriación por falta de intervención del Ministerio Fiscal. Redunda en la misma consecuencia la completa omisión de las necesarias gestiones para localizar a la familia del menor o contactar con los servicios de protección de menores en su país de origen. El TSJ concluye que no se ha comprobado que se dieran las condiciones para la efectiva reagrupación familiar del menor, o para la adecuada tutela del mismo por los servicios de protección de menores de su país de origen. Se señala que no es bastante a tal efecto la mera indicación de datos sobre domicilio y filiación del menor.²³

La STSJ de Andalucía (Málaga) de 26 de enero de 2007 (recurso núm. 437/2002) sigue la misma línea, aunque presenta dos elementos adicionales: a) a los defectos antes señalados se une otro más: el menor no fue oído en el procedimiento de repatriación; y b) el TSJ subraya que el hecho de que el menor fuera objeto de un procedimiento anterior que acabó en repatriación no permite prescindir de practicar de nuevo los trámites oportunos (solicitud previa de la Administración que tenía la tutela, informe policial

²² STS de 9 de febrero de 2007 (recurso 553/2002).

²³ Con el mismo contenido, véanse también las SSTSJ de Andalucía (Málaga) de 26 de enero (recursos núms. 285/2002, 287/2002) y de 30 de marzo de 2007 (recurso núm. 858/2002).

sobre antecedentes, Auto de autorización del Juzgado de Menores). Cuando el menor entra de nuevo en Melilla, provoca una nueva situación de acogimiento haciendo imprescindible una nueva resolución de repatriación.

Motivación

La falta de motivación es uno de los argumentos que más frecuentemente se esgrimen frente a la orden de expulsión. La suficiencia de la motivación debe valorarse desde un punto de vista finalista: si la resolución administrativa identifica la causa de expulsión y contiene bastantes referencias fácticas y normativas para posibilitar la defensa del interesado y el control jurisdiccional.²⁴

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

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

a. Cuando la causa de expulsión es, pura y simplemente, la permanencia ilegal, sin otros hechos negativos, es claro que la Administración habrá de motivar de forma expresa

²⁴ Cfr., entre otras muchas resoluciones, la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 25 de julio de 2006 (recurso núm. 984/2003); la STSJ de Cataluña de 18 de septiembre de 2006 (recurso núm. 474/2005); la STSJ de la Comunidad Valenciana de 31 de octubre de 2006 (recurso núm. 1219/2005); la STSJ del País Vasco de 28 de diciembre de 2006 (recurso núm. 342/2003); y las SSTSJ de Madrid de 19 de septiembre (recurso núm. 742/2003), de 19 de octubre (recurso núm. 988/2003), de 20 de octubre (recurso núm. 88/2006) y de 26 de octubre de 2006 (recurso núm. 751/2003).

por qué acude a la sanción de expulsión, ya que la permanencia ilegal, en principio, se sanciona con multa.²⁵

b. En los supuestos en que en el expediente administrativo consten, además de la permanencia ilegal, otros datos negativos sobre la conducta del interesado o sus circunstancias, y esos datos sean de tal entidad que, unidos a la permanencia ilegal, justifiquen la expulsión, no dejará ésta de estar motivada porque no se haga mención de ellos en la propia resolución sancionadora. Dicho de otra manera, no se exige que la motivación sobre la necesidad de la expulsión conste en la resolución misma, siendo posible también apreciar las circunstancias jurídicas o fácticas que se reflejan en el expediente administrativo (en especial, carecer de documentación).²⁶

La jurisprudencia del TS ha sido asumida de forma progresiva por todos los TSJ, a pesar de las reticencias iniciales. Son minoría los TSJ que se siguen pronunciado en contra de la caracterización de la expulsión como una sanción más grave y secundaria respecto de la multa. Entre las sentencias que no exigen una motivación más intensa para la expulsión, podemos citar la STSJ de Cataluña de 2 de marzo de 2007 (recurso núm. 16/2005), que afirma que la expulsión está configurada legalmente como una facultad discrecional de la Administración. La Administración puede legítimamente imponer esta sanción en los supuestos de estancias carentes de habilitación legal, ya que está prevista legalmente.²⁷

²⁵ Cfr. las SSTS de 18 de enero (recursos núms. 8602/2003 y 8735/2003), de 25 de enero (recursos núms. 7986/2003 y 9447/2003), de 9 de febrero (recurso núm. 9591/2003), de 28 de febrero (recurso núm. 9886/2003), de 9 de marzo (recurso núm. 9887/2003), de 29 de marzo (recurso núm. 441/2004) y de 19 de abril de 2007 (recurso núm. 10394/2003).

²⁶ Cfr. las SSTS de 28 de febrero (recurso núm. 8772/2003), de 12 de abril (recursos núms. 771/2004, 784/2004 y 1049/2004) y de 20 de abril de 2007 (recurso núm. 9484/2003).

²⁷ La sentencia tiene un voto particular, que formula el magistrado Emilio Berlanga Ribelles, donde se defiende que la Administración ha de especificar cuáles son las razones jurídicas y de hecho que concurren para la imposición de la sanción más grave. En el mismo sentido, la STSJ de Cataluña de 2 de marzo de 2007 (recurso núm. 121/2004).

También otros TSJ dictan algunas sentencias en las que no se exige una motivación específica en relación con la proporcionalidad de la expulsión. Véanse las SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 23 de mayo (recurso núm. 1476/2005), de 4 de junio (recurso núm. 488/2006) y de 20 de junio de 2007 (recurso núm. 36/2006); y la STSJ de Extremadura de 31 de mayo de 2007 (recurso núm. 92/2007).

Debemos reseñar por último las sentencias de varios TSJ en las que se afirma que la Administración está obligada a motivar el concreto período de prohibición de entrada en aquellos casos en los que se amplía este período más allá del mínimo previsto legalmente. Cuando la motivación no permite conocer las razones que llevan a la Administración a prohibir la entrada durante cinco o diez años, se acuerda estimar parcialmente el recurso y reducir el término de la prohibición de entrada al mínimo de tres años.²⁸

Proporcionalidad

La imposición de la expulsión está supeditada al principio de proporcionalidad. Para valorarla se tiene en cuenta el grado de culpabilidad del infractor y, en su caso, el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su trascendencia.²⁹

Los órganos jurisdiccionales declaran proporcionada la expulsión, como regla general, en los casos en los que la estancia irregular es consecuencia del incumplimiento de los requisitos que para la entrada legal en nuestro país se contemplan en el artículo 25 de la Ley de Extranjería. Se valora que la entrada en España fuera de los puestos habilitados al efecto o careciendo de documentación constituye una actuación dolosa o al menos gravemente imprudente. Se destaca, en segundo lugar, que el incumplimiento de las condiciones de entrada y estancia en España tiene una notable trascendencia porque se frustra la exigencia legal de que la movilidad migratoria se sujete a previa intervención administrativa.³⁰

Asimismo, se aprecia un mayor grado de antijuridicidad, que justifica la expulsión, en la conducta de quien falsea

²⁸ Cfr., entre otras muchas, la STSJ de Cataluña de 24 de julio (recurso núm. 181/2005); la STSJ de Baleares de 18 de julio (recurso núm. 48/2004); la STSJ de Asturias de 21 de julio (recurso núm. 748/2003); la STSJ de Castilla-La Mancha de 24 de julio (recurso núm. 69/2005); las SSTSJ de Madrid de 12 de septiembre (recurso núm. 1501/2002) y de 14 de diciembre de 2006 (recurso núm. 209/2005).

²⁹ Cfr. la STSJ de Madrid de 20 de julio de 2006 (recurso núm. 880/2002); y la STSJ del País Vasco de 7 de noviembre de 2006 (recurso núm. 1462/2003).

³⁰ Cfr., entre otras muchas, las SSTSJ de Andalucía (Sevilla) de 11 de julio (recurso núm. 1244/2003), de 13 de julio (recursos núms. 222/2006 y 259/2006) y de 21 de julio de 2006 (recurso núm. 141/2006).

su identidad con ánimo de ocultar su verdadera filiación utilizando –por ejemplo– un pasaporte ajeno.³¹

La expulsión por el motivo previsto en el artículo 53 a) de la Ley de Extranjería también se considera proporcionada en el caso de que el interesado haya sido condenado por la comisión de algún delito.³²

Por el contrario, la expulsión en el caso previsto en el artículo 53.a) de la Ley 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.

La STSJ de la Comunidad Valenciana de 31 de octubre de 2006 (recurso núm. 1219/2005) teoriza sobre el término “arraigo”, del que afirma que es un concepto jurídico indeterminado que debe ser precisado en el momento de la aplicación de la norma. Destaca la definición normativa de este concepto que contiene el artículo 41.2 del RD 864/2001, en el que se identifica con “la incorporación real al mercado de trabajo y los vínculos familiares con extranjeros residentes o con españoles”. La sentencia cita diferentes acepciones de arraigo que recoge el DRAE: “echar o criar raíces” y “establecerse de asiento en un lugar, adquiriendo en él bienes, granjerías, parentesco u otras conexiones”. El TSJ alude en último lugar a que el TS ha considerado para apreciar su existencia “los vínculos con el lugar en que se reside, ya sean de tipo económico, social o familiar”. La sentencia finalmente señala que es posible distinguir dentro de cualquier concepto jurídico indeterminado entre una «zona de certeza» configurada con datos seguros, una «zona intermedia o de incertidumbre» más o menos imprecisa, y una «zona de certeza negativa», segura por su lado en cuanto a la exclusión del concepto.

³¹ Cfr., entre otras muchas, las SSTSJ del País Vasco de 13 de octubre (recurso núm. 456/2006), de 30 de noviembre (recurso núm. 1054/2006) y de 26 de diciembre de 2006 (recurso núm. 328/2006).

³² Véanse, entre otras muchas, la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 13 de julio (recurso núm. 184/2006); las SSTSJ de Castilla y León (Valladolid) de 31 de julio (recurso núm. 75/2006) y de 31 de octubre (recurso núm. 330/2006); la STSJ de Cantabria de 20 de septiembre (recurso núm. 89/2006); la STSJ de Castilla-La Mancha de 24 de julio (recurso núm. 130/2005); la STSJ de La Rioja de 19 de diciembre (recurso núm. 219/2006).

Fuera de los raros casos en los que los Tribunales tratan de formular definiciones de alcance general, la apreciación de la existencia de arraigo resulta eminentemente casuística. La generalidad de los casos de arraigo familiar está basada en la convivencia estable con una pareja que reside legalmente y en el cuidado de hijos menores de nacionalidad española.³³ Por otra parte, se ha advertido de que la expulsión de un padre que se desentiende de las obligaciones que le corresponden no menoscaba el desarrollo del menor en el medio familiar de origen.³⁴ Algunas sentencias tienen en cuenta que el actor vive en compañía de sus padres o hermanos, residentes legales. Para impedir la expulsión, se exige que exista una convivencia real y efectiva, con lazos afectivos y deberes de mutuo auxilio.³⁵

LA JURISPRUDENCIA DEL TS HA SIDO ASUMIDA PROGRESIVAMENTE POR TODOS LOS TSJ. SON MINORÍA LOS TSJ QUE SE PRONUNCIAN EN CONTRA DE LA EXPULSIÓN COMO UNA SANCIÓN MÁS GRAVE Y SECUNDARIA RESPECTO DE LA MULTA

Un último aspecto que hay que tener en cuenta es que no procede imponer la expulsión cuando concurren razones humanitarias. La STSJ de Andalucía (Málaga) de 30 de marzo de 2007 (recurso núm. 2148/2003) precisa que las

³³ Véanse, entre otras, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 21 de julio de 2006 (recurso núm. 110/2006); las SSTSJ Castilla-La Mancha de 17 de julio (recurso núm. 101/2005) y de 22 de septiembre de 2006 (recurso núm. 156/2005); la STSJ de Madrid de 12 de abril de 2007 (recurso núm. 544/2003); la STSJ de Baleares de 25 de abril de 2007 (recurso núm. 47/2007); la STSJ de Madrid de 12 de abril de 2007 (recurso núm. 544/2003); y las SSTSJ de Cataluña de 11 de diciembre de 2006 (recurso núm. 1166/2003) y de 18 de enero de 2007 (recurso núm. 21/2006). Por el contrario, la STSJ Canarias (Las Palmas) de 20 de septiembre (recurso núm. 1795/2003) señala que el hecho de que la recurrente sea madre de una hija nacida en España no impide la expulsión si la hija no tiene la nacionalidad española.

³⁴ Cfr. STSJ de La Rioja de 16 de mayo de 2007 (recurso núm. 85/2007).

³⁵ Cfr. la STSJ de la Comunidad Valenciana de 4 de junio de 2007 (recurso núm. 1376/2005); la STSJ de Madrid de 15 de febrero de 2007 (recurso núm. 622/2004); y la STSJ de Cataluña de 14 de febrero de 2007 (recurso núm. 188/2006).

razones humanitarias deben entenderse como supuestos de enfermedad, conflicto social o étnico a causa del cual el emigrante pueda sufrir persecución y peligro. No basta con alegar que en el país de origen existen frecuentes episodios de violencia, si la parte no ha sido capaz de acreditar que el regreso al país suponga un riesgo concreto para su vida o la de su familia.³⁶ La situación económica tampoco es, por sí misma, suficiente justificación para apreciar que concurren razones humanitarias que aconsejen excluir la expulsión.³⁷

EL TS INDICA QUE LA DEVOLUCIÓN ES LA MEDIDA QUE CABE ADOPTAR PARA UN EXTRANJERO QUE HA ENTRADO ILEGALMENTE EN ESPAÑA Y NO HA SOBREPASADO SU ESTANCIA LOS NOVENTA DÍAS

Notificación

La notificación por edictos es un remedio extraordinario cuando no es posible la notificación en forma propia, a fin de impedir que la actitud rebelde del interesado pueda impedir la actuación administrativa. Para que la Administración pueda acudir a ella, es preciso que acredite la diligencia adecuada para lograr la notificación en forma propia, estimándose el recurso si no presenta constancia del intento de hacerlo en el domicilio indicado por el recurrente.

La STS de 29 de marzo de 2007 (recurso núm. 8098/2003) niega validez a la publicación de la resolución de expulsión practicada en el Boletín Oficial de la Provincia. El motivo es que la Administración no intentó previamente notificar el acto al interesado en el domicilio de su letrado, que había sido señalado para la práctica de las notificaciones.³⁸

En el mismo sentido, la STSJ de Andalucía (Málaga) de 27 de febrero de 2007 (recurso núm. 792/2006) declara la caducidad del procedimiento porque no se intentó notificar la resolución de expulsión ni en el domicilio señalado por el interesado ni en el de su Abogado. Lo particular en este caso es que la Administración sostenía que el procedimiento sancionador había estado paralizado por causa imputable a la interesada, pues el motivo de no habersele notificado la Resolución de expulsión era el incumplimiento de la medida de presentación periódica que le fue impuesta durante la tramitación del expediente. El TSJ rechaza que el incumplimiento de este deber sea óbice respecto a la obligación de la Administración de notificar personalmente a la recurrente. En el mismo sentido, la STSJ de Andalucía (Málaga) de 23 de abril (recurso núm. 26/2004).

La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 20 de septiembre de 2006 (recurso núm. 201/2006) considera que la falta de notificación a la actora de la resolución de expulsión no tiene efectos invalidantes porque no sufrió indefensión. Su letrado demostró conocer en todo momento el estado del expediente habiendo hecho las alegaciones e impugnaciones oportunas.

La STSJ de la Comunidad Valenciana de 17 de julio de 2006 (recurso núm. 57/2006) resuelve un caso interesante relacionado con la notificación de la orden de expulsión. El recurrente alega que la resolución sancionadora se notificó a su representante cuando ya se había materializado la expulsión. Al interesado se le notificó la iniciación del expediente sancionador en presencia de letrado e intérprete, fijándose en ese momento el despacho profesional de la letrada como domicilio para notificaciones. El acuerdo sancionador de 10 de noviembre de 2003 se notifica al interesado dos días más tarde. La letrada no recibió la notificación hasta el 10 de marzo de 2004, interponiendo recurso

³⁶ STJS de Canarias (Las Palmas) de 14 de julio de 2006 (recurso núm. 1565/2005).

³⁷ STSJ de Andalucía (Málaga) de 26 de enero de 2007 (recurso núm. 1812/2003).

³⁸ En el sentido de destacar la necesidad de intentar la notificación en el domicilio del letrado, véanse también las SSTSJ de Andalucía (Sevilla) de 28 de septiembre de 2006 (recurso núm. 927/2003) y de 4 de enero de 2007 (recurso núm. 384/2003) y las SSTSJ de Andalucía (Málaga) de 9 de marzo de 2007 (recursos núms. 153/2006, 203/2006 y 230/2006).

de reposición en esa misma fecha. Según el TSJ, la falta de asistencia de intérprete y letrado en la notificación del acuerdo de expulsión no impidió recurrir al sancionado por medio de su letrada. La sentencia añade que el hecho de que la resolución fuera comunicada a la letrada cuando la expulsión ya se había hecho efectiva podría viciar la ejecución de la sanción, que no es objeto del presente recurso, pero no afecta a la validez del acto administrativo.

La suspensión cautelar de la expulsión

Como regla general, se mantiene el principio de eficacia del acto administrativo. La STSJ de la Comunidad Valenciana de 7 de julio de 2006 (recurso núm. 708/2005), entre otras muchas, explica que la suspensión de los acuerdos de expulsión es susceptible de causar graves perjuicios al interés general porque se paraliza la política administrativa de control de la inmigración. Sobre la parte que solicita la medida cautelar pesa la carga procesal de aportar elementos de juicio que puedan ser valorados como indicios del peligro de daño jurídico para los derechos del extranjero derivado del retraso de la emisión del fallo definitivo (*periculum in mora*) y la verosímil ilegalidad de la actuación administrativa (*fumus boni iuris*).

La acreditación por parte del recurrente de arraigo familiar y laboral es la causa más frecuente en la que se apoya la suspensión de la orden de expulsión. Cuando el recurrente tiene vínculos familiares con personas que se encuentran en el país de forma regular, la medida cautelar es necesaria en este caso para salvaguardar la vida familiar.³⁹

La STSJ de Castilla-La Mancha de 16 de abril de 2007 (recurso núm. 75/2006) constituye una interesante muestra de la compleja ponderación que llevan a cabo los órganos jurisdiccionales. La sentencia accede a la suspensión cautelar a pesar de que la resolución de expulsión se basa,

además de en la permanencia ilegal del recurrente, en la existencia de una condena penal. El TSJ considera prevalente la situación de arraigo del demandante en nuestro país, que se concreta en su estancia en el país desde 1996; la existencia de un hijo menor que vive en España, la residencia legal de hermanas con las que podría mantener un estatus de convivencia, una apariencia de posible relación laboral y una resolución del juez de vigilancia, en donde se valoran todas estas circunstancias, para concederle un permiso carcelario.

5. LA DEVOLUCIÓN

El problema de la delimitación entre expulsión y devolución se plantea de nuevo en varias sentencias del TS y de los TSJ.

Las SSTS de 6 de octubre de 2006 (recurso núm. 2593/2003) y de 30 de noviembre de 2006 (recurso núm. 6755/2003) confirman la importante STS de 22 de diciembre de 2005 (comentada en Anuario 2006) al indicar que la expulsión resulta improcedente cuando la estancia en territorio español no ha sobrepasado los tres meses. El TS señala que la entrada irregular no aparece tipificada en el artículo 53 a) de la Ley Orgánica 4/2000, por lo que no le serían aplicables las sanciones de expulsión y prohibición de entrada en España durante diez años. La sentencia observa que en dicho precepto se alude al hecho de encontrarse irregularmente en territorio español, pero en concretas o determinadas circunstancias: "Primero: por no haber obtenido la prórroga de estancia. Segundo: por carecer de autorización de residencia. Tercero: por tener caducada más de tres meses la mencionada autorización de residencia y siempre que el interesado no hubiese solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente". No se contempla la situación del extranjero

³⁹ Cfr., entre otras, la STSJ de La Rioja de 13 de julio de 2006 (recurso núm. 128/2006); la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 13 de septiembre de 2006 (recurso núm. 217/2005); la STJS de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 14 de noviembre (recurso núm. 158/2006); y la STSJ de Madrid de 14 de diciembre de 2006 (recurso núm. 78/2005). En el mismo sentido, la STSJ de

Castilla-La Mancha de 15 de enero (recurso núm. 9/2006); la STSJ de Asturias de 8 de mayo de 2007 (recurso núm. 65/2007); la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 18 de mayo (recurso núm. 44/2007); y la STSJ de Murcia de 20 de junio de 2007 (recurso núm. 150/2007).

que ha entrado ilegalmente en territorio español, salvo que su estancia en dicho territorio se hubiese prolongado más de noventa días.

El TS indica que la devolución es la medida que cabe adoptar, conforme a la Ley vigente, respecto de un extranjero que ha entrado ilegalmente en España sin haber sobrepasado su estancia en dicho territorio los noventa días. En el caso de estancia irregular, a diferencia del caso del extranjero que pretende entrar, es necesario tramitar un expediente administrativo para acordar la devolución.⁴⁰

El TS afirma que corresponde a la Administración la carga de probar que la estancia en España se ha prolongado más de noventa días. Algún matiz importante se introduce en la STS de 20 de abril (recurso núm. 9484/2003), que rechaza la alegación del actor de que al tiempo de su detención llevaba tan sólo unos días en España, por lo que se considera procedente la expulsión. La sentencia se basa en que la duración de la estancia no fue reconocida por la Administración y en que, ante la carencia de cualquier documentación, era a éste a quien correspondía la carga de acreditar las circunstancias de su estancia. Está justificada la imposición de la expulsión porque el actor no desarrolló la menor prueba tendente a acreditar el momento de su entrada en España.

Frente a esta interpretación, el TSJ de Andalucía sigue considerando que la devolución sólo es aplicable a quienes son detenidos inmediatamente después de desembarcar clandestinamente en la costa española. No así a quienes son interceptados cuando ya transitan por territorio nacional.⁴¹

⁴⁰ En el mismo sentido, las SSTS de 31 de enero (recurso núm. 8873/2003), de 28 de febrero (recurso núm. 9490/2003) y de 19 de abril de 2007 (recurso núm. 10327/2003). Siguen esta línea jurisprudencial la STSJ de la Comunidad Valenciana de 17 de noviembre de 2006 (recurso núm. 965/2005); la STSJ de Madrid de 11 de enero de 2007 (recurso núm. 655/2003); la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 2 de febrero de 2007 (recurso núm. 144/2006); la STSJ de Canarias (Las Palmas) de 26 de marzo de 2007 (recurso núm. 2729/2003); y la STSJ de Cataluña de 21 de marzo de 2007 (recurso núm. 210/2006).

⁴¹ Cfr. las SSTSJ de Andalucía (Sevilla) de 11 de julio de 2006 (recurso núm. 1214/2003), de 18 de julio de 2006 (recurso núm. 33/2006), de 15 de septiembre de 2006 (recurso núm. 1559/2003), de 26 de septiembre de 2006 (recurso núm. 130/2006) y de 10 de enero de 2007 (recursos núms. 627/2002 y 977/2001).