

LA EFECTIVIDAD DE LA TUTELA JUDICIAL DE LOS EXTRANJEROS

LUIS POMED SÁNCHEZ

SUMARIO: — I. ACCESO A LA JURISDICCIÓN. PLANTEAMIENTO GENERAL: 1. El reexamen de las solicitudes de asilo. 2. Algunos problemas que plantea la interposición de recursos a través de Embajadas y Consulados. 3. El derecho a la asistencia letrada; la STC 95/2003, de 22 de mayo. — II. FISCALIZACIÓN JUDICIAL DE LOS CONTROLES ADMINISTRATIVOS DE ENTRADA Y SALIDA: 1. La motivación de la denegación de visados. 2. El régimen de salidas obligadas. — III. ACERCA DE LA EJECUCIÓN DE EXPULSIONES: 1. La justicia cautelar. 2. Breve referencia a la expulsión como medida sustitutiva del proceso penal.

La caracterización del derecho fundamental prestacional de acceso a la tutela judicial como un *derecho de la persona* puede reputarse hoy día cuestión pacífica (1). Así resulta de su reconocimiento en las grandes declaraciones de derechos, punto de encuentro intercultural sobre la dignidad humana (v. gr. arts. 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948 ó 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966).

Sentadas estas premisas, en las páginas que siguen se examinan algunos de los obstáculos que ha de salvar el ejercicio por los extranjeros de este derecho fundamental. Un examen, adviértase bien, sin afán agotador alguno, pues se ceñirá sustancialmente al ámbito de la impugnación de las resoluciones administrativas que impiden la entrada de extranjeros en España o que imponen la obligación de salida. Dicho de otro modo, es éste un capítulo específico de un tema de más amplio alcance, ceñido al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, sin perjuicio de las lógicas y explicable referencias a otras jurisdicciones (2).

(1) Sobre la distinción entre «derechos de los ciudadanos» y «derechos de las personas», vid. L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, pp. 97 y ss.

(2) Los problemas específicos del orden jurisdiccional penal son examinados, en este mismo volumen, por M. PÉREZ MANZANO, con el rigor que en ella es habitual.

Esta obligada limitación del objeto de estudio no merma en modo alguno la relevancia de las cuestiones con las que hemos de enfrentarnos. De un lado, porque es justamente la jurisdicción contencioso-administrativa la llamada a fiscalizar los actos dictados en ejecución de las políticas de control de flujos migratorios y de integración de extranjeros (en particular, reagrupación familiar). De otro, porque los procesos relativos a esta materia representan un porcentaje crecientemente elevado, al menos en proporción con el universo de población afectada, de los asuntos atribuidos al conocimiento de los órganos colegiados del orden contencioso-administrativo (3).

Así pues, este estudio se abre con unas consideraciones de carácter general acerca de la efectividad de la tutela judicial dispensada a los extranjeros para, posteriormente, detener nuestra atención en el control jurisdiccional de los actos dictados en el ejercicio de la política de control de frontera, esto es, las decisiones que habilitan o imposibilitan la entrada y salida del territorio nacional. El trabajo se completa con algunas reflexiones en torno a la justicia cautelar y a la incidencia que las resoluciones administrativas de expulsión de extranjeros tienen en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado.

I. ACCESO A LA JURISDICCIÓN. PLANTEAMIENTO GENERAL

La doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional en torno al «estatuto fundamental» de los extranjeros en España ha situado el centro de gravedad de la cuestión no tanto en la titularidad cuanto en las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales. Ello ha servido para superar la posición sostenida por la primera literatura constitucional, que auspició una interpretación de lo dispuesto en el art. 13.1 CE como auténtica «desconstitucionalización» de los derechos fundamentales de los extranjeros en España, potenciando la libertad de configuración del legislador en esta

(3) En el discurso pronunciado por el Presidente del Tribunal Supremo en el acto inaugural del año judicial 2002-2003, titulado *Extranjeros, pero no extraños, ante la justicia*, se reseña que «según los datos obrantes en el servicio estadístico del Consejo General del Poder Judicial, en 1999 el número de asuntos registrados en materia de extranjería en la jurisdicción contencioso-administrativa era, en los Tribunales Superiores de Justicia, de 1506, en el año 2000 ingresaron 794, y en el año 2001, los asuntos ingresados fueron 5733. En la Audiencia Nacional, por su parte, en 1999 se registraron 1458 asuntos de extranjería, en 2000, 1685 asuntos y en 2001, 3606. A la vista de estos datos se puede colegir que en el año pasado se ha producido un notable incremento del número de asuntos registrados —en el caso de los Tribunales Superiores de Justicia de más de un 300% y en la Audiencia Nacional de casi un 100%—. En cuanto a la pendencia, aunque los Tribunales Superiores de Justicia resolvieron el año pasado más asuntos de los ingresados, se incrementó con respecto a 2000 en un 300%».

materia, siempre, claro es, de acuerdo con lo dispuesto en los Tratados Internacionales (arts. 13.1 y 96.1 CE) (4).

Para comprender esta evolución resulta de suma utilidad recordar la clasificación tripartita que ha hecho fortuna entre nosotros (5). Hallamos así, en primer lugar, los *derechos comunes* a nacionales y extranjeros, esto es, aquellos «que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano (...) que son imprescindibles para la garantía de la dignidad de la persona humana, que, conforme al artículo 10.1 de nuestra Constitución, constituye el fundamento del orden político español» (STC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 3; en este mismo sentido SSTC 130/1995, de 11 de septiembre y 95/2000, de 10 de abril). En segundo lugar, los *derechos condicionados a la configuración legal*, noción para cuya adecuada comprensión es precisa la lectura detenida de la STC 115/1987, de 7 de julio, en la cual la mayoría del Tribunal se decantó por una interpretación restrictiva de los poderes del legislador ordinario, frente a la tesis del «estándar mínimo» postulada en el Voto Particular. Quedan por último los *derechos vinculados a la nacionalidad*. En esta categoría cobran un singular protagonismo, por mor de la excepción contenida en el art. 13.2 CE, los derechos de participación política y de acceso a las funciones y cargos públicos proclamados en el art. 23 CE (6).

En el caso del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), su inserción en el primero de los grupos mencionados se produjo tempranamente. Concretamente, en la STC 99/1985, de 3 de septiembre, FJ 2, pasaje cuya lectura resulta muy ilustrativa:

(4) Acerca de la primera interpretación de la reserva de ley del art. 13.1 CE y la posterior evolución, vid. M.C. VIDAL FUEYO, *Constitución y extranjería*, CEPC, Madrid, 2002, pp. 40 y ss.

(5) Vid. P. CRUZ VILLALÓN, «Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros y las personas jurídicas», recogido en *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, CEPC, Madrid, 1999 pp. 198 y ss. Asimismo, I. BORRAJO INIESTA, «El status constitucional de los extranjeros», en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, Tomo II, pp. 697 y ss. y, en términos críticos, M.C. VIDAL FUEYO, *Constitución y extranjería*, op. cit.

(6) En este tercer grupo hallamos una de las paradojas tan habituales en la legislación de extranjería, pues si bien el derecho de acceso a las funciones y cargos públicos (art. 23.2 CE) se reserva constitucionalmente en exclusiva a los ciudadanos españoles, la legislación ordinaria muestra una paulatina «erosión» de esta regla. Véanse, si no, la Ley 17/1993, de 23 de diciembre, por la que se regula el acceso a determinados sectores de la función pública de los nacionales de los demás Estados miembros de la Comunidad Europea, o la Ley 32/2002, de 5 de julio, que permite el acceso de algunos extranjeros a la condición de militar profesional de tropa y marinería. La primera se explica por el impacto del Derecho comunitario europeo, en especial la libertad de circulación de trabajadores, en tanto que con la aprobación de la segunda se ha tratado de hacer frente a las carencias de solicitudes para las Fuerzas Armadas profesionales. Ni que decir tiene que la milicia ha sido uno de los medios usados en otros países para integrar a los extranjeros, lo que representa un aliciente de no poca importancia para los demandantes de estos empleos.

«Es verdad, como afirma el representante del querollado, que nuestra Constitución 'es obra de españoles', pero ya no lo es afirmar que es sólo 'para españoles'. El párrafo 1 del art. 13 de la Constitución no significa que los extranjeros gozarán sólo de aquellos derechos y libertades que establezcan los tratados y las leyes, como parece entender la mencionada representación procesal. Significa, sin embargo, que el disfrute por los extranjeros de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución (y que por consiguiente se le reconoce también a ellos en principio, con las salvedades concernientes a los arts. 19, 23 y 29, como se desprende de su tenor literal y del mismo art. 13 en su párrafo segundo) podrá atemperarse en cuanto a su contenido a lo que determinen los tratados internacionales y la Ley interna española. Pero ni siquiera esta modulación o atemperación es posible en relación con todos los derechos, pues 'existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos' (Sentencia del Tribunal Constitucional 107/1984, de 23 de noviembre, Sala Segunda, fundamento jurídico cuarto); así sucede con aquellos derechos fundamentales «que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano» o, dicho de otro modo, con 'aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al art. 10.1 de nuestra Constitución constituye fundamento del orden político español' (ibidem, fundamento jurídico tercero).

Pues bien, uno de estos derechos es el que 'todas las personas tienen... a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales', según dice el art. 24.1 de nuestra Constitución; ello es así no sólo por la dicción literal del citado artículo ('todas las personas...'), sino porque a esa misma conclusión se llega interpretándolo, según exige el art. 10.2 de la C.E., de conformidad con el art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, con el art. 6.1 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 y con el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 19 de diciembre de 1966, textos en todos los cuales el derecho equivalente al que nuestra Constitución denomina tutela judicial efectiva es reconocido a 'toda persona' o a 'todas las personas', sin atención a su nacionalidad. Por consiguiente, en el caso que examinamos, la nacionalidad alemana o española de quien nos pide amparo es irrelevante para otorgarlo o denegarlo» (7).

(7) La exclusión de los derechos fundamentales del art. 19 CE ha de matizarse a la vista del cambio de doctrina operado por la STC 94/1993, de 22 de marzo. Tras este pronunciamiento, dichos derechos fundamentales no pueden entenderse integrados en el tercer grupo (derechos vinculados a la nacionalidad) sino en el segundo (derechos condicionados a su configuración legal), según se aprecia en la STC 53/2002, de 27 de febrero, FJ 4 a).

En cuanto a la mención al art. 29 CE, baste recordar que, según el art. 1.1 de la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del derecho de petición, «Toda persona natural o jurídica, prescindiendo de su nacionalidad, puede ejercer el derecho de petición, individual o colectivamente, en los términos y con los efectos establecidos por la presente Ley y sin que de su ejercicio pueda derivarse perjuicio alguno para el peticionario». Se trata, ciertamente, de una decisión del legislador orgánico, pero la ausencia de recursos de amparo formulados por extranjeros que reclamen el ejercicio de este derecho fundamental impide ofrecer ninguna aportación de la doctrina constitucional.

Esta misma doctrina ha sido luego reiterada en las SSTC 115/1987, de 7 de julio, FJ 4 y 94/1993, de 22 de marzo, FJ 4, que confirma la aplicabilidad del derecho fundamental que nos ocupa y de las garantías procedimentales y procesales del art. 24 CE a los procedimientos de expulsión.

De este modo, y según se ha avanzado con anterioridad, cuando del derecho a la tutela judicial de los extranjeros se trata, el verdadero *punctum dolens* radica en su efectividad. Una efectividad que, en este caso, no sólo remite a las garantías de intangibilidad y ejecutividad de las resoluciones judiciales firmes, sino incluso a un momento anterior, al contenido «más genuino» (STC 238/2002, de 9 de diciembre, FJ 4) del derecho fundamental que nos ocupa: el acceso a la jurisdicción. Conscientes de la imposibilidad de abordar todos los problemas que la efectividad del derecho fundamental a la tutela judicial de los extranjeros —aquí, esencialmente de los inmigrantes (8)— plantea, en las próximas páginas abordaremos muy sumariamente algunos de las dificultades existentes para el acceso de los extranjeros a la jurisdicción, en especial cuando de fiscalizar resoluciones dictadas en materia de control de fronteras, y concluiremos con una muy breve referencia a la justicia cautelar.

La proclamación de la plena disponibilidad para los extranjeros del derecho a la tutela judicial efectiva, llevada a cabo por el Tribunal Constitucional en los términos reseñados, responde a la atribución de este derecho fundamental a los seres humanos en cuanto tales, con abstracción de su nacionalidad, de su pertenencia a la comunidad política ordenada por la Constitución de 1978. A este respecto, interesa precisar el sentido de la

(8) El término extranjero sólo ofrece claridad conceptual por oposición al ciudadano o nacional, como se aprecia en el art. 1.1 LOEx [y aún, en este caso, habría que recordar que nuestro Derecho presenta la singularidad de distinguir entre nacionalidad originaria y derivativa; al respecto, E. CANO BAZAGA, «El acceso de los extranjeros a la nacionalidad española», en J. A. CARRILLO SALCEDO (coord.), *La Ley de Extranjería a la luz de las obligaciones de España en derechos humanos*, Akal, Madrid, 2002, p. 64]. Más allá de esta dualidad primigenia, la extranjería no es en nuestro ordenamiento jurídico un bloque regulador uniforme al que se sujeta a todos aquellos que no disfrutan de la nacionalidad española, sino más bien el mosaico resultante de los distintos regímenes, de entre los cuales aquí interesa examinar —siempre por referencia al disfrute del derecho a la tutela judicial efectiva— tan sólo los aplicables a los refugiados y a los inmigrantes, es decir, a aquellos cuya presencia en el territorio nacional se legitima por razones humanitarias y laborales. Ciertamente, entre unos y otros, e incluso en el seno de estos dos grupos (piénsese, sin ir más lejos, en las distinciones que entre inmigrantes puede representar la graduación del tiempo de residencia exigido por el art. 22 CC para el acceso a la nacionalidad española). Pero no es menos cierto que ambos grupos enfrentan a la sociedad española con el reto de construir un «espacio hospitalario». En tal sentido, vid. D. INNERARITY, *Ética de la hospitalidad*, Ediciones Península, Barcelona, 2001, en cuya p. 199 se formula una advertencia que convendrá tener presente: «la compasión sólo es justa tras la experiencia de la incapacidad, tras el fracaso del intento de realizar plenamente la justicia en el mundo; pero es injustificable como programa para sustituir el combate contra la injusticia o para atemperar la conflictividad resultante de las desigualdades».

utilización de la *dignidad humana* como sustento ideológico de la doctrina constitucional (9). En efecto, no debe verse en esta decisión una postergación de los restantes fundamentos del orden político y de la paz social enunciados en el art. 10.1 CE, ni la minusvaloración de la «comparación en el ámbito de los derechos fundamentales» como método de interpretación de la Constitución, plasmado en el art. 10.2 CE (10). Antes bien, la *dignidad humana* representaría el compendio incontrovertible, de los derechos humanos proclamados en los textos internacionales. Por decirlo en palabras del Tribunal Constitucional, el «*minimum invulnerable* que todo estatuto jurídico debe asegurar» (STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7) (11).

Ahora bien, cuando ese *minimum invulnerable* ha de garantizarse respecto de un derecho prestacional, como lo es el derecho a la tutela judicial efectiva (por todas, STC 217/2002, de 25 de noviembre, FJ 3), no basta con proclamar la titularidad del mismo, y ni tan siquiera la igualdad en el ejercicio del derecho. Teniendo siempre presente que se trata de asegurar la efectividad de la tutela judicial, importa ponderar adecuadamente la situación en que se encuentre el extranjero sujeto a las decisiones de los poderes públicos españoles. Y ello no sólo en el momento de aplicación de las normas procesales, habida cuenta que en el acceso a la jurisdicción despliega su máxima potencialidad el principio *pro actione* (12), sino antes incluso, en la labor del

(9) M. C. VIDAL FUEYO, *Constitución y extranjería*, op. cit., efectúa una solvente crítica a los criterios hermenéuticos utilizados por la jurisprudencia constitucional en la definición del estatuto fundamental de los extranjeros en nuestro ordenamiento. En particular, hay que convenir con esta autora en la insatisfacción que suscita alzaprimar la *dignidad humana* como base axiológica de los derechos fundamentales, olvidando el valor que representan las declaraciones internacionales de derechos humanos, parámetros de validez de las acciones de los Estados en el marco del *Estado mundial de Derecho*, nuevo paradigma del Estado de Derecho, en la línea de reflexión apuntada por L. FERRAJOLI [de este autor, recientemente, «Pasado y futuro del Estado de Derecho», en M. CARBONELL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 13 y ss.].

(10) En relación con este criterio o método de interpretación, vid. J. JIMÉNEZ CAMPO, «Interpretación de la Constitución», *Enciclopedia Jurídica Civitas*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 3.689 y ss. y A. SÁIZ ARNAIZ, *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999. Ambos autores ponen el acento en que este método obliga a una labor interpretativa del contenido constitucional de los derechos fundamentales ausente de contradicciones con su homónimo en los textos internacionales de referencia.

(11) Esta Sentencia reviste especial interés a los efectos de la presente reflexión, pues el «contenido absoluto» o con proyección *ad extra* (léase, universal) de los derechos fundamentales —aquí, del derecho a un proceso justo, como precipitado de las garantías procesales del art. 24 CE—, el Tribunal subraya la importancia de «la Declaración Universal de Derechos Humanos y los demás tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, a los que el art. 10.2 CE remite como criterio interpretativo de los derechos fundamentales» (FJ 7).

(12) Teniendo en cuenta que el principio «*pro actione*» no implica, al decir del Tribunal Constitucional, la selección de la interpretación de las normas procesales más favorable a la admisión de la acción sino que únicamente implica la «interdicción de aquellas decisiones de

legislador, a quien le corresponde «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas» (art. 9.2 CE).

La hipotética desatención de este mandato no se traducirá, por lo común, en una declaración de inconstitucionalidad, habida cuenta de que el Tribunal Constitucional viene reiterando que el art. 14 CE, ámbito al que se ha reconducido el juicio de igualdad, no permite un reproche de discriminación por indiferenciación (STC 164/1995, de 13 de noviembre, FJ 7). Pero ello no empece para apuntar la conveniencia de examinar con especial rigor los tratamientos normativos formalmente neutrales pero que, en su neutralidad, ignoran las diferencias subyacentes entre grupos e individuos, en especial cuando, como sucede en el caso de los extranjeros, pueden ser *invisibles* para el legislador, quien no ha de responder a sus demandas porque no forman parte de la comunidad política a la que aquél representa.

Entrando ya en el examen de la vigente legislación de extranjería, tres son los supuestos a los que interesa hacer referencia, siquiera sea a vuelo-pluma: la figura del reexamen de las solicitudes de asilo, el recurso a través de las representaciones diplomáticas y consulares y el derecho a la asistencia jurídica gratuita. La proximidad temporal de la STC 95/2003, de 22 de mayo, aconseja detenerse algo más en el tratamiento de este último aspecto.

1. El reexamen de las solicitudes de asilo

Como es sabido, el texto originario de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo, partía de la distinción entre asilo y refugio. En lo que ahora estrictamente interesa, las resoluciones del Ministro del Interior en materia de asilo eran susceptibles de recurso de alzada ante el Consejo de Ministros, en tanto que las de este órgano podían ser combatidas mediante un peculiar «recurso de súplica ante el mismo» (art. 21) (13). Por el contrario, cuando se trataba de reconocer al peticionario la condición de refugiado, el art. 24 de la Ley establecía que las resoluciones del Ministro del Interior ponían fin a la vía administrativa, quedando expedita la contencioso-administrativa. Las diferencias en punto a la recurribilidad de uno y otro

inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelan una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican» (STC 88/1997, de 5 de mayo, FJ 2), parece indudable que dicho principio opera como elemento del juicio de proporcionalidad.

(13) Conforme al art. 7 de la Ley, correspondía al Ministro del Interior dictar la resolución definitiva si era conforme con la propuesta elaborada por la Comisión Interministerial creada por el art. 6, elevándose al Consejo de Ministros en caso de desacuerdo entre ambos órganos.

supuesto se explicaban, en la arquitectura de la Ley 5/1984, por la distinta naturaleza de los actos administrativos —declarativo en el caso del refugio, constitutivo para el asilo— y la consiguiente mayor amplitud del margen de discrecionalidad de que gozaba la Administración en el segundo supuesto.

Sea como fuere, lo cierto es que la dualidad de regímenes fue abandonada con la Ley 9/1994, de 19 de mayo, que se decantó por la generalización del mecanismo de revisión hasta entonces reservado para la declaración de refugiado, con la consiguiente supresión de recursos en vía administrativa. La declaración de urgencia de los recursos contencioso-administrativos, operada por ministerio de la ley (art. 21.1 *in fine*) cerraba la decisión uniformizadora en la materia (14). Sin embargo, más importante que esta unificación de regímenes fue la introducción de una nueva modalidad en el procedimiento de reconocimiento del derecho, la inadmisión a trámite, que representa una desestimación anticipada de la solicitud. Particularmente polémica resulta la inadmisión a trámite *en frontera* (art. 5.7), hasta el punto de haberse introducido la figura del *reexamen*, cuyo conocimiento se atribuye al Ministro del Interior, con audiencia del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) (15). De este modo, a propuesta del propio ACNUR, el legislador atenuó la intensidad de la reforma en cuanto introducía esta inadmisión liminar de las solicitudes (16).

2. Algunos problemas que plantea la interposición de recursos a través de Embajadas y Consulados

La posibilidad de interponer recursos en vía administrativa y judicial ante las representaciones diplomáticas y oficinas consulares ya se preveía en el art. 35 de la Ley Orgánica 7/1985, contemplándose actualmente en el art.

(14) Con la excepción de la denegación en frontera, el régimen de recursos administrativos de la Ley reguladora del Derecho Asilo era acorde con los criterios que informaban la LPC en su redacción originaria (resultante de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre), que suprimió los recursos de reposición. Sin embargo, queda la duda de la adecuación de dicho régimen a la norma de cabecera en materia de procedimiento administrativo común una vez que la Ley 4/1999, de 13 de enero, ha reintroducido, bien que con carácter potestativo, este remedio en vía administrativa.

(15) En relación con la relevancia reconocida por la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo al informe del ACNUR en esta inadmisión liminar, vid. Sentencias de 27 de junio de 2002 (Ar. 2002/6143) y de 15 de julio de 2002 (Ar. 2002/8386). Una relevancia que se corresponde con los efectos suspensivos que el informe favorable del ACNUR tiene en vía contencioso-administrativa ex art. 21.2 de la Ley.

(16) La referencia al papel que representó el ACNUR en ese momento se toma de C. RUEDA FERNÁNDEZ, «Refugiado y asilado: legislación española y compromisos internacionales», en J.A. CARRILLO SALCEDO (coord.), *La Ley de Extranjería a la luz de las obligaciones de España en derechos humanos*, op. cit., pp. 200 y ss.

65.2 LOEx (17). Cuando de recursos administrativos se trata, hay que recordar que este cauce de presentación de escritos se corresponde con lo dispuesto en el art. 48.4 d) LPC.

Mayores problemas plantea la efectividad de este cauce en vía judicial. Una vía que ha de concretarse en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, que es el competente para conocer de los recursos a los que se refiere el mencionado art. 65.2 LOEx, en la medida en que tengan por objeto resoluciones que hayan conllevado la salida del territorio nacional del demandante. Los órganos competentes en la materia que nos ocupa son las Salas de dicho orden de los Tribunales Superiores de Justicia, en virtud de la doctrina elaborada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (18). Pues bien, según dispone el art. 23.2 LJCA, «en sus actuaciones ante los órganos colegiados, las partes deberán conferir su representación a un Procurador y ser asistidas por un Abogado».

La interpretación conjunta de ambos preceptos no resulta una tarea sencilla, en particular si paramos mientes en la vocación de generalidad de la regla que sobre postulación procesal se contiene en el art. 23.2 LJCA (19). Sin embargo, cabe apuntar tres formas de salvar la antinomia resultante. En primer lugar, no sería descabellado sostener que el art. 65.2 LOEx contiene una excepción a la regla general de postulación procesal tanto *ratione personae* como en atención al lugar de residencia del recurrente. Pero también podría pensarse que el precepto legal en cuestión habilita a las representaciones

(17) Con anterioridad a la reforma operada por la Ley Orgánica 8/2000, el entonces art. 59.2 permitía igualmente que los recursos se interpusieran a través «de organizaciones de asistencia a la emigración debidamente apoderadas, quienes lo remitirán al organismo competente», en evidente confusión de la legitimación por sustitución con los registros públicos habilitados para dar fe de la fecha de presentación de escritos. Especialmente crítico con la viabilidad efectiva de esta forma de presentación de escritos se muestra D. MOYA MALAFERRA, «La devolución de extranjeros en el ordenamiento jurídico español», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 62 (2002) p. 249.

(18) Al respecto, vid. el Auto de la Sección Primera de dicha Sala de 20 de octubre de 2000 (2000/9813), en cuyo Fundamento de Derecho tercero se dice que «la Sala entiende que los actos emanados de la Administración periférica del Estado de cuantía indeterminada, como indudablemente son los de autos (denegación de visados y permisos, con obligación de salida del territorio nacional), deben recibir el mismo tratamiento competencial que el establecido para los de cuantía superior a 10 millones de pesetas. Esto significa que el conocimiento de los recursos deducidos contra esos actos, con arreglo a lo dispuesto en la Ley 29/1998, no está atribuido a los Juzgados —artículo 8.3, párrafo segundo— sino a los Tribunales Superiores de Justicia —artículo 10.1.j— y por ende que la sentencia que el Abogado del Estado pretende recurrir debe entenderse dictada en única instancia. Y además, como la propia cuantía indeterminada del asunto litigioso excluye a aquélla de la excepción prevista en la letra b) del apartado 2 del artículo 86, según viene entendiendo reiteradamente esta Sala, la conclusión es que la sentencia dictada por el Tribunal 'a quo' es recurrible en casación».

(19) Acerca de dicha vocación de generalidad, vid. el Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Primera) de 25 de febrero de 2002 (2002/120149).

diplomáticas y a las oficinas consulares como lugares idóneos para la presentación de escritos procesales, por lo que, amén de su eficacia para la determinación del cómputo de los plazos, en todos aquellos casos en los que fuera precisa la intervención personal del recurrente, éste no precisaría comparecer en la sede del propio órgano jurisdiccional. Finalmente, también sería plausible entender que el artículo que nos ocupa permite, cuando menos, efectuar en los lugares indicados la designación de Letrado y Procurador, en términos equivalentes, por tanto, al apoderamiento *apud acta*.

3. El derecho a la asistencia letrada; la STC 95/2003, de 22 de mayo

Para concluir este epígrafe, resulta oportuno hacerse eco de la reciente STC 95/2003, de 22 de mayo de 2003. En esta resolución el Pleno del Tribunal conoce del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo contra el inciso «que residan legalmente en España» del art. 2.a) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita (en adelante, LAJG), pues a juicio del recurrente este precepto impide a los extranjeros que se hallen ilegalmente en nuestro país impugnar las resoluciones administrativas referentes a su *status* de extranjero, en especial las que decreten su expulsión (20).

En lo que ahora estrictamente interesa, el Tribunal comienza recordando la conexión instrumental existente entre el derecho a la asistencia jurídica gratuita y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, es decir, entre los arts. 119 y 24.1 CE (FJ 3), para, a continuación, precisar el contenido indisponible del primero de los derechos citados, que se concreta en el deber de sufragar los gastos procesales «a quienes, de exigirse ese pago, se verían en la alternativa de dejar de litigar o poner en peligro el nivel mínimo de subsistencia personal o familiar» (FJ 4) (21). Dicho esto, se advierte

(20) Recuérdese que, conforme al art. 2.a) LAJG, «tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita los ciudadanos españoles, los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea y los extranjeros que residan legalmente en España, cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar». Entre la interposición del recurso y su resolución ha transcurrido el tiempo más que suficiente para alterar el marco legislativo en el que se situaba el precepto impugnado. En primer lugar, porque en tanto la Ley Orgánica 7/1985 sólo reconocía el derecho a la asistencia letrada de oficio e intérprete a los extranjeros sujetos a prisión preventiva, la LOEx amplía este derecho a los extranjeros que carezcan de recursos «en todos los procedimientos administrativos o judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, a su devolución o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de asilo». Por otro lado, recuérdese que, conforme al art. 2.f) LAJG, «en el orden contencioso-administrativo así como en la vía administrativa previa, los ciudadanos extranjeros que acrediten insuficiencia de recursos para litigar, *aun cuando no residan legalmente en territorio español*, tendrán derecho a la asistencia letrada y a la defensa y representación gratuita en todos aquellos procesos relativos a su solicitud de asilo».

(21) Como se consigna en la propia Sentencia analizada, este «contenido indisponible», que no «contenido esencial» se identificó en la STC 16/1994, de 20 de enero, FJ 3.

que si bien el legislador goza de un amplio margen de libertad de configuración para delimitar el alcance del concepto jurídico indeterminado consistente en la carencia de «recursos suficientes para litigar» (22), lo que no le es dado es privar del derecho «a un grupo de personas físicas que reúnan las condiciones económicas previstas con carácter de generalidad para acceder a tal derecho», pues ello implicaría «una lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva al que, de forma instrumental, ha de servir el desarrollo legislativo del art. 119 CE, pues si no se les reconociese el derecho a la gratuidad de la justicia su derecho a la tutela judicial efectiva resultaría meramente teórico y carecería de efectividad» (FJ 4 *in fine*).

La *ratio decidendi* de la estimación, luego se precisará su alcance, del recurso, se desarrolla en el FJ 6

«(...) a tenor de la norma impugnada, a los extranjeros que, sin tener la condición de residentes legalmente en España, pretendan impugnar alguna de las resoluciones administrativas a las que se refiere el Defensor del Pueblo en su recurso no puede reconocérseles el derecho a la asistencia jurídica gratuita pese a que reúnan las condiciones económicas que, en otro caso, les permitirían acceder a tal beneficio. De otra parte, el art. 23 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (al igual que el art. 33 de la anterior Ley de 1956), exige para la impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa de las resoluciones a las que se refiere el Defensor del Pueblo que las partes se encuentren representadas por Procurador y defendidas por Letrado. El incumplimiento de este requisito afecta a la validez de la comparecencia y, tras el correspondiente requerimiento de subsanación, desemboca, según el art. 45.3 de la indicada Ley, en el archivo de las actuaciones, sin posibilidad de obtener, por tanto, una resolución sobre el fondo de las pretensiones que se intenten deducir ante la jurisdicción ordinaria. De ahí que, si el extranjero no residente legalmente en España no dispone de recursos suficientes para procurarse Abogado que le defienda y Procurador que le represente, verá cerrado su acceso a la jurisdicción y no podrá someter al control de ésta la legalidad de la actuación administrativa (art. 106.1 CE) en un aspecto que le concierne directamente, como es su *status* de extranjero (permisos de residencia, trabajo, exenciones de visado, etc.), y que puede desembocar en su expulsión del territorio nacional. Ello supone, sin duda, una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE, del que, como se dijo, son titulares todas las perso-

(22) En ese mismo pasaje se reitera, nuevamente con invocación de la STC 16/1994, que el legislador «puede, por ejemplo, fijarlo a partir de criterios objetivos, como el de una determinada cantidad de ingresos, u optar por un sistema de arbitrio judicial dejándolo a la decisión discrecional de los Jueces o de éstos y otras instancias, o puede utilizar fórmulas mixtas limitándose a establecer las pautas genéricas que debe ponderar el Juez al conceder o denegar las solicitudes de gratuidad (número de hijos o parientes a cargo del solicitante, gastos de vivienda, características del proceso principal, etc.)».

nas (también los extranjeros no residentes legalmente en España), vulneración que, al resultar de la propia norma legal, hace que ésta incida en el vicio de inconstitucionalidad».

A precisar el alcance de la declaración de inconstitucionalidad se dedican los fundamentos jurídicos 7 y 8. En el primero de ellos se señala que «la expresión "que residan [en España]" habrá de entenderse referida a la situación puramente fáctica de los que se hallan en territorio español, sin que quepa atribuir a la referida expresión un significado técnicamente acuñado de residencia autorizada administrativamente al que se refería el art. 13.1 b) de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, vigente al tiempo de la impugnación, y al que hoy alude el art. 29.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, pues, de lo contrario, se vaciaría por completo el sentido y alcance de la declaración de inconstitucionalidad que debemos realizar». Esto se traduce en un fallo interpretativo del término «residan», que excluye en todo caso del disfrute del derecho a los extranjeros que no se hallen en territorio español. Es el caso de los expulsados, devueltos o rechazados que hayan abandonado el territorio nacional antes de interponer el correspondiente recurso contencioso-administrativo, o de quienes hayan visto denegada su solicitud de visado para entrar en España.

Si la primera precisión puede considerarse de carácter «territorial», la segunda es de naturaleza «temporal», al extender los efectos de la STC a los extranjeros que se encuentren actualmente en España y reúnan las condiciones legalmente exigidas para acceder a la asistencia jurídica gratuita «en relación con cualquier tipo de proceso a efectos del cual gocen de la precisa legitimación» (FJ 8).

II. FISCALIZACIÓN JUDICIAL DE LOS CONTROLES ADMINISTRATIVOS DE ENTRADA Y SALIDA

En este apartado interesa hacer mención de los problemas que para la efectividad de la tutela judicial plantean tanto el régimen actual de visados como la regulación de la expulsión y devolución en la vigente Ley de Extranjería. Sin perjuicio, claro es, de mencionar las modificaciones que pueden materializarse en un futuro próximo (23).

(23) Resultantes de los Proyectos de Ley Orgánica de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros (texto del Proyecto en BOCG, Congreso de los Diputados, núm. 136-1, de 21 de marzo de 2003; actualmente, este texto se encuentra pendiente de deliberación en el Pleno de la Cámara) y de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por

1. La motivación de la denegación de visados

Respecto del primero de los aspectos indicados, parece pertinente recordar que mediante la exigencia de visado se traslada el control de los flujos migratorios desde la frontera al país de origen (24). Según es sobradamente conocido, en la Ley Orgánica 4/2000 la regulación del procedimiento de ejercicio de la potestad discrecional que nos ocupa presentaba, como novedad más destacada, la exigencia de motivación de su denegación en todos los casos (25). Esta novedad ha desaparecido, al menos en cuanto a la vocación de generalidad que la informaba, con la aprobación de la Ley Orgánica 8/2000, tras la cual la denegación del visado precisará de motivación sólo en dos supuestos: «cuando se trate de visados de residencia para reagrupación familiar o para el trabajo por cuenta ajena» (art. 27.5), disponiéndose asimismo en este precepto que si la denegación trae causa de que el solicitante está incluido en la lista de no admisibles del Convenio Schengen, «se le comunicará así de conformidad con las normas establecidas por dicho Convenio» (26).

Este cambio de criterio ha suscitado diversas críticas, que apuntan a un doble orden de consideraciones. Desde una perspectiva formal, se ha cuestionado la excepción que representa al deber de motivación de los actos administrativos, en los términos del art. 54 LPC. Una crítica a la que parece querer salir al paso la nueva reforma de la LOEx mediante la introducción de una Disposición Adicional, la Decimonovena, en la LPC, conforme a la cual los procedimientos en materia de extranjería «se regirán por su normativa específica, aplicándose supletoriamente la presente Ley». Esta solución salva, al menos, la coherencia sistemática de la LPC y el papel que representa en el ejercicio de las competencias horizontales del art. 149.1.18 CE.

la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local; y de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOCG, Congreso de los Diputados, núm. 160-1, de 20 de junio de 2003).

(24) Al respecto, M^a.A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, «La entrada y salida de los extranjeros del territorio español», en A. RODRÍGUEZ BENOT y C. HORNERO MÉNDEZ (coords.), *El nuevo Derecho de extranjería*, Editorial Comares, Granada, 2001, pp. 194 y ss.; de la misma autora, «La entrada y salida de extranjeros en territorio español», en J.A. CARRILLO SALCEDO, *La Ley de Extranjería a la luz de las obligaciones de España en derechos humanos*, pp. 44 y ss., donde se hace eco de la definición que del visado ofrece J.M^a. ESPINAR VICENTE: «documento por el que se autoriza el acceso a un determinado país y que es expedido con carácter previo a la entrada del extranjero en dicho territorio».

(25) Conforme al art. 25.3, «la denegación deberá ser expresa y motivada e indicar los recursos que procedan». El régimen de visados ha de conocer una profunda modificación si prospera la reforma de la LOEx actualmente en tramitación y que se ha mencionado en la nota 116.

(26) En coherencia con esta reforma, el nuevo art. 20.2 «Derecho a la tutela judicial efectiva» excepciona del deber general de motivación de las resoluciones administrativas las de otorgamiento o denegación del visado.

Por otro lado, se ha sostenido, ya desde un punto de vista sustantivo, que la exención de la carga de motivación coloca al peticionario en una situación de indefensión por cuanto ignora las razones por las que se le impide la entrada en el territorio nacional, con lo que le resulta de todo punto imposible discutir las en vía judicial (27). En ocasiones, la crítica se acompaña de un reproche a la regulación del procedimiento de otorgamiento del visado por la discrecionalidad que se otorga a la Administración. Reproche que no se alcanza a comprender muy bien, pues la discusión de la exención habrá de partir, insoslayablemente, bien de la afirmación de un derecho subjetivo —o interés legítimo— a la concesión del visado, que queda limitado por la denegación [art. 54.1 a) LPC], bien de que se trata de una resolución dictada «en el ejercicio de potestades discrecionales» [art. 54.1 f) LPC]. Como lo primero no se apunta en ningún caso, sólo cabe exigir la motivación en atención al segundo supuesto.

Sea como fuere, lo cierto es que la no motivación de los visados dista de ser una cuestión pacífica, por más que responda a la práctica habitual en otros ordenamientos (28). La formulación de un juicio de validez del precepto legal

(27) M^a.A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, «La entrada y salida de los extranjeros del territorio español», nota 29 en p. 199, apunta que esta exención del deber de motivación ignoraría «una vasta jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha afirmado que dicha solución no podía ser de recibo ya que suponía un atentado al derecho a la tutela judicial efectiva (entre otras, STS de 24 de septiembre de 1991, RAI, 1991, núm. 6865, y de 1 de octubre de 1992, RAI, 1992, núm. 7742)». Sin embargo, esta jurisprudencia no parece absolutamente pacífica si se lee con atención la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Séptima) de 14 de abril de 1997 (1997/3309), en cuyo Fundamento sexto hallamos los siguientes pasajes: «Limitándonos estrictamente a la hipotética vulneración del art. 24 de la CE por falta de motivación del acto administrativo, dado el contenido posible del proceso especial en que nos hallamos, debe rechazarse la tesis de la sentencia recurrida, que en realidad se asienta en una sola Sentencia de este Tribunal, la de 12 noviembre 1992, de la Sección 4.ª de esta Sala, y en la que la tesis de la violación del derecho fundamental de tutela judicial efectiva por falta de motivación del acto administrativo, es en realidad un "obiter dicta", que no puede prevalecer frente a una doctrina reiterada de sentido contrario, que viene proclamando, como indica el Abogado del Estado en su recurso, que el art. 24 de la CE tiene como referente el proceso, y no es aplicable a la actuación administrativa, salvo en el procedimiento sancionador, o cuando por ellas se cierra el paso a una posible intervención revisora de la jurisdicción (Sentencias de esta Sección, entre otras, de 1 febrero, 2 abril y 7 junio 1993 y 24 febrero 1996). Como decíamos en la Sentencia de 24 febrero 1996 antes traída a colación: "debe rechazarse la pretendida infracción del artículo 24.1 de la Constitución, pues, aparte de que no se está en presencia de un procedimiento sancionador, ni se ha impedido a los recurrentes el acceso a la jurisdicción, carece de fundamento la indefensión que se dice provocada por la falta de motivación de las resoluciones administrativas impugnadas, pues éstas indican expresamente que en la documentación aportada por los peticionarios no se acredita la concurrencia de razones excepcionales y que la dispensa solicitada se deniega en uso de las facultades atribuidas en el artículo 5.4 del Real Decreto 1119/1986, de 26 mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 julio".»

(28) Así, en el dictamen del Consejo de Estado de 28 de julio de 2000, sobre el entonces Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (luego Ley Orgánica

en cuestión ha de efectuarse de conformidad con el único canon posible —el texto constitucional— pues no existe relación jerárquica ni de ningún otro tipo entre la LPC y la LOEx en virtud de la cual la segunda pueda resultar anulada por contradecir lo dispuesto en la primera o, como aquí sucede, excepcionar sus previsiones para un sector material específico. De manera más específica, debemos descartar que el canon venga constituido por el art. 24 CE, pues no estamos aquí ante un procedimiento administrativo sancionador. En este punto, resulta de suma utilidad recordar lo afirmado en la STC 7/1998, de 13 de enero: «frente a la regla general, conforme a la cual el deber de motivación de los actos administrativos es un mandato derivado de normas que se mueven en el ámbito de lo que venimos denominando legalidad ordinaria, en determinados supuestos excepcionales, tal deber alcanza una dimensión constitucional que lo hace fiscalizable a través del recurso de amparo constitucional. Así ocurre cuando se trate de actos que limiten o restrinjan el ejercicio de derechos fundamentales (SSTC 36/1982, 66/1995 o 128/1997, entre otras); también en relación con actos administrativos que impongan sanciones» (FJ 6).

Pues bien, lo afirmado en este pronunciamiento del Tribunal Constitucional nos enfrenta abiertamente con otra perspectiva: la posible limitación o restricción del ejercicio de un derecho fundamental. Según se ha reiterado en la STC 53/2002, de 27 de febrero, los extranjeros sólo disfrutaban del derecho fundamental a entrar y circular libremente por España en los términos que disponen los Tratados y la Ley [FJ 4 a)]. Prescindiendo ahora de la peculiar posición en la que se encuentran los ciudadanos de la Unión Europea, habremos de acudir a dos textos de Derecho internacional universal, que integran la denominada Carta Internacional de Derechos Humanos: la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 13 de la Declaración, «toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado» y, también «a salir de cualquier país,

8/2000), puede leerse que «(...) se legaliza el supuesto de la no motivación de la resolución denegatoria de visados (art. 18,2 en relación con el art. 25,5). La conveniencia de reconocer tal supuesto, deducida, por ejemplo, del mismo sistema Schengen y avalada por numerosos ejemplos del derecho comparado más solvente (v.gr. art. 2.2 de la ley belga de 15 de diciembre de 1980; art. 33 de la ley alemana de 1 de enero de 1991 y art. 1 de la ley francesa de 11 de mayo de 1998, entre otros), era tan evidente que se recogió ya en la vigente Ley 4/2000 (art. 25,3), pero dejando su establecimiento por vía de excepcionalidad a la potestad discrecional del Gobierno sin limitación alguna. Dados los términos del art. 25.3 de la Ley vigente, el sistema raya en la previsión legal de la derogabilidad singular ("... para los nacionales de un determinado país o procedentes de una zona geográfica...") de las normas, lo cual parece abrir la vía a la arbitrariedad expresamente excluida en el art. 9.3 CE. La fórmula que se propone y que parece más correcta a este Consejo es prever ya en la propia Ley —nuevo art. 25.5— cuándo la denegación del visado deberá ser motivada, a saber en el 80% de los casos de visados de residencia según los datos de la Memoria que acompaña al anteproyecto consultado».

incluso del propio, y a regresar a su país». Por su parte, conforme al art. 12 PIDCP, «toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia», así como a «salir libremente de cualquier país, incluso del propio»; para concluir, en el art. 12.4 PIDCP se proclama que «nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país».

Según se observa, las normas reseñadas reconocen el derecho a salir de cualquier país, así como a circular libremente por aquél en el cual una persona se «halle legalmente», pero nada se dice del derecho a entrar en un país que no sea el propio. Esto significa que no hay un estándar común internacional en la materia, pues no se reconoce un derecho a la entrada, obviamente, siempre a salvo lo dispuesto por el Derecho internacional humanitario. Ahora bien, el hecho de que no exista un Tratado internacional que haya de servir a los efectos del art. 10.2 CE como canon de interpretación no resuelve la cuestión. En tanto, puede apuntarse que si bien es cierto que no preexiste un derecho a la entrada en el territorio español, no lo es menos que el otorgamiento del visado hace nacer ese derecho. Por consiguiente, cabría preguntarse si, en supuestos como el que nos ocupa, puede el legislador establecer un procedimiento de autorización de entrada, de levantamiento de los obstáculos para el ejercicio del derecho, sin incluir la exigencia de motivación puesto que, en términos de la STC 7/1998, es evidente que de la denegación del visado no es ya que limite o restrinja el derecho, sino más claramente que lo niega.

2. El régimen de salidas obligadas

Por lo que se refiere a los controles de salida, o más precisamente a las salidas obligadas del territorio nacional, parece pertinente aludir a tres aspectos: el procedimiento preferente de expulsión, las devoluciones y la ejecución de expulsiones dictadas por otro Estado miembro de la Unión Europea.

En cuanto al procedimiento preferente de expulsión previsto en el art. 63 LOEx, llama la atención la extraordinaria «generosidad» con la que el legislador ha concebido lo «preferente» cuando de la expulsión de extranjeros se trata. Así, en primer lugar, de la redacción del apartado primero de este artículo se desprende con meridiana claridad que éste es el único procedimiento para la tramitación de los expedientes de expulsión en los supuestos allí previstos. En segundo lugar, la enumeración de estos supuestos invita a pensar que el procedimiento «ordinario» (por lo demás, innominado en la LOEx) se convertirá en la práctica en excepcional (29).

(29) De este mismo parecer se muestra E. CALVO ROJAS, «El procedimiento administrativo sancionador. Especial referencia a las medidas cautelares», en J. M. ÁLVAREZ-CIENFUEGOS

Según el art. 63.1 LOEx, «la tramitación de los expedientes de expulsión, en los supuestos de las letras a) y b) del apartado 1 del artículo 54, así como las a), d) y f) del artículo 53, tendrá carácter preferente». Pues bien, si comparamos este precepto con el art. 57.1 LOEx, donde se especifican los casos en los que la sanción pecuniaria puede sustituirse por la expulsión, convendremos en que los supuestos más frecuentes el procedimiento que se seguirá será el denominado «preferente». En efecto, según el art. 57.1, cabe acudir a la expulsión como sanción en todas las infracciones muy graves y en las graves de los apartados a), b), c), d) y f) del art. 53. Comenzando por las muy graves, notamos que únicamente siguen el procedimiento ordinario aquellas conductas que no es frecuente que realicen los inmigrantes, pues versan bien sobre contratación ilegal de trabajadores inmigrantes bien sobre el incumplimiento de obligaciones de transportistas (30). Por lo que se refiere a las infracciones graves, siguen el procedimiento preferente la permanencia irregular en territorio español [art. 53 a)], el incumplimiento de las medidas impuestas por razón de seguridad pública [art. 53 d)] y la participación de infracciones graves de la LOPSC [art. 53 f)] (31) y quedan para el ordinario sólo el encontrarse trabajando sin permiso [art. 53 b)] y la falta de comunicación al Ministerio del Interior de los «cambios que afecten a nacionalidad, estado civil o domicilio» [art. 53 c)]. La excepcionalidad del procedimiento «ordinario» se refuerza más si cabe si pensamos que la acreditación de que un extranjero está realizando una actividad remunerada por cuenta propia o ajena [art. 53 b)] es más compleja que la demostración de que se encuentra irregularmente en territorio español [art. 53 a)], por lo que en general será ésta la infracción que se achaque, habida cuenta, además, que lleva aparejada la misma sanción (32).

SUÁREZ, *Reflexiones sobre la nueva Ley de Extranjería*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2001, pp. 199 y ss.

(30) Acaso, la principal excepción es el supuesto del art. 54.1 c), «la realización de conductas de discriminación por motivos raciales, étnicos o religiosos, en los términos previstos en el artículo 23 de la presente Ley, siempre que el hecho no constituya delito». Parece oportuno advertir que en la reforma actualmente en fase de tramitación parlamentaria se prevé extender a todas las infracciones muy graves el procedimiento preferente, ahondando por tanto en la línea de la Ley Orgánica 8/2000.

(31) Este tipo y el recogido en el art. 54 a) LOEx coinciden con el art. 28.3 LOPSC, conforme al cual, «en casos de infracciones graves o muy graves, las sanciones que correspondan podrán sustituirse por la expulsión del territorio español, cuando los infractores sean extranjeros, de acuerdo con lo previsto en la legislación sobre derechos y libertades de los extranjeros en España».

(32) Lo que pone en cuestión el respeto al principio de proporcionalidad, pues cabe pensar que en algún caso el extranjero que permanezca irregularmente puede proceder a su regularización, y porque los bienes jurídicos que se trata de preservar no son equivalentes. En general, acerca de la acentuación extrema de los aspectos estrictamente formales en la legislación de extranjería, vid. J. LOZANO IBÁÑEZ, «Suspensión a la jurisprudencia que no suspende. Examen cri-

Una de las consecuencias de la tramitación del expediente por el procedimiento preferente consiste en que, de conformidad con el art. 63.4 LOEx, «la ejecución de la orden de expulsión en estos se efectuará de forma inmediata». Esto supone una excepción al régimen de suspensión de las resoluciones administrativas sancionadoras del art. 138.3 LPC. Pero no cabe llevar dicha excepción al extremo de impedir la posible suspensión bien en vía contencioso-administrativa, puesto que, como dijera la STC 115/1987, de 7 de julio, también en materia de extranjería (entonces, el art. 34 de la Ley Orgánica 7/1985, que excluía a radice toda posibilidad de suspensión), «la efectividad de la tutela judicial que el art. 24 de la Constitución establece no impone en todos los casos la suspensión del acto administrativo recurrido, pues dicho precepto lo que garantiza es la regular y adecuada prestación jurisdiccional, en un proceso con todas las garantías, por parte de los órganos judiciales. Sin embargo, ello no quiere decir que cuando la legislación ha establecido esa posibilidad para la protección de los derechos fundamentales, esta decisión legislativa no incide también sobre la configuración de la tutela judicial efectiva, como ocurre en el presente caso, de forma que la supresión de esa posibilidad de suspensión para ciertos casos o grupos de personas no afecte a este derecho a la tutela judicial efectiva, al margen de que también pueda afectar al derecho a la igualdad del art. 14 de la Constitución» (FJ 4).

La figura de la «devolución» se regula en el art. 58 (apartados 2 a 5) LOEx (33). De acuerdo con este precepto, no es precisa la tramitación de expediente de expulsión para los extranjeros «que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España» o «que pretendan entrar ilegalmente en el país». El carácter inmediato y universal de la devolución conoce dos excepciones por motivos estrictamente humanitarios, a saber: la presentación de una solicitud de asilo, en cuyo caso hay que aguardar a la decisión sobre su admisión a trámite, y las mujeres embarazadas «cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre». Interesa recordar, finalmente, que de acuerdo con el art. 58.5, la devolución «conllevará la reiniciación del cómputo del plazo de prohibición de entrada que hubiese acordado la orden de expulsión quebrantada».

tico de la doctrina del Tribunal Supremo en materia de suspensión de órdenes administrativas de expulsión de extranjeros del territorio nacional», en *Jueces para la Democracia*, núm. 35 (1999), pp. 10 y ss. Por cierto, que en punto a la falta de proporcionalidad, no se acaba de comprender muy bien por qué merece el mismo castigo la falta de comunicación del cambio de estado civil —se supone que por parte de quien reside legalmente en España— que la promoción de actividades contrarias a la seguridad exterior del Estado o la realización de actividades discriminatorias.

(33) Acerca de la naturaleza jurídica de la devolución, vid. el exhaustivo trabajo de D. MOYA MALAPEIRA, «La devolución de los extranjeros en el ordenamiento jurídico español», *op. cit.*, en especial, pp. 203 y ss.

Como es sabido, el art. 138.1 b) del Reglamento de ejecución de la LOEx, aprobado por RD 864/2001, de 20 de julio, amplió notablemente los supuestos en los que era posible acudir a la devolución —o expulsión sin procedimiento—, al señalar que entre quienes pretendan entrar ilegalmente se consideraban incluidos «los extranjeros que sean interceptados en la frontera, en sus inmediaciones o en el interior del territorio nacional en tránsito o en ruta, sin cumplir con los requisitos de entrada». Sin embargo, esta interpretación del precepto legal ha sido anulada en la reciente Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2003 (34), por las siguientes razones:

«El precepto legal de referencia no ofrece duda de que se está refiriendo a la tentativa de entrada, la expresión 'pretender entrar' es concluyente al efecto. Es evidente, por otra parte, que quienes se encuentren en el interior del territorio nacional, por más que estén en ruta o en tránsito, no pretenden entrar ya que ésta es una situación incompatible con la de encontrarse "en el interior", es decir, dentro del territorio nacional, por más que, decimos, estén en ruta hacia un lugar concreto o en tránsito, tanto si esa situación lo es de una localidad a otra del territorio nacional o hacia un país tercero.

El precepto legal se refiere de forma estricta a la pretensión de entrar ilegalmente en el país, no a los supuestos de tránsito, una vez en el país, desde un lugar a otro del mismo o hacia un país tercero. El precepto impugnado efectúa, en consecuencia, una interpretación extensiva que va más allá del mandato legal ampliándolo a un supuesto no previsto en éste. Estamos por tanto ante una interpretación contra Ley que aplica un régimen excepcional que no goza de las garantías de la expulsión a supuestos distintos de los legalmente establecidos. Por esta razón el precepto debe ser anulado». (Fundamento de Derecho Decimotercero).

Como puede apreciarse, el Alto Tribunal ha rechazado contundentemente la interpretación *contra legem* efectuada por el Reglamento, una interpretación expansiva de los supuestos en los que procedía la devolución y que tendía a reducir más si cabe el ámbito del procedimiento ordinario de expulsión.

Esta sedicente «interpretación» del texto legal había merecido numerosas críticas. Sin embargo, apenas se ha reparado en otro efecto de la devolución: el reinicio del cómputo del plazo de la expulsión. Conforme al actual art. 58.5 LOEx, la devolución de quienes hayan contravenido una prohibición de entrada en España «conllevará la reiniciación del cómputo del plazo de prohibición de entrada que hubiese acordado la orden de expulsión quebrantada». Se trata, acaso no esté de más recordarlo, de una novedad introducida por la Ley Orgánica 4/2000 (art. 54.4).

(34) RJ 2003\2422.

En efecto, la figura de la devolución se introduce como tal en nuestro Derecho de extranjería en la Ley Orgánica 7/1985 (35), cuyo art. 36.2 disponía que no era preciso expediente de expulsión «para la devolución, por orden del Gobernador civil de la provincia, de los extranjeros que, habiendo sido expulsados, contravengan la prohibición de entrada en España, ni para aquellos que hayan entrado ilegalmente en el país», con excepción, en este segundo supuesto, del caso contemplado en el art. 4.1 de la Ley reguladora del derecho de asilo. Esta regulación de la devolución resultaba plenamente acorde con su consideración como una medida de ejecución de una resolución administrativa firme (36).

La Ley Orgánica 4/2000 modificó el régimen de la figura en dos extremos, el más relevante de los cuales ha hecho —a lo que parece— fortuna. Así, en primer lugar, se cambió su denominación por la de «retorno» y se estableció que «conllevará la reiniciación del cómputo del plazo de prohibición de entrada que hubiese acordado la orden de expulsión quebrantada» (art. 54.4) (37). Salvo en la vuelta a la denominación que a esta figura se había dado en la Ley Orgánica 7/1985, la reforma operada por la Ley Orgánica 8/2000 mantuvo incólume su regulación.

Se ha apuntado que la fórmula ha hecho fortuna pues en el Proyecto de Ley Orgánica de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, se lleva al Código Penal. Concretamente, y caso de salir adelante este Proyecto de Ley, se introduciría un nuevo art. 89.3, por el que se habilita a la autoridad gubernativa a devolver al extranjero que intente quebrantar una expulsión dictada como sustitutiva de la pena privativa de libertad o como pena adicional, «empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad». Idéntica previsión se contemplaría en el nuevo art. 108.3 CP, en este caso para el quebrantamiento de la expulsión sustitutiva de una medida de seguridad (38). Se prescinde con ello de la regulación de los deli-

(35) D. MOYA MALAPEIRA, «La devolución de los extranjeros en el ordenamiento jurídico español», *op. cit.*, p. 200.

(36) Así, entre otras, las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1998 (1998/10307) y de 14 de noviembre de 2001 (2002/659).

(37) Recuérdese que, conforme al art. 58.1 LOEx, la expulsión «llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español por un período mínimo de tres años y máximo de diez». Como bien ha apuntado E. CALVO ROJAS, «El procedimiento administrativo sancionador. Especial referencia a las medidas cautelares», P. 204, la graduación del alcance de la prohibición de reingreso en España da entrada al juicio de proporcionalidad en este ámbito sancionador.

(38) El texto del Proyecto de Ley Orgánica remitido por el Gobierno no ha sido alterado en el Informe de la Ponencia (BOCG Congreso de los Diputados, núm. 136-11, de 11 de junio de 2003). Debe añadirse que la expulsión conlleva, en estos casos, la prohibición de entrada duran-

tos de desobediencia o de quebrantamiento de condena y, lo que es más importante, la ejecución de la pena (en particular cuando la expulsión sigue a la privación de libertad) queda extramuros del conocimiento del juez penal, para encomendarse a la Administración pública.

Estamos ante una medida que pretende tener efecto disuasorio, pero cuya configuración legal suscita algunas dudas. En especial por cuanto que el reinicio del cómputo del plazo parece transformar su naturaleza pues resulta discutible que se encuentre «en línea directa de continuación del acto» que se trata de actualizar, según la feliz expresión de GARCÍA ENTERRÍA. Así sucederá, en especial, cuando el extranjero que contravenga la prohibición de entrada en España sea interceptado en frontera (v.gr. en aeropuertos internacionales o tras cruzar el estrecho de Gibraltar). En tales casos nos hallamos ante una innovación respecto del contenido de la resolución que se trata de actualizar, que difícilmente superaría el juicio de proporcionalidad al no ser necesaria para la satisfacción de la finalidad pública perseguida (como en general sucede con el reinicio del cómputo de los plazos), sino que, además, puede tildarse de irrazonable.

La reforma de la LOEx actualmente en curso incorpora dos novedades dignas de mención en esta materia. De una parte, se introduce un nuevo apartado sexto en el art. 58, por el cual, en lo que ahora interesa, la devolución acordada para quienes pretendan entrar ilegalmente en el país «llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español por un plazo mínimo de tres años y máximo de diez», con lo que se les aplica una de las consecuencias resultantes de los expedientes sancionadores a quienes no disfrutan de sus garantías, con incidencia en el derecho a la tutela judicial efectiva. En efecto, mientras que para la ejecución de la expulsión el art. 64.1 LOEx concede al extranjero un plazo mínimo de setenta y dos horas para su salida voluntaria, tiempo durante el cual puede interponer recurso contencioso-administrativo, solicitando las pertinentes medidas provisionales del art. 135 LJCA, en el caso de la devolución el plazo de setenta y dos horas es el límite máximo fijado por el legislador para su ejecución, tras el cual se solicita de la autoridad judicial una medida de internamiento para el aseguramiento de la efectividad de la resolución (art. 58.5 *in fine* LOEx).

La segunda novedad destacable consiste en la introducción de un art. 64.3 en la LOEx, de acuerdo con el cual, «cuando un extranjero sea detenido en territorio español y se constate que contra él se ha dictado una resolución de expulsión por un Estado miembro de la Unión Europea, se procederá a ejecutar inmediatamente la resolución, sin necesidad de incoar nuevo expedien-

te diez años «y, en todo caso, mientras no haya prescrito la pena» (proyecto de nuevo art. 89.2 *in fine*).

te de expulsión». Esta previsión legislativa trae causa de la Directiva del Consejo 2001/40/CE, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países. Desde la perspectiva que ahora interesa, debe reseñarse que dicha Directiva contiene un artículo 4 de eminente vocación garantista, cuyas prescripciones no parecen haber sido atendidas en la redacción del nuevo art. 64.3 LOEx.

Según el mencionado art. 4, «los Estados miembros se cerciorarán de que el nacional de un tercer país podrá recurrir contra toda medida contemplada en el apartado 2 del artículo 1, según la legislación del Estado miembro de ejecución». La ejecución inmediata, sin brindar tan siquiera al extranjero sujeto a la orden de expulsión la posibilidad de su salida voluntaria, ciertamente no impide la impugnación de la resolución que la decreta. Sin embargo, no es menos cierto que en estos casos la garantía se torna en puramente formal, en particular si se entiende que la no necesidad de «incoar un nuevo expediente de expulsión» excluye la aplicación del art. 22.1 LOEx, por virtud del cual los extranjeros sujetos a este tipo de expedientes gozan del derecho a la asistencia letrada. De tal suerte que la única vía impugnatoria es la del recurso ante las Embajadas y Consulados (art. 65.2), y sin gozar en ningún caso del derecho a la asistencia jurídica gratuita (STC 95/2003, FJ 7).

La dicción del art. 4 de la Directiva resulta por lo demás llamativa. Nótese que dicho precepto encomienda a los Estados que se cercioren de que el extranjero pueda recurrir contra toda medida del art. 1.2 «según la legislación del Estado miembro de ejecución». A su vez, el párrafo segundo del art. 1 remite al párrafo inmediatamente anterior, donde se precisa el objeto de la Directiva: «permitir el reconocimiento de una decisión de expulsión adoptada por una autoridad competente de un Estado miembro, denominado en lo sucesivo "Estado miembro autor", contra un nacional de un tercer país que se encuentre en el territorio de otro Estado miembro, denominado en lo sucesivo "Estado miembro de ejecución"».

A la vista de esa doble remisión, no se alcanza a comprender muy bien el significado del art. 4, pues su dicción no garantiza que el «Estado miembro de ejecución» se cerciore de que el extranjero que ha de ser expulsado ha tenido la oportunidad de impugnar la orden de expulsión. En efecto, ni por el objeto «toda medida contemplada en el apartado 2 del artículo 1», ni por la referencia a la «legislación del Estado miembro de ejecución» es posible llegar a esta conclusión. Ahora bien, tampoco se entiende qué significado tenga esa labor de «cerciorarse» desempeñada por los Estados miembros, ¿supone el ejercicio de alguna facultad de control o supervisión al margen de los mecanismos específicos del Derecho comunitario y con entera independencia de las reglas establecidas en los Tratados fundacionales?, ¿qué

sentido tiene encomendar esta tarea a los Estados en una materia «comunitarizada»? (39). Finalmente, si son los propios Estados de ejecución los que han de «cerciorarse», queda la duda de cómo se hará tal cosa y, sobre todo, cuáles serán las consecuencias de una conclusión negativa, respecto de un extranjero que ha sido expulsado del territorio nacional en aplicación de una resolución de un tercer Estado, que sigue siendo eficaz y ejecutiva, ¿será preciso retornarlo al Estado miembro de ejecución para proceder nuevamente a la expulsión?

III. ACERCA DE LA EJECUCIÓN DE EXPULSIONES

Llegados a este punto, parece pertinente concluir con algunas reflexiones en torno a dos cuestiones en las que aparecen estrechamente entrelazadas la efectividad del derecho a la tutela judicial reconocido a todos los seres humanos por el art. 24.1 CE y la eficacia de las medidas dictadas en ejercicio de la potestad administrativa de policía de fronteras. Se trata de la posibilidad de suspender las órdenes de expulsión y el sentido de la intervención del juez en las expulsiones cuando está pendiente la resolución de un proceso penal.

1. La justicia cautelar

En lo que ahora estrictamente interesa, la justicia cautelar representa un elemento esencial del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE (40). Pero también constituye el revés de una moneda en cuyo envés nos topamos con el privilegio de ejecución forzosa de los actos administrativos.

Por lo que a esta segunda vertiente se refiere, resulta oportuno apuntar que la existencia de este privilegio —cuya compatibilidad con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva ha sido afirmada por la STC 22/1984, de 17 de febrero— no representa un presupuesto necesario, ni mucho menos suficiente, de la eficacia de las políticas públicas. Concretamente, la ejecutividad de los actos administrativos que imponen la salida forzosa del territorio nacional, inmediata cuando se ha hecho uso del procedimiento preferente del art. 63 LOEx, no ha servido hasta la fecha para

(39) En la Directiva se menciona, como base jurídica, el art. 63.3 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

(40) Entre las muchas resoluciones en las que el Tribunal Constitucional ha utilizado la expresión «elemento esencial del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva», baste mencionar ahora la STC 217/2002, de 25 de noviembre, FJ 3, donde se conecta con la naturaleza prestacional de este derecho fundamental.

reducir el elevado grado de irregularidad que presenta la situación de los inmigrantes en nuestro país.

Este hecho no puede sorprender al observador mínimamente informado pues ese alto índice de irregularidad trae causa, en buena medida, del tratamiento dado por el legislador al fenómeno migratorio. En efecto, pese a que la lógica a la que responde el diseño legislativo de la política de inmigración diferencia la estancia de la residencia, lo cierto es que los extranjeros que deseen venir a trabajar entre nosotros se ven forzados, en el mejor de los casos, a entrar en el territorio nacional con un visado de corta duración y durante los tres meses de los que disfruten de un permiso de estancia, tratar de lograr una oferta de empleo que les permita obtener el correspondiente permiso de trabajo. De no conseguirlo, se encontrarán en una situación de *irregularidad sobrevenida*.

Esta realidad responde a diversas causas, de entre las que ahora cabe mencionar únicamente dos. De un lado, la ausencia de una política de inmigración que vaya más allá del estricto control policial de los flujos migratorios. Al respecto, llama la atención la inexistencia de agentes de inmigración en la Administración española en el exterior. De otro, hay que señalar que los inmigrantes se emplean fundamentalmente en sectores y subsectores económicos que carecen del mínimo tejido empresarial (41). Nos hallamos, por tanto, ante una mano de obra cautiva en la *economía sumergida*.

Sea como fuere, algunas de las soluciones que se apuntan al problema de la eficacia de la política de control de flujos migratorios y, en paralelo, a la irregularidad que aquejan a los extranjeros, inciden sobre la efectividad del derecho a la tutela cautelar (42). Así sucede, en primer lugar, con el reforzamiento del papel que representa la figura de la *devolución* en la arquitectura de la LOEx. En efecto, como ya se ha apuntado, la reforma de este texto legal —actualmente en tramitación parlamentaria— prevé acentuar su carácter sancionador, al anudar a la misma la prohibición de «entrada en territorio español por un plazo mínimo de tres años y máximo de diez», hasta ahora reservada a las expulsiones resultantes de los expedientes

(41) En el *Anuario Estadístico de Extranjería. Año 2002*, Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración. Observatorio Permanente de la Inmigración (www.mir.es/dgei), p. 52, se reseña que los trabajadores extranjeros con permiso de residencia, únicos a los que se refiere el Anuario, «tenían una proporción mayor que la del total de trabajadores en el Régimen Especial Agrario (12,60% de los trabajadores extranjeros, tal y como se ha indicado, y 7,10% del total de trabajadores), y en el Régimen Especial de Empleados de Hogar (9,58% de los trabajadores extranjeros y 1,16% del total de trabajadores)».

(42) Otra solución, cuya relación con el derecho fundamental que nos ocupa es más mediata, es la creación de un visado por tres meses, destinado específicamente a la obtención de una oferta de trabajo.

sancionadores (art. 58.1 LOEx). Esta opción resulta tanto más preocupante cuanto que, según se ha indicado con anterioridad, en las devoluciones el plazo de setenta y dos horas revista la condición de límite máximo de ejecución (art. 58.5 *in fine* LOEx). Ni que decir tiene que ello representa una clara amenaza a la efectividad de la tutela cautelar en el sistema actual de ejecución de estas medidas y de reparto del ejercicio de la potestad jurisdiccional de fiscalización de las mismas (43).

Por otra parte, de entre la literatura jurídico-administrativa más reciente, llama la atención el trabajo de C. DOMÍNGUEZ LUIS y M. NIETO MENOR «La suspensión de la ejecución de las resoluciones de denegación de entrada y retorno de extranjeros» (44). Dichos autores rechazan, con una rotundidad y contundencia sorprendentes, la posibilidad misma de suspensión jurisdiccional de las órdenes administrativas de salida del territorio nacional. Concretamente, partiendo de la premisa de que el art. 5.3 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen contiene un mandato de expulsión, llegan a la conclusión de que «la configuración de la potestad de denegación de entrada y retorno como una auténtica obligación internacional asumida por España, cuyo ejercicio va a vincular a los demás Estados de la Unión Europea, impide que esta actuación administrativa pueda ser suspendida tanto en vía administrativa como en vía jurisdiccional» (45). Asimismo, estos autores llegan a afirmar que la inexecución de las órdenes de salida obligatoria supondría «un desapoderamiento del Estado de su potestad de policía de fronteras» (46).

Los argumentos utilizados para negar la posibilidad misma de suspender la ejecución judicial de las resoluciones administrativas que imponen la salida obligatoria del territorio nacional suscitan una cierta perplejidad.

En primer lugar —y abstracción hecha de la discutible extensión de la eficacia del Convenio de Schengen a la totalidad de los Estados miembros de la Unión Europea— porque, de ser cierto que la suspensión desapodera a su titular de una potestad, esta razón podría generalizarse al extremo de rechazar en todo caso la suspensión de los actos administrativos en vía de recurso contencioso-administrativo, sin acepción de la materia sobre la que

(43) La Administración no precisa del auxilio judicial para ejecutar las sanciones de expulsión o las resoluciones de devolución, sino sólo para garantizar su efectividad mediante el recurso al internamiento (art. 62 LOEx y STC 53/2002, 27 de febrero). Es indudable que el juez ejerce aquí en su plenitud su función de garante de derechos de los afectados, porque sólo habrá de acceder al internamiento si concluye que dicha medida es proporcionada (idónea, necesaria y ponderada).

(44) Publicado en REDA núm. 118 (2003), pp. 267 y ss.

(45) *Op. cit.*, p. 284.

(46) *Op. cit.*, p. 287.

versen. Sin embargo, acaso resulte pertinente recordar que no es lo mismo el ejercicio de la potestad de policía de fronteras que el control de la «legalidad de la actuación administrativa, así como del sometimiento de ésta a los fines que la justifican» (art. 106.1 CE).

En segundo lugar, porque de ser cierto que el art. 5.3 del Convenio de Schengen impide la suspensión de los actos administrativos por los tribunales de justicia, sorprende que los autores no postulen claramente y sin ambages el planteamiento de la pertinente cuestión de inconstitucionalidad. Al respecto, debe recordarse que el art. 5 del Convenio de Schengen de 19 de junio de 1990 regula el régimen de entrada para estancias breves —menos de tres meses—, enumerando en sus dos primeros apartados las condiciones que habrán de cumplir los extranjeros que pretendan entrar, con tal propósito, en el denominado *territorio Schengen* (47). Pues bien, en el art. 5.3 se dispone:

«3. Se negará la entrada en el territorio de las Partes contratantes al extranjero que no cumpla todas estas condiciones, excepto si una Parte contratante considera necesario establecer una excepción a este principio por motivos humanitarios o de interés nacional o por obligaciones internacionales. En tal caso, la admisión quedará limitada al territorio de la Parte contratante de que se trate, la cual deberá advertir de ello a las demás Partes contratantes».

No es éste lugar a propósito para profundizar en la interpretación del precepto ahora reproducido, ni para tratar de averiguar los motivos por los cuales el régimen de entrada diseñado en Schengen se limita a las estancias de corta duración (las principales carencias de la política europea de inmigración afectan, justamente, a las estancias de larga duración). Pero ello no es óbice para subrayar que, de no ser posible una interpretación del artículo que nos ocupa acorde con el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), aquí *sub specie* tutela cautelar, el Convenio de Schengen vulnera en este punto el núcleo duro de nuestro texto constitucional.

Siendo cierto, como se ha recordado con anterioridad, que el privilegio de ejecutividad de los actos administrativos no vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), no lo es menos que esa vul-

(47) Según el art. 5.1, «para una estancia que no exceda de tres meses se podrá autorizar la entrada en el territorio de las Partes contratantes a los extranjeros que cumplan las siguientes condiciones: a) Poseer un documento o documentos válidos que permitan el cruce de la frontera, determinados por el Comité Ejecutivo; b) Estar en posesión de un visado válido cuando éste sea exigido; c) En su caso, presentar los documentos que justifiquen el objeto y las condiciones de la estancia prevista y disponer de medios adecuados de subsistencia, tanto para el período de estancia previsto como para el regreso al país de procedencia o el tránsito hacia un tercer Estado en el que su admisión esté garantizada, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios; d) No estar incluido en la lista de no admisibles». A su vez, el art. 5.2 añade: «No suponer un peligro para el orden público, la seguridad nacional o las relaciones internacionales de una de las Partes contratantes». Como puede observarse, la técnica normativa no es muy depurada.

neración se produciría si el legislador impidiera a quien acude a los Tribunales para obtener la reparación integral de sus derechos subjetivos e intereses legítimos que expusiera las razones en virtud de las cuales la regla general no le es de aplicación. Dicho de otro modo, lo que el legislador tiene vedado hacer *ex art.* 24.1 CE es obstaculizar la aportación de razones singulares que, en el marco de los principios y valores constitucionales, merezcan un mayor peso ponderativo que las generales.

Por lo demás, el propio Tribunal Constitucional ya ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre esta materia. En este sentido, recuérdese que la siempre presente preocupación por la ejecución de los actos dictados en ejercicio de la potestad de policía de fronteras llevó a excluir toda posibilidad de suspender las órdenes de expulsión en el art. 34.2 de la Ley Orgánica 7/1985, que fue declarado inconstitucional por la STC 115/1985, en cuyo FJ 4 se razona:

«La regla de la inmediata ejecutividad de los actos administrativos puede ser perfectamente válida como regla general, y puede justificarse para la salvaguardia de otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos, si ésta exige la comprensión de los derechos de los extranjeros. Pero esta comprensión es una excepción a la regla del funcionamiento normal del derecho, que debe ser interpretada restrictivamente, debe producir la mínima perturbación posible en el derecho afectado, y sólo ha de producirse en los casos y por las circunstancias que la Ley prevé.

(...) La efectividad de la tutela judicial que el art. 24 de la Constitución establece no impone en todos los casos la suspensión del acto administrativo recurrido, pues dicho precepto lo que garantiza es la regular y adecuada prestación jurisdiccional, en un proceso con todas las garantías, por parte de los órganos judiciales. Sin embargo, ello no quiere decir que, cuando la legislación ha establecido esa posibilidad para la protección de los derechos fundamentales, esta decisión legislativa no incide también sobre la configuración de la tutela judicial efectiva, como ocurre en el presente caso, de forma que la supresión de esa posibilidad de suspensión para ciertos casos o grupos de personas no afecte a este derecho a la tutela judicial efectiva, al margen de que también pueda afectar al derecho a la igualdad del art. 14 de la Constitución.

De nuevo ha de recordarse aquí el tema de la igualdad de trato de extranjeros y españoles, y la homogeneidad de tratamiento de unos y otros que la Constitución reconoce respecto a ciertos derechos y garantías, entre los que se incluye, según ha dicho la STC 93/1985, de 30 de septiembre, el derecho a la tutela judicial efectiva, y, por ello, las garantías judiciales vinculadas al ejercicio de los derechos fundamentales. Debe tenerse en cuenta, además, que, aunque este Tribunal ha admitido para otros derechos fundamentales de los extranjeros algunas restricciones examinadas en los fundamentos jurídicos anteriores, ello ha sido en la medida que existe un sistema de garantías suficientes que reduzcan al mínimo el riesgo de que se produzca un uso arbitrario o injustificado de las facultades administrativas de intervención. Pero para prevenir este riesgo no es posible eliminar para todos los casos la facultad

judicial de declarar la suspensión del acto si el juzgador comprueba que tal medida no se adecúa a la necesidad de salvaguardar los intereses generales.

Las razones que se dan en el escrito del Letrado del Estado para defender como principio general absoluto la no suspensión —la salvaguarda de otros valores constitucionales (seguridad nacional, orden público, derechos y libertades de los españoles)— puede garantizarse también de forma adecuada mediante el uso por el Tribunal competente de las facultades de valoración de los intereses en juego, que reconocen tanto el art. 56 de la Ley Orgánica de este Tribunal o el art. 7.4 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre».

A mayor abundamiento, en la STC 199/1998, de 13 de octubre, FJ 2, al sintetizar la doctrina constitucional sobre la suspensión de los actos administrativos, se declara:

«(...) del art. 106.1 C.E. se deriva que la actuación administrativa está sometida al control de legalidad de los Tribunales, y el art. 117.3 atribuye a éstos no sólo la potestad de juzgar sino además la de ejecutar lo juzgado. De modo que si los particulares acuden ante éstos para impugnar los actos de la Administración y, en su caso, para que decidan sobre la ejecutividad o suspensión de los mismos, el derecho de los ciudadanos a la tutela judicial efectiva garantizado en el art. 24.1 implica que los órganos judiciales se deban pronunciar sobre ambos aspectos, con independencia del sentido concreto de la decisión. Por lo que se refiere a la ejecutividad o suspensión de los actos, ya en la STC 66/1984 se declaró que el derecho a la tutela se satisface facilitando que la ejecución pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que éste, con la información y contradicción que resulte menester, resuelva sobre la suspensión, declaración ésta reiterada en posteriores resoluciones (SSTC 76/1992, 238/1992, 148/1993, 341/1993, 78/1996; AATC 265/1985, 604/1986, 458/1988, 930/1988, 1095/1988, 116/1995).

Y en sentido similar se afirmó que la protección de los Tribunales del orden contencioso-administrativo incluye la facultad de suspender cautelarmente los actos de ejecución en los términos que resulten precisos para garantizar la tutela judicial de los derechos implicados (AATC 371/1991, 85/1992).

Por imperativo del art. 24.1 C.E. la prestación de la tutela judicial ha de ser efectiva y ello obliga a que, cuando el órgano judicial competente se pronuncie sobre la ejecutividad o suspensión a él sometida, su decisión pueda llevarla a cabo, lo que impide que otros órganos del Estado, sean administrativos o sean de otro orden jurisdiccional distinto, resuelvan previamente sobre tal pretensión, interfiriéndose de esa manera en el proceso judicial de que conoce el Tribunal competente y convirtiendo así en ilusoria e ineficaz la tutela que pudiera dispensar éste. Hasta que no se tome la decisión al respecto por el Tribunal competente, el acto no puede ser ejecutado por la Administración, porque en tal hipótesis ésta se habría convertido en Juez (STC 78/1996), pero tampoco cabe la ejecución por otro órgano judicial distinto porque esta eventualidad impediría que aquel Tribunal, el competente, pudiera conceder eficazmente la tutela tal y como le impone el derecho fundamental (STC 76/1992)». [FJ 2 a)]

Las razones expuestas por el Tribunal Constitucional podrán merecer mayor o menor adhesión, pero en tanto razones «de derechos fundamentales»

no pueden ser ignoradas en el discurso jurídico. Son razones, por otro lado, que nos encaminan hacia la necesidad de valorar las circunstancias específicas del caso, pues son los derechos subjetivos del individuo concreto, sujeto a los poderes exorbitantes de la Administración, los que interesa preservar (48).

2. Breve referencia a la expulsión como medida sustitutiva del proceso penal

De acuerdo con la redacción actualmente vigente del art. 57.7 LOEx, «cuando el extranjero se encuentre procesado o inculcado en un procedimiento por delitos castigados con penas privativas de libertad inferiores a seis años, el Juez podrá autorizar, previa audiencia del Fiscal, su salida del territorio español, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o su expulsión, si ésta resultara procedente (...) previa sustanciación del correspondiente procedimiento sancionador». La reforma actualmente en tramitación acaso contribuya a mejorar la deficiente técnica legislativa de que adolece el precepto en cuestión.

Al margen de los aspectos formales, entre los que destaca la mayor precisión de los términos «procesado o inculcado» que el de «encartado» utilizado por el legislador de 1985, interesa examinar, de forma obligadamente democrática, el sentido de la intervención del juez penal en la ejecución de la expulsión administrativa. Nos hallamos ante la expulsión «como medida sustitutiva del proceso» y no como medida sustitutiva de la pena (49).

(48) Al respecto, vid. J. LOZANO IBÁÑEZ, «Suspensión a la jurisprudencia que no suspende...», *op. cit.* El lector interesado podrá encontrar dos magníficas exposiciones de los criterios empleados por la mejor doctrina jurisprudencial para la adopción de medidas cautelares en J. TORNOS MAS, «La tutela cautelar en sectores específicos del Derecho Público: extranjería, materia tributaria, función pública», en *Nuevas perspectivas del régimen local (estudios en homenaje al profesor José María Boquera Oliver)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002 y J. E. PECES MORATE, «Garantías jurisdiccionales para los extranjeros. Medidas cautelares en el proceso», en J. M. ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, *Reflexiones sobre la nueva Ley de Extranjería*, pp. 213 y ss.

(49) A la naturaleza de esta última se refiere la STC 24/2000, de 31 de enero, FJ 3, entonces por referencia al régimen de la Ley Orgánica 7/1985: «la orden de expulsión decretada por la autoridad gubernativa competente no es una pena, pero sí una sanción administrativa que, como tal sanción, ha de encontrar cobertura en la legislación de extranjería, por imperativo del art. 25.1 CE (SSTC 94/1993, de 22 de marzo, y 116/1993, de 29 de marzo) y respetar el derecho de defensa, dándose audiencia al extranjero antes de acordar la expulsión (STC 242/1994, de 20 de julio), al igual que sucede con la medida judicial de internamiento preventivo previo a la expulsión (SSTC 140/1990, de 20 de septiembre, 96/1995, de 19 de junio, y 182/1996, de 12 de noviembre). Sin embargo, en el presente caso no nos hallamos todavía ante una orden de expulsión, sino ante una resolución judicial que resulta necesaria para que la Administración pueda llevar a efecto la expulsión de un extranjero «encartado», de conformidad con el primer párrafo del art. 21.2 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, de modo que si la Administración decreta finalmente la expulsión, ésta surta efectos inmediatos, al no resultar necesario esperar a la celebración del juicio penal. Tal autorización de expulsión, por tanto, no puede ser calificada como una «sanción» sustitutiva de la sanción penal, a diferencia de

Esta intervención no tiene como propósito integrar la eficacia de la resolución administrativa, como sucede en el caso de los actos que precisan de la entrada en domicilio, supuesto en el que la Administración no puede ejecutar el acto administrativo contra la voluntad del obligado si no dispone del auxilio judicial, proporcionado por la instancia garante del derecho fundamental (arts. 18.2 y 117.4 CE). Antes al contrario, cuando de la expulsión de un extranjero «procesado o inculcado» en un proceso penal se trata, el interés prevalente para cuya preservación se articula la intervención del juez no es el del expulsado sujeto al ejercicio del *ius puniendi* del Estado, sino que la «autorización» del juez penal tiene que ponderar la existencia de posibles razones que aconsejen la prosecución del proceso penal.

Entre dichas razones se hallarán, obviamente, las de estricta política criminal, pero también la adecuada protección de las víctimas y de los perjudicados por el delito. Como muy bien ha apuntado Diego CORDOVA, «el intento de que no se sustraiga a la acción de la justicia sin intervención del juez penal que conoce del procedimiento se justifica así en la buena marcha del proceso y en la defensa de los derechos e intereses de los perjudicados por el delito que pueden aconsejar la permanencia del extranjero en nuestro territorio, y consiguientemente su prohibición de salida, aun cuando en él concurra motivo administrativo de expulsión» (50).

Consecuentemente, serán sólo esas razones de política criminal, esas razones que tengan que ver con la conveniencia de proseguir el proceso penal, las que habrán de ponderarse, sin que la «autorización» que corresponde otorgar al juez penal le confiera jurisdicción alguna para fiscalizar la conformidad a Derecho de la resolución dictada en el expediente administrativo de expulsión. Por ello mismo, si la orden administrativa de expulsión no hubiera ganado firmeza en vía administrativa o judicial, la autorización del juez penal no colmaría ese defecto de ejecutividad.

lo que sucede con la expulsión del extranjero "condenado" (prevista en el segundo párrafo de dicho artículo, que ha de entenderse modificado por el art. 89.1 del nuevo Código Penal) medida que tampoco es una pena, sino "una posibilidad de suspender la potestad estatal de hacer ejecutar lo juzgado, que se aplica al extranjero para salvaguardar los fines legítimos que el Estado persigue con ello" (STC 242/1994, de 20 de julio, FJ 2), y sin que el extranjero ostente derecho alguno a la sustitución de la pena privativa de libertad por la medida de expulsión prevista en el art. 21.2, segundo párrafo, de la Ley Orgánica 7/1985 (STC 203/1997, de 25 de noviembre, y ATC 33/1997, de 10 de febrero), ni viceversa; es decir, tampoco tiene derecho a que, en lugar del expediente de expulsión, se siga el procedimiento judicial hasta su terminación por Sentencia».

(50) D. CORDOVA CASTROVERDE, «Consideraciones sobre la autorización judicial de expulsión como sustitutiva del procedimiento penal», en *Tribunales de Justicia* núm. 4 (1998), p. 406. En torno a esta figura, vid. asimismo A. JUANES PECES, «Medidas cautelares en el Derecho de extranjería», en *El extranjero en el Derecho penal español sustantivo y procesal (Adaptado a la nueva Ley Orgánica 4/2000)*, Manuales de Formación Continua núm. 5 del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 53 y ss.