

# ACERCA DE LA INTERVENCIÓN JURISDICCIONAL CON OCASIÓN DE LAS ÓRDENES ADMINISTRATIVAS DE EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS DEL TERRITORIO NACIONAL

[A propósito de los Autos del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 5 de Valencia de 17 de marzo de 2021 y de 25 de marzo de 2021]

Juan Manuel Alegre Ávila

Catedrático de Derecho  
Administrativo de la  
Universidad de Cantabria.  
Exletrado del Tribunal  
Constitucional

Ana Sánchez Lamelas

Profesora Titular de Derecho  
Administrativo de la  
Universidad de Cantabria

## I

**Uno.-** En el seno del recurso contencioso-administrativo número 102/2021, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 5 de Valencia ha dictado, dentro de la pieza separada de medidas cautelares número 12/2021, los Autos de diecisiete de marzo de 2021 [en adelante, *Auto Juzgado-devolución de extranjero I*] y veinticinco de marzo de 2021 [en adelante, *Auto Juzgado-devolución de extranjero II*]. La parte dispositiva de *Auto Juzgado-devolución de extranjero I* contiene el “Dispongo” que sigue:

“1.- Ha lugar a la adopción de medida cautelar sin audiencia de parte contraria que reclama la parte recurrente y se acuerda en consecuencia la suspensión de la orden de expulsión impugnada.

2.- Continuar la tramitación del incidente cautelar, dando traslado por la presente resolución a la administración demandada a fin de que en el plazo de tres días alegue lo que estime pertinente”.

Por su parte, la de *Auto Juzgado-expulsión de extranjero II* se acuerda “el levantamiento de la medida cautelar de suspensión de la ejecución de la devolución acordada, manteniendo la eficacia del acto administrativo impugnado”.

**Dos.-** El fundamento de derecho único de *Auto Juzgado-devolución de extranjero I* [de fecha, se recuerda, de diecisiete de marzo de 2021] consigna como párrafos segundo y tercero los siguientes:

“En el presente supuesto se va a proceder a la devolución del solicitante a Bulgaria el próximo día 19 de este mes [marzo] mediante una resolución motivada en la entrada ilegal en territorio español.

La cuestión es que tratándose el país de origen de un Estado perteneciente a la Unión Europea la administración no contaría con particulares dificultades para proceder con posterioridad a la devolución del recurrente y consta por otra parte que el mismo ha presentado recurso de alzada contra la resolución de devolución con fecha 3 de marzo en el que solicitaba la medida cautelar de suspensión y que no consta resuelto y que por encontrarse en plazo para su resolución no se ha agotado la vía administrativa.

Todo ello sin perjuicio de la resolución definitiva que se adoptará tras la presentación en su caso de alegaciones por la administración autora del acto”.

**Tres.-** Tramitado el “incidente cautelar” en los términos del apartado 2 de la parte dispositiva de *Auto Juzgado-devolución de extranjero I*, los párrafos tercero, cuarto y quinto del razonamiento jurídico primero de *Auto Juzgado-devolución de extranjero II* dicen así:

“Oída la abogacía del Estado [...] manifestó su oposición por considerar que la medida frustraba la devolución sin que constara cualquier tipo de arraigo del recurrente en el país, ni indicio probatorio alguno acerca del alcance de la enfermedad que afirma padecer.

Efectivamente no se ha aportado ningún elemento probatorio, siquiera indiciario que acredite la realidad del arraigo familiar que se afirma en su recurso administrativo, ni tampoco que tratándose de un país integrante de la [U]nión su integridad física e incluso vital quedaría seriamente comprometida de llevarse a cabo la devolución.

Se alega por el recurrente que se ha solicitado <el derecho al asilo y protección internacional>, pero a tal efecto únicamente se presenta una hoja manuscrita, sin resguardo alguno de su presentación efectiva y sin que se haya aportado el menor elemento de juicio que permita considerar la existencia de circunstancias que lo amparen”.

Y por que atañe a la falta de agotamiento de la vía administrativa y, en su consecuencia, la incidencia de aquella en la resolución del “incidente cautelar”, el razonamiento jurídico segundo de *Auto Juzgado-devolución de expulsión II* adjunta estas consideraciones:

“Cuestión diferente es la de la materialización de la expulsión con carácter previo a que quedara agotada la vía administrativa o se acordar[a]n las medidas provisionales solicitadas por la recurrente en vía administrativa al interponer el recurso de alzada en 3 de marzo [de] 2021.

La devolución estaba prevista para el día 19 de marzo, momento en el que no había transcurrido el plazo de 3 meses para la resolución del recurso de alzada por silencio administrativo, ni se había dictado resolución expresa por lo que no se encontraría agotada la vía administrativa, tal y como indicaba la propia resolución impugnada. De tratarse de una resolución de naturaleza sancionadora sólo podría ser ejecutiva cuando no quepa contra ella ningún recurso ordinario en vía administrativa, tal y como establece el artículo 90 de la ley 39/2015, de 1 de octubre.

La ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España establece que no será preciso expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros en el supuesto de que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en el país y se ha interpretado por el Tribunal Constitucional que la orden de devolución [sic] *<La devolución, en tanto que consiste en la decisión administrativa por la que se decide la salida de España de aquellos que han pretendido entrar en nuestro país eludiendo los requisitos que para ello exige la legislación en materia de extranjería, no supone el ejercicio del ‘ius puniendi’ estatal, sino que se dicta como medida de restitución de la legalidad conculcada, expresada en el incumplimiento de los requisitos legales para el ejercicio del derecho de entrada en el territorio nacional (arts. 25 a 27 LOEx), carencia de requisitos que determina la salida obligatoria del territorio nacional en aplicación del mandato legal contenido en el art. 28.3 b) LOEx>* (STC 17/2013, de 31 de enero, recurso 1.024/2004) [la bastardilla, en el original].

Pero tal consideración ha de ser armonizada con el art. 13 CEDH, en virtud del cual, *<Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación ha sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales>*. De tal determinación se deriva una obligación de los Estados firmantes de garantizar la disponibilidad dentro del ordenamiento jurídico interno de una vía de recurso en caso de vulneración de un derecho

garantizado por el CEDH (TEDH en el caso Hirsi Jamaa y caso Abdokhani y Karimmia c. Turquía).

Ese derecho se encuentra garantizado cuando con carácter previo a la materialización de la devolución se ha podido recurrir a un órgano jurisdiccional, como es el caso, a través de un procedimiento que ha permitido valorar, prima facie, las circunstancias habilitantes de la devolución y la posible incidencia de otros factores como pueda ser el de la situación de arraigo del solicitante.

[...] se constata la existencia de una resolución anterior de expulsión y no se han [sic] aportado en este momento procesal indicios de arraigo, ni tampoco la concurrencia de enfermedad que inhabilite la adopción de la medida de devolución, por lo que procede la denegación de la medida cautelar solicitada”.

## II

**Uno.-** De *Auto Juzgado-devolución de extranjero I* y *Auto Juzgado-devolución de extranjero II* se desprende, en síntesis:

-“La parte recurrente solicitó la suspensión inaudita parte [sic] de la ejecución del acto administrativo objeto del presente recurso [el recurso contencioso-administrativo número 102/2021] en lo referente a la devolución al país de origen o procedencia del ciudadano recurrente nacional de Bulgaria” [hecho primero de *Auto Juzgado-devolución de extranjero I*].

-La “suspensión inaudita parte [sic]”, ex artículo 135 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa [en adelante, LJCA], instada por el recurrente fue otorgada por *Auto Juzgado-devolución de extranjero I* sobre la base de que aquél es nacional “de un Estado perteneciente a la Unión Europea”, no obstante la pendencia del recurso administrativo de alzada interpuesto frente a la orden de expulsión [fundamento de derecho único de *Auto Juzgado-devolución de extranjero I*].

-La referida suspensión fue levantada por *Auto Juzgado-devolución de extranjero II* a la vista de “la existencia de una resolución anterior de expulsión y [de que] no se han aportado [...] indicios de arraigo, ni tampoco la [acreditación de] la concurrencia de enfermedad que inhabilite la adopción de la medida de devolución [...]” [último párrafo del razonamiento jurídico segundo de *Auto Juzgado-devolución de extranjero II*]. En consecuencia, se “procede [a] la denegación de la medida cautelar solicitada” [último párrafo del razonamiento jurídico segundo de *Auto Juzgado-devolución de extranjero II*] y, en su consecuencia, se mantiene “la eficacia del acto administrativo impugnado [la orden de expulsión]” [“dispongo” de *Auto Juzgado-devolución de extranjero II*].

**Dos.-** La *ratio decidendi* de *Auto Juzgado-devolución de extranjero I* estriba en la *preferencia* otorgada a la posición del recurrente frente a la inherente a su expulsión inmediata del territorio nacional. Así pues, *Auto Juzgado-devolución de extranjero I* es aplicación estricta del criterio *ponderación de intereses* que los artículos 129 y 130 LJCA erigen en regla o parámetro de la tutela cautelar. Por el contrario, *Auto Juzgado-devolución de extranjero II*, que se concreta en el levantamiento de la medida cautelar dispensada con anterioridad, otorgada, según queda reflejado, *inaudita altera pars* [y no *inaudita parte*, como se escribe, según incorrección al uso, en el párrafo segundo del razonamiento jurídico primero de *Auto Juzgado-devolución de extranjero II*] *ex* artículo 135 LJCA, *Auto Juzgado-devolución de extranjero II*, se dice, se apoya, aun no dicho *expressis verbis*, en el tópico *fumus boni iuris*, según se desprende, con toda claridad, de las apreciaciones vertidas en el último párrafo de su razonamiento jurídico segundo. Un tópico que, por las razones que se exponen en otro lugar [así, Juan Manuel Alegre Ávila, *Eliminación de período vacacional en la enseñanza no universitaria por razón de <crisis sanitaria>: procedencia de la medida cautelar de suspensión* [A propósito del *Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 3 de noviembre de 2020*] -Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo: página web, noviembre de 2020] no resulta procedente por, sea dicho con pocas palabras, *prejuizar* el asunto controvertido y, por ende, implicar una transgresión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva *ex* artículo 24.1 del texto constitucional.

**Tres.-** En todo caso, las consideraciones vertidas en el razonamiento jurídico segundo de *Auto Juzgado-devolución de extranjero II* [pronunciamiento jurisdiccional que, obviamente, trae causa de *Auto Juzgado-devolución de extranjero I*] como basamento de la conclusión sentada en su segundo párrafo y cuyo corolario se extrae en el oportuno “Dispongo”, no son pertinentes. La pendencia del recurso administrativo de alzada entablado frente a la orden de *devolución* debería haber conducido a *Auto Juzgado-devolución de extranjero I* a la declaración de *inadmisibilidad* del recurso contencioso-administrativo interpuesto frente a la referida orden de devolución, y, en su consecuencia, la inexcusable improcedencia de la apertura de la correspondiente medida cautelar de suspensión [de la ejecutoriedad de la orden de devolución].

Sea como fuere, aceptada la admisión a trámite del recurso contencioso-administrativo [deducido, se recuerda una vez más, frente a la orden de devolución], aquélla no puede fundarse en la exigencia de *recurso efectivo* ex artículo 13 de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales hecho en Roma el 1 de noviembre de 1950, por la potísima razón de que, en la ocasión, aquella exigencia de “recurso efectiva” ya queda cubierta con el [abstracción hecha en este momento de su pertinencia] recurso administrativo de alzada entablado frente a la orden de expulsión. El argumento, nervio del razonamiento desarrollado en el razonamiento jurídico segundo de *Auto Juzgado-devolución de extranjero II*, ofrecido acerca de, pendencia mediante, la ausencia de pronunciamiento [administrativo] sobre la solicitud de suspensión de la ejecutoriedad de la orden de devolución, en tanto que medida “provisional” o cautelar impetrada al socaire del recurso administrativo de alzada interpuesto, a fin de enervar la perentoriedad de la fecha prevista en orden a “la materialización de la expulsión”, tal argumento, se dice, no es de recibo por las razones, al menos, que siguen.

-Se arguye que la orden de devolución es *inmediatamente* ejecutoria, esto es, susceptible de ser ejecutada forzosamente por la administración pública, dado que, de acuerdo a la doctrina constitucional, aquélla no reviste carácter *sancionador*, por contraste, hay que entender, con las órdenes de *expulsión* stricto sensu [párrafo segundo del apartado 3 del artículo 90 y letra b) del apartado 1 del artículo 98 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas -en

adelante, LPAC-; *nota bene*.- una ejecutoriedad, la de las sanciones administrativas, que, en todo caso, queda supeditada, de haberse interpuesto recurso contencioso-administrativo, a la denegación judicial de la medida cautelar de suspensión, de acuerdo a la doctrina plasmada en los fundamentos jurídicos 3, 4 y 5 de la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional 78/1996, de 20 de mayo; una doctrina que está en la base de la concreta dicción del párrafo segundo del apartado 3 del artículo 90 LPAC: “Cuando la resolución [sancionadora] sea ejecutiva, se podrá suspender cautelarmente, si el interesado manifiesta a la Administración su intención de interponer recurso contencioso-administrativo contra la resolución firme en vía administrativa”]. En esta tesitura, tal es la lógica del argumento, la inmediata ejecutoriedad de la orden de devolución, en atención, se insiste una vez más en la circunstancia, a la perentoriedad de la fecha prevista para “la materialización de la expulsión”, sólo puede quedar, *provisionalmente, cautelarmente*, enervada en virtud de la [pertinente] admisión a trámite del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la orden de devolución y la consiguiente apertura de la pieza separada de medidas cautelares, del “incidente cautelar”, que indefectiblemente conduce, casi como lógica consecuencia, al otorgamiento de la suspensión impetrada *inaudita altera pars* ex artículo 135 LJCA.

-Frente a la argumentación esbozada en el razonamiento jurídico segundo de *Auto Juzgado-devolución de extranjero II*, enderezada, como se desprende de su propósito, a soslayar la, en otro caso, inexcusable declaración de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo interpuesto frente a la orden de devolución [inadmisibilidad que es el ineluctable corolario de la pendencia del recurso administrativo de alzada], la procedencia de la admisión a trámite de la impugnación contencioso-administrativa debería haberse fundado en el carácter *firme* [en vía administrativa, por supuesto] de la orden de *devolución*, a la vista del tenor y, sobre todo, de su teleología, de los apartados 3, 5 y, en particular 6 del artículo 58 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, reguladora de los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social [en adelante, LODLE], por contraste con lo previsto para las órdenes de *expulsión* stricto sensu, esto es, las resoluciones administrativas dictadas en el seno del oportuno procedimiento administrativo [sancionador] de *expulsión* ex apartado 9 del artículo 57 LODLE. Baste, en este sentido, confrontar los textos del apartado 6 del artículo 58 LODLE, de un lado, y del apartado 9 del artículo 57 LODLE, de otro.

Así, el apartado 6 del artículo 58 LODLE dice:

“Cuando la devolución no se pudiera ejecutar en el plazo de 72 horas, se solicitará de la autoridad judicial la medida de internamiento prevista para los expedientes de expulsión”.

Por su parte, la dicción del apartado 9 del artículo 57 LODLE es la que sigue:

“La resolución de expulsión deberá ser notificada al interesado, con indicación de los recursos que contra la misma se puedan interponer, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para presentarlos”.

-*Ad abundantiam*, los recursos administrativos frente a las resoluciones administrativas [sancionadoras] de expulsión y [eventualmente] frente a las resoluciones administrativas [no sancionadoras, por definición] de devolución tienen carácter meramente *potestativo*, de tramitarse el oportuno recurso contencioso-administrativo al socaire del “procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona” [apartado 1 del artículo 115 LJCA], supuesto que, en casos como el que aquí nos ocupa, la entrada en juego del párrafo segundo del artículo 19 de la Constitución es inconcusa.

### III

**Uno.-** *Auto Juzgado-devolución de extranjero I* y *Auto Juzgado-devolución de extranjero II* son excelentes piedras de toque de la inconveniencia de canalizar a través del “ordinario” recurso contencioso-administrativo controversias del tipo de la que ha ocupado la atención jurisdiccional de los referidos pronunciamientos, esto es, la discusión acerca de la *legalidad* de resoluciones administrativas que deciden la *devolución*, que no *expulsión* stricto sensu, de extranjeros que se hallan irregularmente en territorio nacional. Dejando de lado en este momento la elucidación

acerca de la adecuación a la ley de resoluciones administrativas que deciden la *expulsión* stricto sensu de extranjeros en situación irregular en el territorio nacional, la índole de las aquí concernidas, esto es, órdenes de *devolución* stricto sensu, debería [y, va de suyo, no es preciso recalcar el carácter *iure condendo* o *lege ferenda* de la propuesta que sigue] canalizarse al margen de la “ordinaria” impugnación contencioso-administrativa, en atención, justamente, al cariz de las merítadas *decisiones* u *órdenes*, *nomen* más adecuado o pertinente que el de *resoluciones* stricto sensu, dictadas *de plano*, esto es, sin exigencia de las oportunas incoación e instrucción del, en otro caso, debido procedimiento administrativo [apartado 3 del artículo 58 LODLE]; un cariz, se ha dejado dicho, al que son inherentes las notas de *firmeza* [en vía administrativa], que comporta la improcedencia de su impugnación en vía administrativa, y, en su consecuencia, su *inmediata* ejecutoriedad.

**Dos.-** ¿Cuál es, por tanto, la *propuesta* a que se contrae la elucidación acerca de la adecuación a la ley de órdenes que deciden la *devolución* stricto sensu de extranjeros en situación irregular en el territorio nacional? La respuesta, bien se comprende, es sencilla, a saber, la extensión a este tipo de supuestos de la “autorización judicial” contemplada [en línea directa de ejecución con el artículo 99 LPAC] en los párrafos primero y segundo del apartado 6 del artículo 8 LJCA. La presencia de un derecho fundamental *afectado* por la *orden* o *decisión* administrativa de *devolución*, en el caso, el consagrado en el párrafo segundo del artículo 19 del texto constitucional, justifica sobradamente que el legislador tome nota de la propuesta sugerida o formulada.

[*Nota bene.-* Una propuesta que, naturalmente, se sitúa en las antípodas de la crítica formulada en su momento a la exigencia, *lege lata*, de *ratificación* judicial de las decisiones -normativas- adoptadas por las autoridades sanitarias -autonómicas- en la presente situación de *emergencia vírica* o *crisis sanitaria*, a fin de dotar de *eficacia* a aquéllas, esto es, como expediente de inserción, vigencia mediante, en el ordenamiento jurídico. Una exigencia a la que ha sido obediente, en su praxis jurisprudencial, el mismo Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 5 de Valencia -así, en los Autos de 3 y de 15 de septiembre de 2020-. Una refutación del entendimiento acerca del alcance y extensión de la referida “ratificación judicial”, antes y después de la reforma de la LJCA introducida por la Ley 3/2020, de 18 de

septiembre, en Juan Manuel Alegre Ávila/Ana Sánchez Lamelas, *La jurisdicción contencioso-administrativa ante la crisis vírica: análisis de algunos pronunciamientos jurisdiccionales y apuntes doctrinales*, “Akademía [Revista Internacional & Comparada de Derechos Humanos]”, número especial de 2021, 121-172, en concreto, 123-131, 158-169 y 169-172].

[El texto que antecede aparecerá en el número 101-2021 de “Jueces para la Democracia. Información y Debate”].