

REFLEXIONES SOBRE LA JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE MEDIDAS PROVISIONALÍSIMAS. EJECUTIVIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y EXTRANJERÍA (*)

Por

JOSÉ LUIS CALVO MIRANDA
Área de Derecho Administrativo
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA EJECUCIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS TRAS LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 78/1996, DE 20 DE MAYO.—III. LAS MEDIDAS CAUTELARES COMO PARTE INTEGRANTE DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA: A) *Los supuestos legitimadores de la tutela cautelar.*—IV. ESPERANDO A LA MEDIDA CAUTELAR. LA POSIBILIDAD DE ADOPTAR MEDIDAS PROVISIONALÍSIMAS O PRECAUTELARES.—V. LAS MEDIDAS PROVISIONALÍSIMAS APLICADAS AL RÉGIMEN DE EXTRANJERÍA. TRES SUPUESTOS CONCRETOS: LA EXPULSIÓN, LA PROHIBICIÓN DE ENTRADA Y LA DEVOLUCIÓN: A) *La expulsión de los extranjeros.* B) *La prohibición de entrada en territorio nacional.* C) *La devolución del extranjero.*

I. INTRODUCCIÓN

El objeto de este trabajo es sintetizar la jurisprudencia dictada en materia de medidas provisionalísimas o precautelares reflexionando sobre los problemas que pudiera presentar, especialmente al hilo de las últimas posiciones del Tribunal Constitucional.

El problema de partida se encuentra en el privilegio de autotutela del que gozan las Administraciones públicas, que les permite imponer al ciudadano los actos administrativos que le afecten. Junto al principio de ejecutividad (obligatoriedad) de las resoluciones administrativas existe la posibilidad de su ejecución forzosa (ejecutoriedad). En relación con este punto, la Sentencia del Tribunal Constitucional 78/1996, de 20 de mayo, ha supuesto un importante avance, pues entiende que la Administración no puede ejecutar sus actos en tanto no se haya dado posibilidad al administrado de someter al órgano jurisdiccional la cuestión de su suspensión (1). De aplicarse correctamente esta interpretación, sería banal hablar de me-

(*) Este trabajo se inserta en el Proyecto de Investigación «Competencias y fines de la ordenación del territorio en el Estado autonómico: urbanismo, medio ambiente y calidad de vida», concedido por el Gobierno de Aragón, de acuerdo con el Decreto 135/1998, de 23 de junio; convocatoria susceptible de ser financiada por el Fondo Social Europeo.

(1) Hemos de recordar que esta sentencia se dictó bajo la vigencia de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956, cuyos artículos 122 y ss. sólo preveían la suspensión de la ejecución del acto o disposición administrativa recurrida como única medida cautelar nominada.

didadas provisionalísimas, tal como viene enunciando la jurisprudencia, pues mientras el Tribunal no hubiera resuelto el incidente de tutela cautelar, no cabría ejecutar el acto. Sin embargo, la realidad manda y, de hecho, la regla general es la inmediata aplicación de las decisiones administrativas, por lo que las medidas precautelares no parecen haber perdido actualidad.

Una de las características principales de este tipo de resoluciones judiciales es su carácter transitorio y asegurador de la eventual medida cautelar que ponga fin al incidente previsto, actualmente, en los artículos 129 y ss. de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Por esta razón, antes de adentrarnos en el estudio de las decisiones jurisprudenciales que adoptan medidas provisionalísimas, es importante recordar los supuestos que legitiman la adopción de medidas cautelares, así como la posibilidad, o no, de acordar medidas distintas a la de suspensión, única prevista para el contencioso en España hasta la reciente Ley 29/1998.

El estudio se completa con una aplicación práctica de la tutela cautelarísima a ciertos aspectos del régimen jurídico de los extranjeros en nuestro país; en concreto, a la expulsión, a la prohibición de entrada y a la devolución. La razón de su elección estriba en la celeridad con la que actúa la Administración en orden a la ejecución de esos actos. Celeridad que requiere a su vez una decisión rápida de los Tribunales de Justicia para evitar que ocasionen al administrado un perjuicio de difícil o imposible reparación, por afectar a sus relaciones familiares o a su actividad profesional.

II. LA EJECUCIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS TRAS LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 78/1996, DE 20 DE MAYO

La Sentencia del TC 78/1996 se plantea si en el seno de un proceso impugnatorio de un acto administrativo, en el tiempo de duración del trámite incidental mediante el cual el juez debe otorgar o denegar la tutela cautelar, la Administración puede ejecutar ese acto o debe esperar a que el órgano jurisdiccional resuelva el incidente cautelar. En otras palabras, en qué situación queda un administrado en el período comprendido desde que un determinado acto administrativo deviene definitivo en vía administrativa hasta que el juez se pronuncia sobre la conveniencia o no de adoptar la medida cautelar de suspensión o incluso otra diversa. A esta cuestión responde la sentencia que comentamos.

La cuestión fáctica versa sobre una sanción que fue ejecutada sin ni siquiera ser firme en vía administrativa. A juicio del Tribunal Constitucional, que el acto sancionador no era firme en el momento de ejecutarse resultaba del hecho de que el plazo de interposición del recurso de reposición no había transcurrido (FJ 4.º). Esta afirmación es importante pues significa que, aun en el caso de que los recursos administrativos sean potestativos, la Administración debería esperar a que transcurrieran los pla-

zos de los mismos para proceder a la ejecución del acto, a pesar de que el administrado optara por acudir directamente a la vía jurisdiccional (2).

Para resolver el caso concreto, el TC hace un repaso a toda su jurisprudencia emitida sobre el artículo 24.1 de la CE (derecho a la tutela judicial efectiva) y la ejecutividad de los actos administrativos. En este sentido, el Alto Tribunal se pronuncia como sigue (FJ 3.º):

«Hemos declarado que “el privilegio de autotutela atribuido a la Administración Pública no es contrario a la Constitución, sino que engarza con el principio de eficacia enunciado en el artículo 103 CE” (STC 22/1984), y la ejecutividad de sus actos en términos generales y abstractos tampoco puede estimarse como incompatible con el artículo 24.1 CE (STC 66/1984 y AATC 458/1988, 930/1988 y 1095/1988) (...)

(...) La ejecución inmediata de un acto administrativo es relevante desde la perspectiva del artículo 24.1 CE, ya que si tiene lugar imposibilitando el acceso a la tutela judicial puede suponer la desaparición o pérdida irreparable de los intereses cuya protección se pretende o incluso prejuzgar irreparablemente la decisión final del proceso causando una real indefensión. En consecuencia, el derecho a la tutela se extiende a la pretensión de suspensión de la ejecución de los actos administrativos que, si formulada en el procedimiento administrativo, debe permitir la impugnación jurisdiccional de su denegación y si se ejercitó en el proceso debe dar lugar en el mismo a la correspondiente revisión específica. “El derecho a la tutela se satisface, pues, facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que éste, con la información y contradicción que resulte menester, resuelva sobre la suspensión” (STC 66/1984). *Si, pues, hemos declarado que la tutela se satisface así, es lógico entender que mientras se toma aquella decisión no pueda impedirse, ejecutando el acto, con lo que la Administración se habría convertido en Juez»* (la cursiva es nuestra).

La verdadera innovación de la sentencia reside en que la Administración debe abstenerse de ejecutar el acto mientras el órgano jurisdiccional decide sobre la adopción o no de las medidas cautelares solicitadas (3). Además, en contra de lo que se pudiera pensar, el Tribunal Consti-

(2) En sentido opuesto se manifiesta Fernando LÓPEZ RAMÓN, *Límites constitucionales de la autotutela administrativa*, en el núm. 115 de esta REVISTA, 1988, pág. 79, pues afirma: «si los recursos administrativos no fueran una vía obligatoria, la inmediata recurribilidad de las sanciones ante los Tribunales situaría su ejecución bajo el posible control judicial, mediante el incidente de la suspensión, cumpliéndose así el condicionante procedimental de la potestad de autotutela que identifica la última jurisprudencia».

(3) Así parece entenderlo también el profesor E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso de Derecho Administrativo II*, Madrid, Cívitas, 1998, pág. 630, cuando se lamenta de que la nueva

tucional no ciñe su doctrina a una clase concreta de actos administrativos, los sancionadores, sino que expone su doctrina en relación con los actos administrativos en general, cualquiera que sea su objeto (4). En otras palabras, el Tribunal Constitucional exige, para ejecutar un acto administrativo, que: éste sea firme en vía administrativa; que transcurra el plazo para la interposición del recurso contencioso-administrativo que proceda; y, una vez recurrido el acto en vía jurisdiccional, esperar a que el Tribunal se pronuncie sobre la medida cautelar, si es ésta solicitada, pues de no serlo se podrá ejecutar el acto (5).

Estos mismos requisitos se pueden encontrar en algún pronunciamiento aislado del Tribunal Supremo. Así, en su Sentencia de 2 de febrero de 1995 (Ar. 1091), FD 3.º, el Alto Tribunal tuvo ocasión de pronunciarse sobre la necesidad de que la ejecución del acto administrativo, en el caso una resolución sancionadora, quede en suspenso, al menos, «hasta tanto no se someta la cuestión a la decisión de un órgano jurisdiccional y ello por el

LJ no haya recogido una medida cautelar «provisionalísima» que había creado la jurisprudencia anterior, y sancionada expresamente por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de mayo de 1996, que dice así: la petición cautelar, en tanto en cuanto no haya sido resuelta por el juez o Tribunal, impide como regla a la Administración ejecutar el acto cuestionado, pues es lógico entender —dice la sentencia constitucional citada— «que mientras se toma aquella decisión no puede impedirse, ejecutando el acto, con lo cual la Administración se habría convertido en juez».

(4) Así lo entiende José Vicente MOROTE SARRIÓN, *La suspensión de la ejecutividad de los actos administrativos tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 78/1996, de 20 de mayo*, en «REDA», núm. 94, 1997, pág. 313.

Pedro GONZÁLEZ SALINAS, *El retorno de la suspensión de la ejecución de la sanción no firme y la necesidad de resolver sobre la petición de suspensión*, en «REDA», núm. 92, 1996, págs. 649 y 650, también entiende que la Administración debe abstenerse de ejecutar el acto mientras el órgano jurisdiccional decide sobre la adopción de las medidas cautelares solicitadas, si bien limita esta consecuencia a los actos administrativos de naturaleza sancionadora.

(5) Parece entenderlo así Gerardo GARCÍA-ALVAREZ, «El acto administrativo», en el vol. col. dirigido por BERMEJO VERA, *Derecho Administrativo Básico. Parte General*, Zaragoza, Egido, 1998, pág. 288, aunque este autor no examina la STC que nos ocupa sino una anterior en el tiempo, la STC 66/1984, de 22 de junio, en la que el Alto Tribunal declaró la necesidad derivada del artículo 24.1 CE de que el juez pudiera pronunciarse sobre la ejecutividad del acto con carácter previo a la realización de la actividad material de ejecución del acto administrativo. «Esto suponía que, notificado un acto administrativo, si el interesado interpone recurso administrativo ordinario, la Administración debe dejar transcurrir el plazo para su interposición antes de iniciar el procedimiento de ejecución. Si el recurso se interpone en plazo o si desde el principio no cabía recurrir en vía administrativa, la Administración debe dejar transcurrir un nuevo plazo, el necesario para acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa. Y si en la formalización del escrito de interposición del recurso, el administrado solicita la suspensión de la ejecutividad del acto, la Administración deberá aguardarse al correlativo pronunciamiento incidental.»

En igual sentido, J. M. GIMENO FELIÚ, «El control de los Tribunales contencioso-administrativos», en el vol. col. dirigido por BERMEJO VERA, *Derecho Administrativo Básico. Parte General*, Zaragoza, Egido, 1998, pág. 391.

También C. CHINCHILLA MARÍN, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Madrid, Cívitas, 1991, pág. 162, llega a la conclusión de que mientras se tramita un incidente de suspensión la Administración no puede ejecutar el acto administrativo recurrido. Esto significa que la admisión de la solicitud de suspensión, en vía de recurso jurisdiccional, suspende automáticamente la ejecución del acto recurrido hasta que se dicte la resolución que cierre ese incidente cautelar.

juego del artículo 24.1 CE». En el mismo sentido, el Auto de 18 de enero de 1989, aunque sin ceñirse a una clase de actos concretos, mantiene que «... como los Tribunales de Justicia sólo pueden decidir la suspensión después de la necesaria tramitación de un incidente (art. 123 LJ), lo que exige de un cierto tiempo, es evidente que si la Administración ejecuta su acto en el ínterin está violando (y este Tribunal también, si no lo evita) el derecho a la tutela judicial efectiva de la parte actora reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución española» (FD 1.º). Más recientemente, el mismo Tribunal ha estimado vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva cuando la Administración pretende ejecutar un acto administrativo sin dar ocasión al interesado para solicitar su suspensión en sede jurisdiccional (Sentencia de 21 de enero de 1994) (6).

III. LAS MEDIDAS CAUTELARES COMO PARTE INTEGRANTE DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA (7)

En el punto anterior hemos puesto de manifiesto cómo para el Tribunal Constitucional el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva se satisface facilitando que la ejecutividad de los actos administrativos pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que éste, con la información y contradicción que resulte menester, resuelva sobre la suspensión solicitada (por todas, STC 66/1984, FJ 3.º).

El siguiente paso que da el Tribunal es vincular la tutela judicial efectiva a la potestad jurisdiccional de adoptar medidas cautelares pues, como dice en su Sentencia 14/1992, «la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso» (FJ 7.º). Por esta razón, las Sentencias del propio Tribunal Constitucional 115/1987 y 238/1992 declaran inconstitucionales aquellas normas que impedían suspender la ejecutividad de las decisiones administrativas. La última de las Sentencias citadas, 238/1992, de 17 de diciembre, resulta especialmente significativa pues impide que el legislador elimine de manera absoluta la posibilidad de adoptar medidas

(6) Ambos Autos citados por Sanz GANDASEGUI, *¿Medidas provisionálísimas en el proceso contencioso-administrativo? (Comentario a los Autos del Tribunal Supremo de 2 y 19 de noviembre de 1993)*, en el núm. 138 de esta REVISTA, 1995, pág. 184 (nota 2).

(7) Antes de seguir adelante es necesario precisar el concepto de «medida cautelar», sobre todo para contraponerlo al de «medidas provisionales». Las medidas provisionales es una de las principales técnicas que tiene a su disposición la Administración Pública de cara a dar pleno sentido al principio constitucional de eficacia de la actuación pública (art. 103 CE), en cuanto permite dar respuesta rápida a una situación en la que está presente el interés general. Son, pues, instrumentos que adopta la Administración y que suponen una merma de los derechos del ciudadano. Por el contrario, las medidas cautelares se presentan como una garantía del administrado, en cuanto manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, y, por tanto, como una restricción a los privilegios de la Administración. En este sentido, las medidas provisionales vienen previstas en los artículos 72 y 136 de la Ley 30/1992 con la finalidad de asegurar la eficacia de la resolución administrativa que pudiera recaer.

cautelares dirigidas a asegurar la efectividad de la sentencia (FF.JJ. 3.º y 6.º) (8).

Consecuente con la doctrina hasta aquí expuesta, el Alto Tribunal llega a deducir la necesidad de reinterpretar la rigurosidad de la regla de la no suspensión (STC 66/1984), así como los obstáculos insalvables que impidan la justicia cautelar (STC 78/1996), pues podrían dañar el derecho a la tutela judicial efectiva.

A) *Los supuestos legitimadores de la tutela cautelar*

Las causas concretas que legitiman la adopción de una medida cautelar, en vía contencioso-administrativa, son las siguientes:

— Primera. *Cuando la ejecución hubiere de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil.* Es la única prevista en el artículo 122 de la Ley Jurisdiccional (LJ) de 1956 y formulada por la Ley 29/1998 como sigue: «la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso» (art. 130.1).

Como manifiesta GARCÍA DE ENTERRÍA (9), una cierta doctrina jurisprudencial, heredada de la etapa anterior a la Ley Jurisdiccional de 1956, entendía que no cabía la tutela cautelar en los supuestos en que los perjuicios que se causaran fueran susceptibles de ser valorados económicamente, y ello so pretexto de la solvencia económica de los entes públicos (10). Frente a este hecho reacciona la Ley de 1956 manifestando en su Exposición de Motivos que no cabe excluir la dificultad en la reparación del daño que se cause por la circunstancia de que el mismo pueda ser valorado económicamente. Sin embargo, esta inercia de que todo daño puede ser reparado con una indemnización sigue latente en algún pronunciamiento judicial, como, por ejemplo, en el Auto del TS de 10 de julio de 1989 (Ar. 5730), en el que se dice (FD 1.º de la Sentencia apelada, aceptado por el TS):

«... sólo procede la suspensión de la ejecución del acto administrativo recurrido cuando aquélla hubiese de ocasionar

(8) Estudia esta Sentencia Carmen CHINCHILLA MARÍN, *El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales*, en el núm. 113 de esta REVISTA, 1993, págs. 167 y ss.

Una cuestión adicional que trata el Tribunal Constitucional en su pronunciamiento 238/1992 es que las medidas cautelares se pueden adoptar tanto cuando está en juego un derecho fundamental como cuando lo que se ventila en el proceso es una pretensión de las excluidas de la Sección 1.ª del Capítulo II del Título I de la Constitución (FJ 4). Se trata de un tema ya abordado en la anterior Sentencia 14/1992, pues la efectividad de la tutela judicial se predica de cualesquiera derechos o intereses legítimos y reclama la posibilidad de acordar las adecuadas medidas cautelares que aseguren la eficacia real del pronunciamiento futuro que recaiga en el proceso.

(9) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, Madrid, Cívitas, 1997, pág. 579.

(10) Véase a título de ejemplo el Auto del TS de 7 de noviembre de 1984 (Ar. 5522).

daños o perjuicios de difícil o imposible reparación, lo que no sucede en este caso, ya que el hipotético daño... podría compensarse con el abono de una indemnización» (11).

Para que esta causa de suspensión tenga operatividad no puede medirse en términos exclusivamente económicos, sino que ha de verificarse si concurre un peligro de daño jurídico para el derecho cuya protección se pretende, derivado de la pendencia del proceso y del retraso en la emisión del fallo definitivo, tal como dispone el TC en su Sentencia 148/1993, FJ 5.º; es lo que se conoce como *periculum in mora*. En otras palabras, los perjuicios de difícil o imposible reparación se refieren a evitar que la posterior resolución definitiva que pudiera recaer haga perder la finalidad del proceso judicial porque la ejecución del acto recurrido ya se haya consumado. Así lo confirma la redacción del artículo 130 de la nueva Ley Jurisdiccional, antes transcrito, cuando además, tras su paso por el Senado, omite cualquier referencia a los perjuicios de difícil o imposible reparación por entender que esta causa está englobada en el *periculum in mora* (12).

— Segunda. *La impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992.*

Se trata de una causa no prevista en nuestra Ley Jurisdiccional, ni en la de 1956 ni en la Ley 29/1998, pero admitida jurisprudencialmente al amparo del artículo 116 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, hoy artículo 111.2 de la Ley 30/1992. A título de ejemplo cabe citar el Auto del TS de 10 de julio de 1989 (Ar. 5730), que dice así (FD 2.º del TS):

«Ciertamente, esta Sala ha venido declarando reiteradamente —así, Autos de 15 de julio de 1988 (Ar. 6078) y 21 de marzo de 1989 (Ar. 2253)— que aunque el artículo 122.2 de la Ley Jurisdiccional nada señala al respecto, su texto ha de ser completado, en una interpretación sistemática, añadiendo como causa de suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado la prevista en el artículo 116 de la Ley de Procedimiento Administrativo y consistente en la invocación de la nulidad de pleno derecho de la resolución recurrida.»

A juicio de GARCÍA DE ENTERRÍA, esta causa legitimadora de la adopción de medidas cautelares se justifica por sí sola, pues si el fundamento teórico

(11) En el mismo sentido, la Sentencia del TS de 23 de febrero de 1998 (Ar. 1648) sigue esta doctrina y sostiene que «no cabe apreciar que se produzcan los daños y perjuicios a que se refiere el artículo 122 cuando la determinación administrativa impugnada se condensa en una sanción de multa, cuyos efectos dañosos serían fácilmente reparados por la Administración, pues se materializarían en la correspondiente compensación económica».

(12) En efecto, la Cámara Alta suprime la referencia que hacía el texto remitido por el Congreso a los «perjuicios de imposible o difícil reparación» como presupuesto de la tutela cautelar, por entender que «la posibilidad de ocasionar perjuicios no es sino una manifestación más de que el recurso pudiera perder su finalidad legítima» («Boletín Oficial de las Cortes Generales» —Congreso— de 24 de junio de 1998, Serie A, núm. 70).

de la eficacia inmediata de los actos administrativos es una consecuencia de la presunción de validez de que éstos se benefician, ésta no se da, por hipótesis, en los actos nulos de pleno derecho (13).

A pesar de la potencialidad operativa de esta causa, su aplicación en la práctica es reducida pues significaría hacer un juicio sobre el fondo, impropio de la tutela cautelar. En este sentido es significativo el Auto del TS de 15 de julio de 1988 (Ar. 6078), que afirma: «que tal nulidad de pleno derecho como causa de suspensión esté prevista en el artículo 116 de la LPA y no en el artículo 122.2 de la Ley Jurisdiccional no es obstáculo para la ampliación de la expresa dicción de este último precepto. Pero su virtualidad práctica no puede ser mucha: en una pieza separada de suspensión, en la que se trata de adoptar una medida cautelar, no cabe hacer razonamiento sobre los temas de fondo, y el de la nulidad de pleno derecho sin duda lo es. Sólo en aquellos casos en que tal nulidad apareciese como algo ostensible y evidente podría resultar justificada la suspensión basada en aquélla» (FD 6.º) (14).

— Tercera. *La apariencia de buen derecho o «fumus boni iuris».*

Nuevamente nos encontramos ante un supuesto no previsto por la Ley, ni la de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ni la de Procedimiento Administrativo Común. Ha sido igualmente la jurisprudencia la que, a partir del Auto del TS de 20 de diciembre de 1990 (Ar. 10412) (15), ha introducido esta causa legitimadora de la tutela cautelar. El origen de este principio se encuentra en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de julio de 1990, caso *Factortame*, que hace suyo el TS, y que se resume en que «la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para el que tiene razón» (16).

A juicio del TS, este principio general de derecho obliga a impedir los abusos que pueden seguirse del llamado privilegio de autoejecución, impidiendo que pueda el poder público parapetarse en él cuando en un supuesto concreto se advierte *prima facie*, sin que ello suponga prejuzgar el fondo

(13) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, Madrid, Cívitas, 1997, pág. 580.

(14) En el ATS de 24 de enero de 1994 (Ar. 174) se dice que a un somero examen de la validez del acto impugnado es a lo más que puede llegarse en un incidente de suspensión, que veda por su propia naturaleza toda consideración de las nulidades que no se presenten como ostensibles y manifiestas (FD 1.º del TS). En similares términos se pronuncia el ATS de 17 de septiembre de 1996 (Ar. 6445), FD 3.º. Resume muy bien la postura del TS sobre la nulidad de pleno derecho como causa de suspensión el Auto del mismo Tribunal de 15 de enero de 1994 (Ar 244), FD 3.º.

(15) Un comentario a este Auto puede verse en E. GARCÍA DE ENTERRÍA *La batalla por las medidas cautelares*, Madrid, Cívitas, 1995, págs. 167 y ss. También, en «REDA», núm. 69, 1991. A juicio de este mismo autor, el criterio del *fumus boni iuris* es confirmado y ratificado por el Auto del ATS de 17 de enero de 1991; véase al respecto el libro antes citado o su artículo *La consolidación del nuevo criterio jurisprudencial de la «apariencia de buen derecho» para el otorgamiento de medidas cautelares. Silencio administrativo y apariencia de abuso de la ejecutividad*, en «REDA», núm. 70, 1991, págs. 255 y ss.

(16) Entre otros pronunciamientos, puede consultarse el Auto del TS de 29 de marzo de 1996 (Ar. 2486).

del pleito principal, una apariencia de buen derecho. Esta apariencia basta en un proceso cautelar para otorgar la protección provisional solicitada.

Sin embargo, CHINCHILLA MARÍN (17) duda de que exista un derecho fundamental a la tutela cautelar por el solo hecho de tener aparentemente razón, pues, a su juicio, la base determinante de las medidas cautelares es el denominado *periculum in mora*, ya que la finalidad de aquéllas es evitar el peligro que para el derecho puede suponer la existencia misma de un proceso, con la lentitud propia e inevitable del mismo (18).

IV. ESPERANDO A LA MEDIDA CAUTELAR.

LA POSIBILIDAD DE ADOPTAR MEDIDAS PROVISIONALÍSIMAS O PRECAUTELARES

La demora en la tramitación del incidente, que tiene por objeto la adopción de la medida o medidas cautelares pedidas por el demandante, puede hacer perder la finalidad del proceso. En el lapso de tiempo que media entre la interposición del recurso contencioso-administrativo y la resolución de la pieza de tutela cautelar, la Administración puede burlar la eficacia de la eventual medida cautelar que adopte el Tribunal ejecutando el acto recurrido. En puridad, esto no debería ser posible de acuerdo con la doctrina del TC sentada en su Sentencia 78/1996; no obstante, la realidad se impone y la Administración suele ejecutar el acto una vez dictado y notificado. Por esta razón, en muchos casos, la única manera de evitar esta práctica administrativa es impedir que la Administración ejecute el acto, en tanto en cuanto el Tribunal contencioso resuelve el incidente procesal sobre la justicia cautelar. A este tipo de instrumentos se les conoce con el

(17) Carmen CHINCHILLA MARÍN, *El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales*, en el núm. 131 de esta REVISTA, 1993, pág. 173. También en su libro *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Madrid, Civitas, 1991.

(18) Antes de pasar a estudiar las medidas provisionalísimas es importante destacar que el artículo 129 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, permite la adopción de cuantas medidas cautelares aseguren la efectividad de la sentencia, incluso, pues, las de carácter positivo (Exposición de Motivos). Este precepto no hace sino recoger lo que el Tribunal Constitucional había manifestado ya en su Sentencia 148/1989, de 29 de abril, en el sentido de que «la medida cautelar a adoptar en cada caso ha de ser adecuada a su finalidad de garantizar la efectividad de la tutela judicial que en su día se otorgue» (FJ 6.º). A esta misma sentencia se refiere el TS en la suya de 16 de junio de 1997, cuando dice «la regulación de nuestro proceso contencioso-administrativo, cuyas normas han de ser interpretadas a la luz de las exigencias del Texto Constitucional, admite la adopción de medidas distintas a la única nominada en el artículo 122 de la Ley de la Jurisdicción» (FD 4.º). Para un estudio detallado de las medidas cautelares positivas debe consultarse E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La batalla por las medidas cautelares*, Madrid, Civitas, 1995, especialmente págs. 223 y ss.; E. CALVO ROJAS, *Medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo. Medidas provisionalísimas y medidas cautelares positivas. Últimos avances en esta materia y algún exceso*, en «REDA», núm. 83, 1994; R. RIVERO ORTEGA, *Medidas cautelares innominadas en lo contencioso-administrativo (Comentario al Auto del TSJ del País Vasco de 30 de abril de 1997)*, en «REDA», núm. 98, 1998; y, recientemente, Olga HERRÁIZ SERRANO, *El paso firme dado por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en el duro batallar por la tutela cautelar: la aplicación de la técnica francesa del référé-provision (Comentario al Auto de su Sala de lo Contencioso-Administrativo de 26 de febrero de 1998)*, en el núm. 147 de esta REVISTA.

nombre se «medidas provisionalísimas» o «precautelares». Denominación muy significativa pues nos da idea de lo que en realidad son: medidas que tienen un carácter perentorio, de acentuada transitoriedad y previas a las decisiones que pogan fin a la tutela cautelar.

El hito en esta materia lo constituye el Auto del TS de 2 de noviembre de 1993 (19), en el que el Tribunal Supremo, por primera vez, ordena a la Administración demandada la no ejecución del acto recurrido (en el caso, la urgente e inmediata ocupación de unas propiedades privadas, al amparo del artículo 52 LEF, con el objeto de ampliar el aeropuerto Madrid-Barajas) en tanto resuelva el incidente de suspensión (20). A este Auto le sigue otro del mismo Tribunal de 19 de noviembre de 1993, con idéntico objeto y ponente, Peces Morate, por lo que reproduce la doctrina dictada en el anterior (21). Este dato nos facilita la tarea pues basta con que examinemos la primera de las resoluciones dictadas. Vayamos con ello.

El Alto Tribunal emplea un doble argumento para legitimar su decisión:

— *Primero*, apela al derecho fundamental de la tutela judicial efectiva en estos términos: «entre los principios que configuran el significado natural y propio de la jurisdicción destaca el de la efectividad de sus decisiones. Nuestra vigente Constitución lo ha sancionado al declarar, entre los derechos fundamentales, el de obtener la tutela efectiva de los jueces y Tribunales (art. 24 de la Constitución). La potestad jurisdiccional no se agota

(19) Comentan esta resolución, en un tono crítico, Sanz GANDASEGUI, *¿Medidas provisionalísimas en el proceso contencioso-administrativo? (Comentario a los Autos del Tribunal Supremo de 2 y 19 de noviembre de 1993)*, en el núm. 138 de esta REVISTA, 1995; y Antonio CALONGE VELÁZQUEZ, *Primera decisión jurisprudencial sobre medidas cautelares «provisionalísimas». Un paso más en la crisis de la ejecutividad de los actos administrativos*, en «Poder Judicial», núm. 33, 1994.

Un tono más positivo hacia este pronunciamiento se puede ver en José Luis REQUERO IBÁÑEZ, *Las medidas cautelares «provisionalísimas» en el proceso contencioso-administrativo. Comentario al ATS de 2 de noviembre de 1993*, en «Actualidad Jurídica Aranzadi», núm. 132, 1994, págs. 9 a 13; y Eduardo CALVO ROJAS, *Medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo. Medidas provisionalísimas y medidas cautelares positivas. Últimos avances en esta materia y algún exceso*, en «REDA», núm. 83, 1994.

El primero de los autores citados nos da noticia de que la Audiencia Nacional, mediante providencia de 20 de diciembre de 1992, suspendió la ejecución de un acto administrativo de demolición de un edificio en tanto no se resolviera la pieza de suspensión. El propio Tribunal Supremo tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la adopción de una medida precautelar solicitada por el demandante, en su Auto de 22 de marzo de 1990, pero desestimó la petición no porque no pudiera acordarla, sino porque «la procedencia de la aludida suspensión no aparece con la suficiente claridad», es decir, no se encontraba suficientemente justificada.

(20) En realidad, la medida provisionalísima consistente en ordenar a la Administración que «no adopte medida ejecutiva alguna en tanto no recaiga resolución en dicha pieza (de suspensión)» se adopta por Providencia de 16 de septiembre de 1993. Contra la misma se interpone recurso de súplica por el Abogado del Estado, que es resuelto por el Auto de 2 de noviembre de 1993, que va a ser objeto de comentario, en el sentido de confirmar la medida adoptada.

(21) Lo realmente curioso es que, en ambos casos, el trámite de suspensión culmina con la denegación de la medida cautelar solicitada (AATS de 15 de enero —Ar. 224— y de 7 de marzo —Ar. 1664— de 1994).

con la declaración del derecho sino que se consuma en la consecución del derecho declarado, lo que presupone la facultad de adoptar medidas, garantías o cautelas precisas a fin de preservar la eficacia de lo resuelto. De ahí que el TC en su Sentencia 238/1992, de 17 de diciembre, ... declarase con base en la doctrina establecida en sus Sentencias 66/1984, 115/1987 y 14/1992 que "tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguran el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso"» (FD 2.º).

Este argumento le lleva a declarar que «no parece necesario abundar en más razones o argumentos que justifiquen la adopción de medidas o cautelas para salvaguardar el derecho del que promueve el incidente de suspensión... pues, de lo contrario, carecería de significado el proceso incidental de suspensión» (FD 2.º).

— *Segundo*, entiende aplicable el artículo 1428 de la LEC, en virtud de la disposición adicional sexta de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956, que declara a aquella norma supletoria de ésta (22). Para el Tribunal, la LEC recoge un sistema mixto de medidas cautelares, al establecer concretas y singulares junto con otras innominadas, previstas éstas en el artículo 1428 de dicha Ley, que permite al juez adoptar, a instancia del demandante y bajo su responsabilidad, las medidas que fuesen necesarias para asegurar le efectividad de la sentencia que en el juicio recaiga (FD 3.º) (23).

Al constatar el órgano juzgador que la Ley Jurisdiccional no prevé este tipo de medidas, pero «que tampoco las excluye o prohíbe», entiende que lo que se impone, ante la necesidad de dar contenido a la tutela cautelar,

(22) Este Auto va acompañado de un voto particular formulado por tres magistrados que censuran la aplicación supletoria del artículo 1428 de la LEC porque este precepto tiene por objeto la adopción de medidas cautelares respecto a obligaciones de hacer o no hacer, o de entregar cosas determinadas y específicas, obligaciones en las que el deudor y el acreedor son personas privadas, sujetas al Derecho privado. Tales obligaciones no guardan relación con la actividad expropiatoria de la Administración basada en un título de Derecho público, representativa de un interés general y protegida por una potestad de autoejecución (FD 1.º del voto particular).

Tampoco cree posible aplicar el artículo 1428 de la LEC al contencioso-administrativo Francisco SANZ GANDASEGUI, *¿Medidas provisionalísimas en el proceso contencioso-administrativo?* (Comentario a los Autos del Tribunal Supremo de 2 y 19 de noviembre de 1993), en el núm. 138 de esta REVISTA, 1995, págs. 192 y ss., porque la Ley Jurisdiccional configura a la suspensión como la única medida cautelar que los Tribunales pueden acordar para evitar perjuicios irreparables a los recurrentes y tal medida sólo se puede decidir tras la sustanciación del incidente procesal que regulan los artículos 122 y 123 de la LJ. Además, este autor viene a decir que si el legislador hubiera querido introducir en el contencioso-administrativo las medidas provisionalísimas lo hubiera hecho a través de la Ley 19/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, cosa que no hizo.

(23) Igualmente, el Auto del TSJ de Aragón de 10 de abril de 1996, que confirma una medida precautelar adoptada por Auto de 15 de enero, entiende aplicable el artículo 1428 de la LEC porque no existe precepto alguno en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que vede la adopción de medidas provisionalísimas. Véase Javier OJIVÁN DEL CACHO, *La adopción de medidas provisionalísimas a un acto de la Confederación Hidrográfica del Ebro* (comentario a los Autos del TSJ de Aragón de 15 de enero y de 10 de abril de 1996), en «RRAAP», núm. 9, 1996, pág. 422.

es acudir al sistema de medidas innominadas admitidas por la LEC, a la que como norma supletoria se remite la Ley de esta Jurisdicción.

A continuación, el TS determina el alcance y requisitos que deben darse en una medida precautelar. En concreto, son los siguientes:

— Carácter garantizador de la eventual medida cautelar, por lo que no cabe acordarla de modo general, sino que «deben concretarse los actos materiales que la Administración ha de llevar a cabo o abstenerse de ejecutar para evitar que se frustre el fin del proceso cautelar» (FD 4.º).

— No son medidas que se adopten de forma automática, sino que el solicitante debe justificar su pretensión y el Tribunal, tras ponderar los intereses en conflicto, acordará o no su procedencia (FD 4.º).

— Debe ser motivada, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 254.1 de la LOPJ y 369 de la LEC.

— Se debe, en principio, oír a la parte contraria, es decir, a la Administración autora. Y digo en principio porque, a juicio del Alto Tribunal, «la contradicción no desaparece por adoptarse una medida cautelar *inaudita parte* cuando la eficacia de la medida así lo exige, siempre que se permita al afectado por ella oponerse a la misma» (FD 6.º). En el presente caso, el Tribunal consideró subsanado el defecto de falta de audiencia a la Administración con la interposición del recurso de súplica.

Esto mismo es lo que ocurrió, tres años más tarde, en el Tribunal Superior de Justicia de Aragón con el Auto de 15 de enero en virtud del cual se dejó en suspenso una resolución de la Confederación Hidrográfica del Ebro, hasta que se resolviera el incidente de suspensión promovido por la actora (24). En este caso, la medida precautelar se adoptó sin audiencia de la Administración «en razón de la urgencia misma del caso». El representante del ente público presentó recurso de súplica, que fue rechazado por posterior Auto de 10 de abril de 1996. En esta segunda resolución judicial el TSJ de Aragón justificó la falta de audiencia no sólo en la posibilidad de recurrir en súplica, sino también en el principio de economía procesal, pues carecería de sentido decretar la nulidad de unas actuaciones procesales para posibilitar una defensa que ya ha sido ejecutada.

Esta práctica judicial de adoptar las medidas provisionalísimas sin oír a la parte demandante se justifica por la urgencia del caso concreto y, además, no podemos negar que el TC en su Sentencia 14/1992, de 10 de febrero, declaró que en la adopción de las medidas cautelares no es forzoso «que se oiga con antelación a quien la sufre (ATC 186/1983)». No obstante, debemos advertir que esta declaración se formuló respecto a la medida cautelar de embargo preventivo que puede acordarse en el proceso civil.

En este punto tampoco se debe pasar por alto que el artículo 135 de la Ley 29/1998 permite, atendidas las circunstancias de especial urgencia que

(24) Comenta esta resolución Javier OLIVÁN DEL CACHO, *La adopción de medidas provisionalísimas a un acto de la Confederación Hidrográfica del Ebro (comentario a los Autos del TSJ de Aragón de 15 de enero y de 10 de abril de 1996)*, en «RArAP», núm. 9, 1996.

concurran en el caso, adoptar las medidas cautelares, que no las provisionalísimas porque no las contempla, «sin oír a la parte contraria».

— La última característica de las medidas provisionalísimas es que no deben ir, necesariamente, acompañadas de una fianza; sólo cuando, a juicio del Tribunal, pudiera resultar algún perjuicio o daño a los intereses públicos o de terceros, tal como dispone el artículo 124 de la Ley Jurisdiccional de 1956 y el artículo 133 de la Ley 29/1998. Esto tiene una justificación muy sencilla; aunque se apele al artículo 1428 de la LEC para adoptar medidas precautelares, las normas supletorias sólo juegan en defecto de normas y principios propios del Derecho Administrativo, por lo que al tener la Ley Jurisdiccional un precepto dedicado a la exigencia de caución, no tiene cabida en la justicia administrativa la regulación que de la fianza hace el artículo 1428 LEC (25).

Siguiendo la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en este Auto comentado, el TSJ de Madrid, en Auto de 24 de febrero de 1995, acordó también una «medida cautelar provisionalísima consistente en dejar en suspenso la ejecución de la resolución sancionadora hasta tanto se resuelva lo procedente sobre la suspensión solicitada» (26).

Por último, respecto de las medidas provisionalísimas o precautelares, sólo el siguiente apunte: existe una ausencia total de regulación en la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Lo más parecido a las mismas son las medidas cautelares que se adopten con anterioridad a la interposición del recurso en los supuestos de vía de hecho o de inactividad de la Administración (art. 136.2). En efecto, el Capítulo II del Título VI lleva por rúbrica «Medidas cautelares» y, en su seno, aunque permite al órgano jurisdiccional adoptar cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia, no incluye, a mi juicio, la tutela precautelar porque con esa expresión lo que legitima es la adopción de medidas distintas de la suspensión, especialmente resoluciones de contenido positivo que obliguen a la Administración a un hacer. Esta conclusión la confirma el hecho de que en el texto de la Ley hay una omisión absoluta de la previsión de los supuestos que dan paso a las medidas precautelares y del procedimiento a seguir (plazo en el que se debe adoptar, la necesidad o no de oír a la Administración, etc.). En consecuencia, y lamentándolo, continuamos huérfanos de una normativa en esta materia (27).

(25) En este sentido se manifiesta E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Nuevas medidas cautelares «positivas»: la imposición por vía cautelar a la Administración de la obligación de continuar un procedimiento, eliminando un obstáculo inicial sin apariencia de buen derecho (Auto de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 14 de octubre de 1991)*, en el núm. 126 de esta REVISTA, 1991, pág. 307.

(26) Da noticia de esta resolución Antonio CALONGE VELÁZQUEZ, *Primera medida cautelar «provisionalísima» en materia de disciplina deportiva: ¿fin de la ejecutividad de las sanciones deportivas?*, en «Revista Española de Derecho Deportivo», núm. 5, 1995.

(27) En la doctrina, se está imponiendo la idea de que las medidas cautelares que se adopten sin oír a la parte contraria, en razón de la urgencia del caso concreto (art. 135), se califican de «medidas cautelares provisionalísimas» (por todos, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo II*, Madrid, Civitas, 1998, pág. 629; y

V. LAS MEDIDAS PROVISIONALÍSIMAS APLICADAS AL RÉGIMEN DE EXTRANJERÍA.
TRES SUPUESTOS CONCRETOS: LA EXPULSIÓN, LA PROHIBICIÓN DE ENTRADA
Y LA DEVOLUCIÓN

Las medidas provisionalísimas tienen su ámbito propio de operatividad en aquellas actuaciones administrativas que se caracterizan por la celeridad; algo ajeno, en general, al funcionamiento normal de los poderes públicos pero que, en materias muy concretas, la brevedad de los plazos juega en contra de los administrados. Uno de estos sectores es el de la extranjería; en concreto, tres son los aspectos que querría destacar: la expulsión del extranjero, la prohibición de entrada y la devolución.

No obstante, antes de entrar en la materia querría manifestar que nos enfrentamos a unas cuestiones especialmente delicadas, donde lo que está en juego no son intereses meramente patrimoniales, sino cuestiones personales y familiares, por un lado, el del extranjero, y de orden público y seguridad nacional, por el otro, lo que impone una modulación de la automatización con la que muchas veces se aplican las normas. O, como dice el Preámbulo de la LO 7/1985, de derechos y libertades de los extranjeros en España, «la ley destaca su preocupación por reconocer a los extranjeros la máxima cuota de derechos y libertades, cuyo ejercicio queda prácticamente equiparado al de los propios ciudadanos españoles que ciertamente sólo ceden ante exigencias de la seguridad pública claramente definidas».

A) *La expulsión de los extranjeros* (28)

La primera idea importante que debemos poner de manifiesto es que, a juicio del TC, la expulsión de un ciudadano extranjero, por parte de la Administración, tiene la naturaleza de sanción administrativa, a los efectos del artículo 25.1 de la CE, porque «supone una limitación de derechos y se basa en la apreciación de la conducta de la persona» (STC 116/1993, de 29 de marzo, FJ 3.º) (29). Consecuentemente con ello, el Tribunal ha estable-

J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*. Tomo II, Madrid, Cívitas, 1998, pág. 2096). Sin embargo, esta terminología no nos debe llevar a engaño; son perfectamente distinguibles las «medidas provisionalísimas», sobre las que se vertebra este trabajo, de las llamadas «medidas cautelares provisionalísimas». Así, mientras que las primeras se adoptan en tanto en cuanto el juez o Tribunal acuerde la tutela cautelar, las segundas son una especie de las medidas cautelares que sólo se distinguen por la urgencia en su adopción. En otras palabras, las primeras tienen como función asegurar la efectividad de las segundas, siendo, por tanto, posible su adopción sucesiva, aunque lo normal será que ante la ausencia de una medida provisionalísima sea necesario adoptar una medida cautelar por la vía de urgencia.

(28) A tenor del artículo 5 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, Reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, la única medida que impide, momentáneamente, la expulsión es la solicitud de asilo.

(29) Personalmente, no estoy de acuerdo con esa calificación pues toda sanción administrativa requiere la comisión de un ilícito administrativo, es decir, de una acción u omisión típica, antijurídica y culpable. En el caso que nos ocupa, la LO 7/1985 no configu-

cido cuatro exigencias para proceder a la expulsión de un sujeto: reserva de ley, prueba de los hechos determinantes, proporcionalidad y garantías de procedimiento. Así lo expuso en su Sentencia 94/1993, de 22 de marzo, en los siguientes términos (FJ 4.º):

«... para ser respetuosa con la libertad de circulación que el artículo 19 de la CE reconoce a los extranjeros que se hallan legalmente en nuestro territorio, la decisión de expulsión o extrañamiento debe fundarse en alguno de los supuestos previstos por la Ley de Extranjería, u otro texto legal de

ra como infracción administrativa los supuestos que den lugar a la expulsión de un extranjero, sino que son causas objetivas que basta con que se den para legitimar la adopción de la orden de abandono del territorio nacional. Esto es así porque la propia Ley regula los ilícitos administrativos en el artículo 25, calificando como tales a todo incumplimiento de las obligaciones impuestas en susodicha Ley. Además, la única sanción que realmente contempla es la de multa de hasta 2.000.000 de pesetas, lo que ocurre es que habrá casos en los que la circunstancia que legitime la expulsión del extranjero constituya también infracción administrativa, por lo que la LO prevé, para esos casos, la imposibilidad de imponer la sanción pecuniaria (art. 27.3). A título de ejemplo: un ciudadano extranjero que no haya obtenido permiso de residencia siendo que su estancia en España supera los tres meses en un período de seis (art. 44 del Reglamento) incurrirá en causa de expulsión, al encontrarse ilegalmente en nuestro país —art. 26.1.a)—; pero, además, comete una infracción administrativa: la de no obtener el permiso de residencia, tal como exige el artículo 13 de la LO 7/1985.

El hecho de que la LO 7/1985 no califique de sanción administrativa la expulsión de un súbdito foráneo no significa que ésta no esté rodeada de garantías. Por lo pronto, esa medida está sujeta al principio de legalidad pues afecta a un derecho fundamental, el de la libre circulación de personas que el artículo 19 de la CE reconoce, también, a los extranjeros (entre otras, SSTC 94/1993, FJ 2.º, y 116/1993, FJ 2.º). Asimismo, significa una restricción de un derecho fundamental, por lo que es necesaria la observancia estricta del principio de proporcionalidad, tal como viene exigiendo reiteradamente el TC; por todas, la reciente Sentencia de 17 de febrero de 1998, FD 8.º. Supone la adopción de un acto administrativo de gravamen que limita los derechos de un ciudadano, por lo que debe ser motivado —art. 54.1.a) de la Ley 30/1992—. En su adopción debe ser oído el afectado, tal como dispone el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, ratificado por España por Instrumento de 13 de abril de 1977 («BOE» de 30 de abril de 1977), y el artículo 30.2 de la LO 7/1985. Además, rige el principio de presunción de inocencia del artículo 24.2, *in fine*, de la CE, pues el TC ha tenido ocasión de considerar que este derecho fundamental «no puede entenderse reducido al estricto campo del enjuiciamiento de conductas presuntamente delictivas, sino que debe entenderse también que preside la adopción de cualquier resolución, tanto administrativa como jurisdiccional, que se base en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación se derive un resultado sancionatorio para las mismas o limitativo de sus derechos» (FJ 2.º); esto significa, sin más, que la Administración deberá probar los hechos determinantes de la expulsión.

Por lo expuesto, parece evidente que calificar de sanción al acto restrictivo de derechos que es la expulsión no conlleva ninguna especial garantía que no esté establecida ya por la legislación, por lo que parece banal calificar de verdadera sanción administrativa una simple medida de intervención.

En cuanto a la jurisprudencia del TS, encontramos la Sentencia de 12 de julio de 1989 (Ar. 5350), que entiende que la expulsión de un súbdito extranjero no es una sanción (FD 2.º); en el mismo sentido, la de 7 de abril de 1997 (Ar. 3097) niega que la expulsión constituya la imposición de una sanción calificándola, simplemente, de «medida administrativa limitativa de derechos». Por contra, la Sentencia de 10 de junio de 1994 (Ar. 5113) considera que el acto de expulsión «es sancionador» y así se desprende de la literalidad de la propia LO 7/1985, cuyo Título VI lleva, precisamente, la rúbrica «Infracciones y sanciones».

igual valor, para adoptar esa grave medida. Asimismo, la conformidad con la ley de la medida de expulsión depende de si concurren realmente los hechos determinantes de la expulsión, que deben quedar acreditados en el procedimiento administrativo o, en caso de contencioso, ante el Tribunal que conozca de él; y también depende de que concurren razones que justifiquen que, en vez de imponer la multa que con carácter general prevé el artículo 27 de la Ley de Extranjería, haya de imponerse la decisión de expulsión, indudablemente más gravosa. Finalmente, deben ser respetados el mínimo esencial de garantías de procedimiento que enuncia el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y los artículos 13, 19 y 24 de la CE, precepto este último que es plenamente aplicable a los extranjeros, como declararon las SSTC 99/1985, FJ 2.º, y 115/1987, FJ 4.º».

Las causas concretas que motivan la expulsión de un súbdito extranjero vienen previstas en el artículo 26 de la LO 7/1985, de 1 de julio, de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, y responden a los siguientes supuestos (30):

a) Encontrarse ilegalmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia o, en su caso, el permiso de residencia, cuando fuere exigible.

Esta causa se completa con el artículo 98.1 del Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, que habla de «no haber obtenido o tener caducados más de tres meses la prórroga de estancia, el permiso de residencia o documentos análogos, siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de los mismos en el plazo previsto». El Reglamento contempla esta causa de expulsión como una infracción administrativa por la que puede imponerse la sanción de expulsión del territorio nacional (art. 99.2 del Reglamento), siendo incompatible con la pena de multa (art. 99.6 del Reglamento). A esta respecto conviene recordar que la LO 7/1985 contempla una tipificación de las infracciones por remisión a los incumplimientos «de las obligaciones impuestas en la propia Ley» (art. 25.1), recogiendo sólo expresamente una serie de acciones u omisiones que en todo caso se consideran ilícitos administrativos (art. 25.2 y 3).

(30) Para un estudio detallado de estas causas puede verse, entre otros, REQUERO IBÁÑEZ, *Extranjería y refugio: Práctica contencioso-administrativa*, Madrid, La Ley-Actualidad, 1997, págs. 75 y ss.; Concha APRELL LASAGABASTER, *Régimen administrativo de los extranjeros en España*, Madrid, Marcial Pons, 1994, págs. 193 y ss.; Pilar GIMENO FELIÚ, *Expulsión de extranjeros del territorio nacional*, Madrid, Ministerio del Interior, Dirección General de la Política Interior, 1993; y Félix UTRERA CANO, *La expulsión de extranjeros del territorio nacional y su suspensión por la vía del artículo 7 de la Ley 62/1978 (Un análisis jurisprudencial)*, en el núm. 132 de esta REVISTA, 1993.

b) No haber obtenido permiso de trabajo y encontrarse trabajando, aunque cuente con permiso de residencia válido.

Al igual que la causa anterior, ésta viene completada en el artículo 98 del Reglamento de desarrollo, pues no basta con no haber obtenido permiso de trabajo, sino que es suficiente con tenerlo caducado por más de tres meses, siempre que no se hubiere solicitado la renovación en el plazo previsto. Nuevamente, esta causa se contempla en el Reglamento como infracción administrativa que puede dar lugar a la expulsión (art. 99.2).

c) Estar implicado en actividades contrarias al orden público o a la seguridad del Estado o realizar cualquier tipo de actividades contrarias a los intereses españoles o que puedan perjudicar las relaciones de España con otros países.

Este supuesto se matiza en el artículo 98.1 del Reglamento, pues habla de «actividades *gravemente* contrarias al orden público o a la seguridad *interior o exterior*».

Sin embargo, sigue siendo una causa de expulsión muy amplia, que no deja de recordarnos a la prevista en el artículo 29.1 del Decreto 522/1974, sobre Régimen, Permanencia y Expulsión de los Extranjeros, que autorizaba la expulsión del territorio nacional de los foráneos «cuando por su forma de vida, actividades que desarrollen, conducta que observen, antecedentes penales o policiales, relaciones que mantengan u otras causas análogas así resulte procedente». Respecto de este artículo 29.1 el TC, en su Sentencia 116/1993, de 29 de marzo, entendió que no permitía predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen la infracción merecedora de la expulsión del territorio nacional porque «... no sólo no garantiza mínimamente la seguridad de los administrados, sino que infringe directamente el artículo 25.1 de la Constitución al definir las conductas determinantes de la expulsión a través de conceptos que por su amplitud y vaguedad dejan en la más absoluta indefinición los tipos punibles merecedores de tal medida. En efecto, “forma de vida”, “actividades que desarrollen”, “conducta que observen”, “relaciones que mantengan” y “otras análogas” son términos imprecisos, absolutamente indeterminados o indeterminables y omnicomprendivos de todas las conductas imaginables».

No obstante, entiendo que los términos empleados por el artículo 26.c) son objetivables, en cada caso, atendiendo a las circunstancias concretas, si bien su aplicación debe hacerse con mucho cuidado y requerirá un esfuerzo de la Administración en la motivación de la resolución de expulsión.

d) Haber sido condenados, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que sus antecedentes penales hubieran sido cancelados.

Este supuesto es reproducido tal cual por el artículo 98.4 del Reglamento.

e) Incurrir en demora u ocultación dolosa o falsedad grave en la obligación de poner en conocimiento del Ministerio del Interior las circunstancias relativas a su situación, de acuerdo con el artículo 14 de la LO 7/1985.

Respecto a esta causa sólo decir que el Reglamento omite la referencia a la demora en la obligación de poner en conocimiento del Ministerio del Interior las circunstancias relativas a la situación del extranjero (art. 98.5), lo cual no es óbice para su aplicación por estar contemplada en la Ley.

f) Carecer de medios lícitos de vida, ejercer la mendicidad o desarrollar actividades ilegales. (También prevista en el art. 98.6 del Reglamento, en los mismos términos.)

Tramitado el expediente de expulsión, de acuerdo con los artículos 29 y 30 de la LO 7/1985, y dictada la resolución de abandono del territorio nacional, ésta fijará el plazo en el que el extranjero viene obligado a salir de España, plazo que no podrá ser inferior a setenta y dos horas (art. 33 de la LO). Estas previsiones normativas nos llevan a entender que la orden de expulsión se debe cumplir en lapsos de tiempo que resultan ridículos, sobre todo si los comparamos con la tardanza en la resolución de los recursos contencioso-administrativos y aun con el tiempo que supone la tramitación de un incidente de tutela cautelar (la Ley 29/1998 lo fija en quince días hábiles —arts. 131 LJ, 185 LOPJ y 304 LEC—; con la Ley de 1956 este plazo era ampliable a veinte días si la Administración se oponía; en ambos casos, presuponiendo una diligencia máxima del Tribunal y, sobre todo, de las partes). Por este motivo, creo que un ámbito en el que tienen plena operatividad las medidas provisionalísimas es, precisamente, éste: contra la orden de expulsión de un extranjero del territorio español.

Además, el TS viene suspendiendo la orden de expulsión cuando la persona afectada tiene arraigo en España o cuando así lo aconsejan los intereses familiares, sociales o económicos, pues entiende el Tribunal que, en estos casos, la ejecución de una orden de expulsión habría de producir unos perjuicios de difícil reparación, que en parte afectarían a su esfera personal (31). Siendo esto así, y dado que la orden de expulsión ya se habrá ejecutado antes de que se resuelva el expediente de suspensión, resulta necesario adoptar una medida provisionalísima que haga eficaz la medida cautelar que con posterioridad se dicte.

En este sentido, cabe citar tres Autos del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 8 de junio de 1994, de 10 de abril y 30 de noviembre de 1995, que adoptan como medida provisionalísima dejar en suspenso la orden de expulsión del territorio nacional de un súbdito extranjero. Los tres Autos fueron confirmados por Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1996 (Ar. 8909), 9 de diciembre de 1996 (Ar. 8767) y 21 de octubre de 1996 (Ar. 7078) en el sentido de desestimar la pretensión de la Administración por entender que sólo contra los Autos que pongan fin a la pieza separada de suspensión cabe deducir recurso de casación, a tenor del artículo 94.1.b) de la Ley Jurisdiccional de 1956 (32).

(31) Por todas, véase la STS de 19 de septiembre de 1996 (Ar. 6447), FD 7.º.

(32) BORRAJO INIESTA, «La libertad de circulación de los extranjeros en España», en el volumen coordinado por BIGLINO CAMPOS, *Ciudadanía y extranjería: Derecho nacional y De-*

B) *La prohibición de entrada en territorio nacional* (33)

Esta medida de intervención se viene conociendo con la expresión de «rechazo en frontera». Su regulación detallada se contiene en el Reglamento de desarrollo de la LO 7/1985, en concreto en los artículos 39 y 41, si bien su cobertura legal se encuentra en el inciso final del artículo 11.3 de la LO cuando dice que los servicios policiales correspondientes podrán rechazar a quien no reúna los requisitos establecidos para la entrada en territorio español.

Los supuestos concretos de rechazo son los siguientes (art. 39 del Reglamento):

a) Cuando hayan sido expulsados de España y pretendan acceder sin haberse cumplido el tiempo de prohibición de entrada, que no será inferior a tres años, según el artículo 36 de la LO.

b) Cuando se hallen incurso en los supuestos de los párrafos c) (estar implicados en actividades contrarias al orden público o perjudiquen los intereses de España) o d) (haber sido condenados por conducta dolosa por delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año) del artículo 26.1 de la LO.

c) Cuando exista constancia de que ese extranjero es reclamado por las autoridades de otros países por delito común grave.

d) Cuando haya sido objeto de prohibición expresa de entrada en nuestro territorio, por resolución de la Secretaría de Estado de Interior.

e) En los casos en que pueda o tenga prohibida la entrada en España en virtud de Convenios internacionales, salvo que se considere necesario por motivos humanitarios o de interés nacional.

recho comparado, Madrid, McGraw-Hill, 1998, pág. 90, da noticia del Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de enero de 1996 que adoptó una medida provisionalísima en relación con la expulsión de un extranjero del territorio nacional.

(33) Antes de analizar esta institución conviene poner de manifiesto que los no españoles carecen del derecho constitucional a entrar en España. Así, el Auto del TC 55/1996, de 6 de marzo, considera que «el derecho a la libertad personal no conlleva el derecho de entrar en España. Aquel derecho, reconocido por el artículo 17 de la CE, protege a todas las personas sin distinción de nacionalidad. Por el contrario, quienes no son españoles carecen del derecho constitucional a entrar en España (art. 19 CE y STC 94/1993), por lo que sólo pueden ejercerlo en la medida en que cumplan los requisitos establecidos por las leyes...» o por los tratados, añade la STC 94/1993, de 22 de marzo, FJ 3.º.

No obstante, a juicio de BORRAJO INIESTA, «La libertad de circulación de los extranjeros en España», en el volumen coordinado por BIGLINO CAMPOS, *Ciudadanía y extranjería: Derecho nacional y Derecho comparado*, Madrid, McGraw-Hill, 1998, pág. 64, los ciudadanos de otros países que tengan reconocida por tratado o por la ley nacional la entrada en territorio español gozan del derecho constitucional de entrar en nuestro país amparado por el artículo 19 de la CE.

La denegación de entrada se efectuará por resolución motivada que será notificada al extranjero indicando los recursos que contra la misma pudiera interponer (art. 41 del Reglamento) (34).

En el caso de la prohibición de entrada, la celeridad en la ejecución del acto administrativo es todavía muchísimo mayor pues ni siquiera requiere conceder al extranjero un plazo de gracia, sino que basta con impedir su entrada y, por consiguiente, su inmediato regreso al punto de partida (35). Por este motivo, es totalmente justificable que desde estas líneas se abogue por un uso de las medidas provisionalísimas como remedio del retraso de la justicia. Basta el siguiente ejemplo. La STS de 11 de abril de 1995 (Ar. 3172) resuelve un caso de denegación de entrada de una menor que no había podido acreditar, en el momento de su presencia en la frontera, la posesión de medios económicos, ni tampoco el parentesco con su madre, a quien venía a visitar. Pues bien, la denegación se produjo el 23 de noviembre de 1992, mientras que el Tribunal de instancia resuelve en favor de la entrada de la menor con un retraso de más de un año (Sentencia de 16 de febrero de 1994), y eso que la recurrente optó por la vía de la Ley 62/1978. El pronunciamiento de instancia deviene firme con la resolución del TS de 11 de abril de 1995. Como se puede observar, la decisión de la justicia fue escasamente útil.

Es más, las medidas provisionalísimas pueden ir acompañadas, si el caso así lo requiere, de la adopción de medidas cautelares de contenido positivo. Así, por ejemplo, en el caso anterior, el TS anula la resolución de prohibición de entrada porque la policía, «con su actitud intransigente», no dio oportunidad a los perjudicados de probar aquellas circunstancias que hubieran permitido su acceso al territorio español. Siendo esto así, hubiera sido perfectamente posible que el Tribunal *a quo* ordenara a la Administración que permitiera probar lo alegado por el recurrente y, si la actividad probatoria es satisfactoria, permitir su entrada en nuestro país. En ningún caso, creo, esta postura es descabellada pues no es ni más ni menos que lo ordenado por el Auto del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 21 de marzo de 1991: «requerir a la Administración... para que, en el plazo de treinta días hábiles, dicte nueva resolución expresiva: 1.º de los motivos de fondo... determinantes de la denegación acordada; 2.º de la conexión de ellos con el valor seguridad de personas y bienes; y 3.º del carácter subsanable o insubsanable de las deficiencias apreciadas» (36).

(34) Este nuevo modo de proceder de los funcionarios encargados del puesto fronterizo choca con la práctica anterior, en la que la orden de rechazo se efectuaba de forma verbal (véase, a título de ejemplo, el Informe del Defensor del Pueblo del año 1995, págs. 198 a 210).

(35) La única actuación que impide, momentáneamente, el acuerdo de prohibición de entrada es la solicitud de asilo, tal como dispone el artículo 5 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, Reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo.

(36) El caso controvertido versaba sobre la denegación de una inscripción de la sociedad recurrente en el «Registro de Entidades de Inspección y Control Reglamentario» existente en el Departamento de Industria y Comercio del Gobierno vasco para la actuación en materia de seguridad industrial.

Por último, en relación con la prohibición de entrada, hemos de decir que el artículo 67 del Reglamento la califica de «medida de seguridad».

C) *La devolución del extranjero*

Poco podemos decir de esta medida de intervención administrativa. Su regulación a nivel legal se encuentra prevista en el segundo párrafo del artículo 36 LO 7/1985 y se limita a decir que será preciso expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros que, habiendo sido expulsados, contravengan la prohibición de entrada en España, ni para aquellos que hayan entrado ilegalmente en el país (37).

Reglamentariamente, tampoco es muy explícita su regulación. El Real Decreto 155/1996 se limita a sintetizar los dos casos tasados de devolución, que procede:

a) Cuando el extranjero que, habiendo sido expulsado, pretenda entrar en España quebrantando la prohibición de entrada. En este punto, hemos de recordar que toda orden de expulsión conlleva la prohibición de

Los argumentos que llevaron al TSJ del País Vasco a adoptar esa medida cautelar positiva fueron los que siguen (FD 3.º):

«... es sólo sobre la procedencia o improcedencia de adoptar una “medida cautelar positiva” sobre lo que debe decidir esta resolución. Debiendo recordarse, ante todo, que no obstante lo dispuesto en los artículos 122 y ss. de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la adopción de una medida cautelar con tal contenido es posible, e incluso podrá ser obligada, en nuestro Ordenamiento Jurídico, pues el principio de vinculación más fuerte exige dar prioridad al cumplimiento de los mandatos constitucionales, y entre éstos, de modo incluso más acusado, a aquellos que son expresión o reflejo del contenido de derechos fundamentales, como lo es el referido a la obtención de tutela efectiva de los jueces y Tribunales en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos; siendo así que la satisfacción, al final del proceso, de este derecho fundamental, podrá en ocasiones aconsejar, e incluso exigir, la adopción cautelar, durante su desarrollo, de medidas de contenido positivo y no meramente negativo».

Da cuenta de este pronunciamiento y lo comenta GARCÍA DE ENTERRÍA, *Medidas positivas y disociadas en el tiempo: el Auto de 21 de marzo de 1991 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco*, en «REDA», núm. 71, 1991, págs. 377 y ss. También en su libro *La batalla por las medidas cautelares*, Madrid, Civitas, 1995, págs. 223 y ss.

(37) El origen de esta medida se encuentra en la Sentencia del TS de 25 de junio de 1980 (Ar. 3344), en la que el Alto Tribunal, aceptando los considerandos de la sentencia de instancia, entiende que la orden de salida del territorio nacional de un súbdito hindú que había entrado en España quebrantando una prohibición de entrada «no es una expulsión en sentido estricto sino que dicha resolución se limita a decretar la salida de España de un extranjero, condicionada a la comprobación de que efectivamente haya quebrantado la prohibición de entrada, lo que supone el recto lucimiento de una situación de hecho que no entraña “expulsión” por la sencilla razón de que el afectado por la medida no se halla legalmente en el territorio nacional». Así es como nace la denominada devolución de extranjeros.

entrada en nuestro territorio por un período no inferior a tres años (art. 36.1 LO 7/1985).

b) Cuando el extranjero haya entrado ilegalmente en España. Es preciso distinguir aquí este supuesto del del artículo 26.2.a) que da lugar a un expediente de expulsión. Este artículo 26 se refiere a los casos en que el extranjero haya entrado legalmente en España pero, con posterioridad, su situación deviene ilegal al no obtener la prórroga del permiso de estancia o el permiso de residencia.

El acuerdo de devolución, calificado como medida de seguridad —art. 67.1.d) del Reglamento—, se acuerda de plano, es decir, sin necesidad de oír al extranjero. La falta de audiencia viene reconocida por el propio artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pues sólo al extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado se le permitirá exponer las razones que lo asistan. Esta previsión normativa hace, sin duda, que la orden de expulsión se caracterize por su rapidez, su celeridad, lo que justificaría sobradamente la adopción de una medida provisionalísima que dejara en suspenso la resolución pública, especialmente cuando no se dé el supuesto de hecho o la decisión sea manifiestamente arbitraria. Esta reacción jurisdiccional se hace más apremiante si tenemos en cuenta que existe una única causa que permite paralizar la devolución: la solicitud de asilo político (art. 4 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, Reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado).

REFLEXIONES SOBRE LA JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE MEDIDAS PROVISIONALÍSIMAS. EJECUTIVIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y EXTRANJERÍA (*)

Por

JOSÉ LUIS CALVO MIRANDA
Área de Derecho Administrativo
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA EJECUCIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS TRAS LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 78/1996, DE 20 DE MAYO.—III. LAS MEDIDAS CAUTELARES COMO PARTE INTEGRANTE DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA: A) *Los supuestos legitimadores de la tutela cautelar.*—IV. ESPERANDO A LA MEDIDA CAUTELAR. LA POSIBILIDAD DE ADOPTAR MEDIDAS PROVISIONALÍSIMAS O PRECAUTELARES.—V. LAS MEDIDAS PROVISIONALÍSIMAS APLICADAS AL RÉGIMEN DE EXTRANJERÍA. TRES SUPUESTOS CONCRETOS: LA EXPULSIÓN, LA PROHIBICIÓN DE ENTRADA Y LA DEVOLUCIÓN: A) *La expulsión de los extranjeros.* B) *La prohibición de entrada en territorio nacional.* C) *La devolución del extranjero.*

I. INTRODUCCIÓN

El objeto de este trabajo es sintetizar la jurisprudencia dictada en materia de medidas provisionalísimas o precautelares reflexionando sobre los problemas que pudiera presentar, especialmente al hilo de las últimas posiciones del Tribunal Constitucional.

El problema de partida se encuentra en el privilegio de autotutela del que gozan las Administraciones públicas, que les permite imponer al ciudadano los actos administrativos que le afecten. Junto al principio de ejecutividad (obligatoriedad) de las resoluciones administrativas existe la posibilidad de su ejecución forzosa (ejecutoriedad). En relación con este punto, la Sentencia del Tribunal Constitucional 78/1996, de 20 de mayo, ha supuesto un importante avance, pues entiende que la Administración no puede ejecutar sus actos en tanto no se haya dado posibilidad al administrado de someter al órgano jurisdiccional la cuestión de su suspensión (1). De aplicarse correctamente esta interpretación, sería banal hablar de me-

(*) Este trabajo se inserta en el Proyecto de Investigación «Competencias y fines de la ordenación del territorio en el Estado autonómico: urbanismo, medio ambiente y calidad de vida», concedido por el Gobierno de Aragón, de acuerdo con el Decreto 135/1998, de 23 de junio; convocatoria susceptible de ser financiada por el Fondo Social Europeo.

(1) Hemos de recordar que esta sentencia se dictó bajo la vigencia de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956, cuyos artículos 122 y ss. sólo preveían la suspensión de la ejecución del acto o disposición administrativa recurrida como única medida cautelar nominada.

didadas provisionalísimas, tal como viene enunciando la jurisprudencia, pues mientras el Tribunal no hubiera resuelto el incidente de tutela cautelar, no cabría ejecutar el acto. Sin embargo, la realidad manda y, de hecho, la regla general es la inmediata aplicación de las decisiones administrativas, por lo que las medidas precautelares no parecen haber perdido actualidad.

Una de las características principales de este tipo de resoluciones judiciales es su carácter transitorio y asegurador de la eventual medida cautelar que ponga fin al incidente previsto, actualmente, en los artículos 129 y ss. de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Por esta razón, antes de adentrarnos en el estudio de las decisiones jurisprudenciales que adoptan medidas provisionalísimas, es importante recordar los supuestos que legitiman la adopción de medidas cautelares, así como la posibilidad, o no, de acordar medidas distintas a la de suspensión, única prevista para el contencioso en España hasta la reciente Ley 29/1998.

El estudio se completa con una aplicación práctica de la tutela cautelarísima a ciertos aspectos del régimen jurídico de los extranjeros en nuestro país; en concreto, a la expulsión, a la prohibición de entrada y a la devolución. La razón de su elección estriba en la celeridad con la que actúa la Administración en orden a la ejecución de esos actos. Celeridad que requiere a su vez una decisión rápida de los Tribunales de Justicia para evitar que ocasionen al administrado un perjuicio de difícil o imposible reparación, por afectar a sus relaciones familiares o a su actividad profesional.

II. LA EJECUCIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS TRAS LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 78/1996, DE 20 DE MAYO

La Sentencia del TC 78/1996 se plantea si en el seno de un proceso impugnatorio de un acto administrativo, en el tiempo de duración del trámite incidental mediante el cual el juez debe otorgar o denegar la tutela cautelar, la Administración puede ejecutar ese acto o debe esperar a que el órgano jurisdiccional resuelva el incidente cautelar. En otras palabras, en qué situación queda un administrado en el período comprendido desde que un determinado acto administrativo deviene definitivo en vía administrativa hasta que el juez se pronuncia sobre la conveniencia o no de adoptar la medida cautelar de suspensión o incluso otra diversa. A esta cuestión responde la sentencia que comentamos.

La cuestión fáctica versa sobre una sanción que fue ejecutada sin ni siquiera ser firme en vía administrativa. A juicio del Tribunal Constitucional, que el acto sancionador no era firme en el momento de ejecutarse resultaba del hecho de que el plazo de interposición del recurso de reposición no había transcurrido (FJ 4.º). Esta afirmación es importante pues significa que, aun en el caso de que los recursos administrativos sean potestativos, la Administración debería esperar a que transcurrieran los pla-

zos de los mismos para proceder a la ejecución del acto, a pesar de que el administrado optara por acudir directamente a la vía jurisdiccional (2).

Para resolver el caso concreto, el TC hace un repaso a toda su jurisprudencia emitida sobre el artículo 24.1 de la CE (derecho a la tutela judicial efectiva) y la ejecutividad de los actos administrativos. En este sentido, el Alto Tribunal se pronuncia como sigue (FJ 3.º):

«Hemos declarado que “el privilegio de autotutela atribuido a la Administración Pública no es contrario a la Constitución, sino que engarza con el principio de eficacia enunciado en el artículo 103 CE” (STC 22/1984), y la ejecutividad de sus actos en términos generales y abstractos tampoco puede estimarse como incompatible con el artículo 24.1 CE (STC 66/1984 y AATC 458/1988, 930/1988 y 1095/1988) (...)

(...) La ejecución inmediata de un acto administrativo es relevante desde la perspectiva del artículo 24.1 CE, ya que si tiene lugar imposibilitando el acceso a la tutela judicial puede suponer la desaparición o pérdida irreparable de los intereses cuya protección se pretende o incluso prejuzgar irremediablemente la decisión final del proceso causando una real indefensión. En consecuencia, el derecho a la tutela se extiende a la pretensión de suspensión de la ejecución de los actos administrativos que, si formulada en el procedimiento administrativo, debe permitir la impugnación jurisdiccional de su denegación y si se ejercitó en el proceso debe dar lugar en el mismo a la correspondiente revisión específica. “El derecho a la tutela se satisface, pues, facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que éste, con la información y contradicción que resulte menester, resuelva sobre la suspensión” (STC 66/1984). Si, pues, hemos declarado que la tutela se satisface así, es lógico entender que mientras se toma aquella decisión no pueda impedirse, ejecutando el acto, con lo que la Administración se habría convertido en Juez» (la cursiva es nuestra).

La verdadera innovación de la sentencia reside en que la Administración debe abstenerse de ejecutar el acto mientras el órgano jurisdiccional decide sobre la adopción o no de las medidas cautelares solicitadas (3). Además, en contra de lo que se pudiera pensar, el Tribunal Consti-

(2) En sentido opuesto se manifiesta Fernando LÓPEZ RAMÓN, *Límites constitucionales de la autotutela administrativa*, en el núm. 115 de esta REVISTA, 1988, pág. 79, pues afirma: «si los recursos administrativos no fueran una vía obligatoria, la inmediata recurribilidad de las sanciones ante los Tribunales situaría su ejecución bajo el posible control judicial, mediante el incidente de la suspensión, cumpliéndose así el condicionante procedimental de la potestad de autotutela que identifica la última jurisprudencia».

(3) Así parece entenderlo también el profesor E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso de Derecho Administrativo II*, Madrid, Cívitas, 1998, pág. 630, cuando se lamenta de que la nueva

tucional no ciñe su doctrina a una clase concreta de actos administrativos, los sancionadores, sino que expone su doctrina en relación con los actos administrativos en general, cualquiera que sea su objeto (4). En otras palabras, el Tribunal Constitucional exige, para ejecutar un acto administrativo, que: éste sea firme en vía administrativa; que transcurra el plazo para la interposición del recurso contencioso-administrativo que proceda; y, una vez recurrido el acto en vía jurisdiccional, esperar a que el Tribunal se pronuncie sobre la medida cautelar, si es ésta solicitada, pues de no serlo se podrá ejecutar el acto (5).

Estos mismos requisitos se pueden encontrar en algún pronunciamiento aislado del Tribunal Supremo. Así, en su Sentencia de 2 de febrero de 1995 (Ar. 1091), FD 3.º, el Alto Tribunal tuvo ocasión de pronunciarse sobre la necesidad de que la ejecución del acto administrativo, en el caso una resolución sancionadora, quede en suspenso, al menos, «hasta tanto no se someta la cuestión a la decisión de un órgano jurisdiccional y ello por el

LJ no haya recogido una medida cautelar «provisionalísima» que había creado la jurisprudencia anterior, y sancionada expresamente por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de mayo de 1996, que dice así: la petición cautelar, en tanto en cuanto no haya sido resuelta por el juez o Tribunal, impide como regla a la Administración ejecutar el acto cuestionado, pues es lógico entender —dice la sentencia constitucional citada— «que mientras se toma aquella decisión no puede impedirse, ejecutando el acto, con lo cual la Administración se habría convertido en juez».

(4) Así lo entiende José Vicente MOROTE SARRIÓN, *La suspensión de la ejecutividad de los actos administrativos tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 78/1996, de 20 de mayo*, en «REDA», núm. 94, 1997, pág. 313.

Pedro GONZÁLEZ SALINAS, *El retorno de la suspensión de la ejecución de la sanción no firme y la necesidad de resolver sobre la petición de suspensión*, en «REDA», núm. 92, 1996, págs. 649 y 650, también entiende que la Administración debe abstenerse de ejecutar el acto mientras el órgano jurisdiccional decide sobre la adopción de las medidas cautelares solicitadas, si bien limita esta consecuencia a los actos administrativos de naturaleza sancionadora.

(5) Parece entenderlo así Gerardo GARCÍA-ALVAREZ, «El acto administrativo», en el vol. col. dirigido por BERMEJO VERA, *Derecho Administrativo Básico. Parte General*, Zaragoza, Egido, 1998, pág. 288, aunque este autor no examina la STC que nos ocupa sino una anterior en el tiempo, la STC 66/1984, de 22 de junio, en la que el Alto Tribunal declaró la necesidad derivada del artículo 24.1 CE de que el juez pudiera pronunciarse sobre la ejecutividad del acto con carácter previo a la realización de la actividad material de ejecución del acto administrativo. «Esto suponía que, notificado un acto administrativo, si el interesado interpone recurso administrativo ordinario, la Administración debe dejar transcurrir el plazo para su interposición antes de iniciar el procedimiento de ejecución. Si el recurso se interpone en plazo o si desde el principio no cabía recurrir en vía administrativa, la Administración debe dejar transcurrir un nuevo plazo, el necesario para acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa. Y si en la formalización del escrito de interposición del recurso, el administrado solicita la suspensión de la ejecutividad del acto, la Administración deberá aguardarse al correlativo pronunciamiento incidental.»

En igual sentido, J. M. GIMENO FELIÚ, «El control de los Tribunales contencioso-administrativos», en el vol. col. dirigido por BERMEJO VERA, *Derecho Administrativo Básico. Parte General*, Zaragoza, Egido, 1998, pág. 391.

También C. CHINCHILLA MARÍN, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Madrid, Cívitas, 1991, pág. 162, llega a la conclusión de que mientras se tramita un incidente de suspensión la Administración no puede ejecutar el acto administrativo recurrido. Esto significa que la admisión de la solicitud de suspensión, en vía de recurso jurisdiccional, suspende automáticamente la ejecución del acto recurrido hasta que se dicte la resolución que cierre ese incidente cautelar.

juego del artículo 24.1 CE». En el mismo sentido, el Auto de 18 de enero de 1989, aunque sin ceñirse a una clase de actos concretos, mantiene que «... como los Tribunales de Justicia sólo pueden decidir la suspensión después de la necesaria tramitación de un incidente (art. 123 LJ), lo que exige de un cierto tiempo, es evidente que si la Administración ejecuta su acto en el ínterin está violando (y este Tribunal también, si no lo evita) el derecho a la tutela judicial efectiva de la parte actora reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución española» (FD 1.º). Más recientemente, el mismo Tribunal ha estimado vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva cuando la Administración pretende ejecutar un acto administrativo sin dar ocasión al interesado para solicitar su suspensión en sede jurisdiccional (Sentencia de 21 de enero de 1994) (6).

III. LAS MEDIDAS CAUTELARES COMO PARTE INTEGRANTE DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA (7)

En el punto anterior hemos puesto de manifiesto cómo para el Tribunal Constitucional el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva se satisface facilitando que la ejecutividad de los actos administrativos pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que éste, con la información y contradicción que resulte menester, resuelva sobre la suspensión solicitada (por todas, STC 66/1984, FJ 3.º).

El siguiente paso que da el Tribunal es vincular la tutela judicial efectiva a la potestad jurisdiccional de adoptar medidas cautelares pues, como dice en su Sentencia 14/1992, «la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso» (FJ 7.º). Por esta razón, las Sentencias del propio Tribunal Constitucional 115/1987 y 238/1992 declaran inconstitucionales aquellas normas que impedían suspender la ejecutividad de las decisiones administrativas. La última de las Sentencias citadas, 238/1992, de 17 de diciembre, resulta especialmente significativa pues impide que el legislador elimine de manera absoluta la posibilidad de adoptar medidas

(6) Ambos Autos citados por Sanz GANDASEGUI, *¿Medidas provisionálísimas en el proceso contencioso-administrativo? (Comentario a los Autos del Tribunal Supremo de 2 y 19 de noviembre de 1993)*, en el núm. 138 de esta REVISTA, 1995, pág. 184 (nota 2).

(7) Antes de seguir adelante es necesario precisar el concepto de «medida cautelar», sobre todo para contraponerlo al de «medidas provisionales». Las medidas provisionales es una de las principales técnicas que tiene a su disposición la Administración Pública de cara a dar pleno sentido al principio constitucional de eficacia de la actuación pública (art. 103 CE), en cuanto permite dar respuesta rápida a una situación en la que está presente el interés general. Son, pues, instrumentos que adopta la Administración y que suponen una merma de los derechos del ciudadano. Por el contrario, las medidas cautelares se presentan como una garantía del administrado, en cuanto manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, y, por tanto, como una restricción a los privilegios de la Administración. En este sentido, las medidas provisionales vienen previstas en los artículos 72 y 136 de la Ley 30/1992 con la finalidad de asegurar la eficacia de la resolución administrativa que pudiera recaer.

cautelares dirigidas a asegurar la efectividad de la sentencia (FF.JJ. 3.º y 6.º) (8).

Consecuente con la doctrina hasta aquí expuesta, el Alto Tribunal llega a deducir la necesidad de reinterpretar la rigurosidad de la regla de la no suspensión (STC 66/1984), así como los obstáculos insalvables que impidan la justicia cautelar (STC 78/1996), pues podrían dañar el derecho a la tutela judicial efectiva.

A) *Los supuestos legitimadores de la tutela cautelar*

Las causas concretas que legitiman la adopción de una medida cautelar, en vía contencioso-administrativa, son las siguientes:

— Primera. *Cuando la ejecución hubiere de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil.* Es la única prevista en el artículo 122 de la Ley Jurisdiccional (LJ) de 1956 y formulada por la Ley 29/1998 como sigue: «la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso» (art. 130.1).

Como manifiesta GARCÍA DE ENTERRÍA (9), una cierta doctrina jurisprudencial, heredada de la etapa anterior a la Ley Jurisdiccional de 1956, entendía que no cabía la tutela cautelar en los supuestos en que los perjuicios que se causaran fueran susceptibles de ser valorados económicamente, y ello so pretexto de la solvencia económica de los entes públicos (10). Frente a este hecho reacciona la Ley de 1956 manifestando en su Exposición de Motivos que no cabe excluir la dificultad en la reparación del daño que se cause por la circunstancia de que el mismo pueda ser valorado económicamente. Sin embargo, esta inercia de que todo daño puede ser reparado con una indemnización sigue latente en algún pronunciamiento judicial, como, por ejemplo, en el Auto del TS de 10 de julio de 1989 (Ar. 5730), en el que se dice (FD 1.º de la Sentencia apelada, aceptado por el TS):

«... sólo procede la suspensión de la ejecución del acto administrativo recurrido cuando aquélla hubiese de ocasionar

(8) Estudia esta Sentencia Carmen CHINCHILLA MARÍN, *El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales*, en el núm. 113 de esta REVISTA, 1993, págs. 167 y ss.

Una cuestión adicional que trata el Tribunal Constitucional en su pronunciamiento 238/1992 es que las medidas cautelares se pueden adoptar tanto cuando está en juego un derecho fundamental como cuando lo que se ventila en el proceso es una pretensión de las excluidas de la Sección 1.ª del Capítulo II del Título I de la Constitución (FJ 4). Se trata de un tema ya abordado en la anterior Sentencia 14/1992, pues la efectividad de la tutela judicial se predica de cualesquiera derechos o intereses legítimos y reclama la posibilidad de acordar las adecuadas medidas cautelares que aseguren la eficacia real del pronunciamiento futuro que recaiga en el proceso.

(9) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, Madrid, Cívitas, 1997, pág. 579.

(10) Véase a título de ejemplo el Auto del TS de 7 de noviembre de 1984 (Ar. 5522).

daños o perjuicios de difícil o imposible reparación, lo que no sucede en este caso, ya que el hipotético daño... podría compensarse con el abono de una indemnización» (11).

Para que esta causa de suspensión tenga operatividad no puede medirse en términos exclusivamente económicos, sino que ha de verificarse si concurre un peligro de daño jurídico para el derecho cuya protección se pretende, derivado de la pendencia del proceso y del retraso en la emisión del fallo definitivo, tal como dispone el TC en su Sentencia 148/1993, FJ 5.º; es lo que se conoce como *periculum in mora*. En otras palabras, los perjuicios de difícil o imposible reparación se refieren a evitar que la posterior resolución definitiva que pudiera recaer haga perder la finalidad del proceso judicial porque la ejecución del acto recurrido ya se haya consumado. Así lo confirma la redacción del artículo 130 de la nueva Ley Jurisdiccional, antes transcrito, cuando además, tras su paso por el Senado, omite cualquier referencia a los perjuicios de difícil o imposible reparación por entender que esta causa está englobada en el *periculum in mora* (12).

— Segunda. *La impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992.*

Se trata de una causa no prevista en nuestra Ley Jurisdiccional, ni en la de 1956 ni en la Ley 29/1998, pero admitida jurisprudencialmente al amparo del artículo 116 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, hoy artículo 111.2 de la Ley 30/1992. A título de ejemplo cabe citar el Auto del TS de 10 de julio de 1989 (Ar. 5730), que dice así (FD 2.º del TS):

«Ciertamente, esta Sala ha venido declarando reiteradamente —así, Autos de 15 de julio de 1988 (Ar. 6078) y 21 de marzo de 1989 (Ar. 2253)— que aunque el artículo 122.2 de la Ley Jurisdiccional nada señala al respecto, su texto ha de ser completado, en una interpretación sistemática, añadiendo como causa de suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado la prevista en el artículo 116 de la Ley de Procedimiento Administrativo y consistente en la invocación de la nulidad de pleno derecho de la resolución recurrida.»

A juicio de GARCÍA DE ENTERRÍA, esta causa legitimadora de la adopción de medidas cautelares se justifica por sí sola, pues si el fundamento teórico

(11) En el mismo sentido, la Sentencia del TS de 23 de febrero de 1998 (Ar. 1648) sigue esta doctrina y sostiene que «no cabe apreciar que se produzcan los daños y perjuicios a que se refiere el artículo 122 cuando la determinación administrativa impugnada se condensa en una sanción de multa, cuyos efectos dañosos serían fácilmente reparados por la Administración, pues se materializarían en la correspondiente compensación económica».

(12) En efecto, la Cámara Alta suprime la referencia que hacía el texto remitido por el Congreso a los «perjuicios de imposible o difícil reparación» como presupuesto de la tutela cautelar, por entender que «la posibilidad de ocasionar perjuicios no es sino una manifestación más de que el recurso pudiera perder su finalidad legítima» («Boletín Oficial de las Cortes Generales» —Congreso— de 24 de junio de 1998, Serie A, núm. 70).

de la eficacia inmediata de los actos administrativos es una consecuencia de la presunción de validez de que éstos se benefician, ésta no se da, por hipótesis, en los actos nulos de pleno derecho (13).

A pesar de la potencialidad operativa de esta causa, su aplicación en la práctica es reducida pues significaría hacer un juicio sobre el fondo, impropio de la tutela cautelar. En este sentido es significativo el Auto del TS de 15 de julio de 1988 (Ar. 6078), que afirma: «que tal nulidad de pleno derecho como causa de suspensión esté prevista en el artículo 116 de la LPA y no en el artículo 122.2 de la Ley Jurisdiccional no es obstáculo para la ampliación de la expresa dicción de este último precepto. Pero su virtualidad práctica no puede ser mucha: en una pieza separada de suspensión, en la que se trata de adoptar una medida cautelar, no cabe hacer razonamiento sobre los temas de fondo, y el de la nulidad de pleno derecho sin duda lo es. Sólo en aquellos casos en que tal nulidad apareciese como algo ostensible y evidente podría resultar justificada la suspensión basada en aquélla» (FD 6.º) (14).

— Tercera. *La apariencia de buen derecho o «fumus boni iuris».*

Nuevamente nos encontramos ante un supuesto no previsto por la Ley, ni la de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ni la de Procedimiento Administrativo Común. Ha sido igualmente la jurisprudencia la que, a partir del Auto del TS de 20 de diciembre de 1990 (Ar. 10412) (15), ha introducido esta causa legitimadora de la tutela cautelar. El origen de este principio se encuentra en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de julio de 1990, caso *Factortame*, que hace suyo el TS, y que se resume en que «la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para el que tiene razón» (16).

A juicio del TS, este principio general de derecho obliga a impedir los abusos que pueden seguirse del llamado privilegio de autoejecución, impidiendo que pueda el poder público parapetarse en él cuando en un supuesto concreto se advierte *prima facie*, sin que ello suponga prejuzgar el fondo

(13) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, Madrid, Cívitas, 1997, pág. 580.

(14) En el ATS de 24 de enero de 1994 (Ar. 174) se dice que a un somero examen de la validez del acto impugnado es a lo más que puede llegarse en un incidente de suspensión, que veda por su propia naturaleza toda consideración de las nulidades que no se presenten como ostensibles y manifiestas (FD 1.º del TS). En similares términos se pronuncia el ATS de 17 de septiembre de 1996 (Ar. 6445), FD 3.º. Resume muy bien la postura del TS sobre la nulidad de pleno derecho como causa de suspensión el Auto del mismo Tribunal de 15 de enero de 1994 (Ar 244), FD 3.º.

(15) Un comentario a este Auto puede verse en E. GARCÍA DE ENTERRÍA *La batalla por las medidas cautelares*, Madrid, Cívitas, 1995, págs. 167 y ss. También, en «REDA», núm. 69, 1991. A juicio de este mismo autor, el criterio del *fumus boni iuris* es confirmado y ratificado por el Auto del ATS de 17 de enero de 1991; véase al respecto el libro antes citado o su artículo *La consolidación del nuevo criterio jurisprudencial de la «apariencia de buen derecho» para el otorgamiento de medidas cautelares. Silencio administrativo y apariencia de abuso de la ejecutividad*, en «REDA», núm. 70, 1991, págs. 255 y ss.

(16) Entre otros pronunciamientos, puede consultarse el Auto del TS de 29 de marzo de 1996 (Ar. 2486).

del pleito principal, una apariencia de buen derecho. Esta apariencia basta en un proceso cautelar para otorgar la protección provisional solicitada.

Sin embargo, CHINCHILLA MARÍN (17) duda de que exista un derecho fundamental a la tutela cautelar por el solo hecho de tener aparentemente razón, pues, a su juicio, la base determinante de las medidas cautelares es el denominado *periculum in mora*, ya que la finalidad de aquéllas es evitar el peligro que para el derecho puede suponer la existencia misma de un proceso, con la lentitud propia e inevitable del mismo (18).

IV. ESPERANDO A LA MEDIDA CAUTELAR.

LA POSIBILIDAD DE ADOPTAR MEDIDAS PROVISIONALÍSIMAS O PRECAUTELARES

La demora en la tramitación del incidente, que tiene por objeto la adopción de la medida o medidas cautelares pedidas por el demandante, puede hacer perder la finalidad del proceso. En el lapso de tiempo que media entre la interposición del recurso contencioso-administrativo y la resolución de la pieza de tutela cautelar, la Administración puede burlar la eficacia de la eventual medida cautelar que adopte el Tribunal ejecutando el acto recurrido. En puridad, esto no debería ser posible de acuerdo con la doctrina del TC sentada en su Sentencia 78/1996; no obstante, la realidad se impone y la Administración suele ejecutar el acto una vez dictado y notificado. Por esta razón, en muchos casos, la única manera de evitar esta práctica administrativa es impedir que la Administración ejecute el acto, en tanto en cuanto el Tribunal contencioso resuelve el incidente procesal sobre la justicia cautelar. A este tipo de instrumentos se les conoce con el

(17) Carmen CHINCHILLA MARÍN, *El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales*, en el núm. 131 de esta REVISTA, 1993, pág. 173. También en su libro *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Madrid, Civitas, 1991.

(18) Antes de pasar a estudiar las medidas provisionalísimas es importante destacar que el artículo 129 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, permite la adopción de cuantas medidas cautelares aseguren la efectividad de la sentencia, incluso, pues, las de carácter positivo (Exposición de Motivos). Este precepto no hace sino recoger lo que el Tribunal Constitucional había manifestado ya en su Sentencia 148/1989, de 29 de abril, en el sentido de que «la medida cautelar a adoptar en cada caso ha de ser adecuada a su finalidad de garantizar la efectividad de la tutela judicial que en su día se otorgue» (FJ 6.º). A esta misma sentencia se refiere el TS en la suya de 16 de junio de 1997, cuando dice «la regulación de nuestro proceso contencioso-administrativo, cuyas normas han de ser interpretadas a la luz de las exigencias del Texto Constitucional, admite la adopción de medidas distintas a la única nominada en el artículo 122 de la Ley de la Jurisdicción» (FD 4.º). Para un estudio detallado de las medidas cautelares positivas debe consultarse E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La batalla por las medidas cautelares*, Madrid, Civitas, 1995, especialmente págs. 223 y ss.; E. CALVO ROJAS, *Medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo. Medidas provisionalísimas y medidas cautelares positivas. Últimos avances en esta materia y algún exceso*, en «REDA», núm. 83, 1994; R. RIVERO ORTEGA, *Medidas cautelares innominadas en lo contencioso-administrativo (Comentario al Auto del TSJ del País Vasco de 30 de abril de 1997)*, en «REDA», núm. 98, 1998; y, recientemente, Olga HERRÁIZ SERRANO, *El paso firme dado por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en el duro batallar por la tutela cautelar: la aplicación de la técnica francesa del référé-provision (Comentario al Auto de su Sala de lo Contencioso-Administrativo de 26 de febrero de 1998)*, en el núm. 147 de esta REVISTA.

nombre se «medidas provisionalísimas» o «precautelares». Denominación muy significativa pues nos da idea de lo que en realidad son: medidas que tienen un carácter perentorio, de acentuada transitoriedad y previas a las decisiones que pogan fin a la tutela cautelar.

El hito en esta materia lo constituye el Auto del TS de 2 de noviembre de 1993 (19), en el que el Tribunal Supremo, por primera vez, ordena a la Administración demandada la no ejecución del acto recurrido (en el caso, la urgente e inmediata ocupación de unas propiedades privadas, al amparo del artículo 52 LEF, con el objeto de ampliar el aeropuerto Madrid-Barajas) en tanto resuelva el incidente de suspensión (20). A este Auto le sigue otro del mismo Tribunal de 19 de noviembre de 1993, con idéntico objeto y ponente, Peces Morate, por lo que reproduce la doctrina dictada en el anterior (21). Este dato nos facilita la tarea pues basta con que examinemos la primera de las resoluciones dictadas. Vayamos con ello.

El Alto Tribunal emplea un doble argumento para legitimar su decisión:

— *Primero*, apela al derecho fundamental de la tutela judicial efectiva en estos términos: «entre los principios que configuran el significado natural y propio de la jurisdicción destaca el de la efectividad de sus decisiones. Nuestra vigente Constitución lo ha sancionado al declarar, entre los derechos fundamentales, el de obtener la tutela efectiva de los jueces y Tribunales (art. 24 de la Constitución). La potestad jurisdiccional no se agota

(19) Comentan esta resolución, en un tono crítico, Sanz GANDASEGUI, *¿Medidas provisionalísimas en el proceso contencioso-administrativo? (Comentario a los Autos del Tribunal Supremo de 2 y 19 de noviembre de 1993)*, en el núm. 138 de esta REVISTA, 1995; y Antonio CALONGE VELÁZQUEZ, *Primera decisión jurisprudencial sobre medidas cautelares «provisionalísimas». Un paso más en la crisis de la ejecutividad de los actos administrativos*, en «Poder Judicial», núm. 33, 1994.

Un tono más positivo hacia este pronunciamiento se puede ver en José Luis REQUERO IBÁÑEZ, *Las medidas cautelares «provisionalísimas» en el proceso contencioso-administrativo. Comentario al ATS de 2 de noviembre de 1993*, en «Actualidad Jurídica Aranzadi», núm. 132, 1994, págs. 9 a 13; y Eduardo CALVO ROJAS, *Medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo. Medidas provisionalísimas y medidas cautelares positivas. Últimos avances en esta materia y algún exceso*, en «REDA», núm. 83, 1994.

El primero de los autores citados nos da noticia de que la Audiencia Nacional, mediante providencia de 20 de diciembre de 1992, suspendió la ejecución de un acto administrativo de demolición de un edificio en tanto no se resolviera la pieza de suspensión. El propio Tribunal Supremo tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la adopción de una medida precautelar solicitada por el demandante, en su Auto de 22 de marzo de 1990, pero desestimó la petición no porque no pudiera acordarla, sino porque «la procedencia de la aludida suspensión no aparece con la suficiente claridad», es decir, no se encontraba suficientemente justificada.

(20) En realidad, la medida provisionalísima consistente en ordenar a la Administración que «no adopte medida ejecutiva alguna en tanto no recaiga resolución en dicha pieza (de suspensión)» se adopta por Providencia de 16 de septiembre de 1993. Contra la misma se interpone recurso de súplica por el Abogado del Estado, que es resuelto por el Auto de 2 de noviembre de 1993, que va a ser objeto de comentario, en el sentido de confirmar la medida adoptada.

(21) Lo realmente curioso es que, en ambos casos, el trámite de suspensión culmina con la denegación de la medida cautelar solicitada (AATS de 15 de enero —Ar. 224— y de 7 de marzo —Ar. 1664— de 1994).

con la declaración del derecho sino que se consuma en la consecución del derecho declarado, lo que presupone la facultad de adoptar medidas, garantías o cautelas precisas a fin de preservar la eficacia de lo resuelto. De ahí que el TC en su Sentencia 238/1992, de 17 de diciembre, ... declarase con base en la doctrina establecida en sus Sentencias 66/1984, 115/1987 y 14/1992 que "tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguran el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso"» (FD 2.º).

Este argumento le lleva a declarar que «no parece necesario abundar en más razones o argumentos que justifiquen la adopción de medidas o cautelas para salvaguardar el derecho del que promueve el incidente de suspensión... pues, de lo contrario, carecería de significado el proceso incidental de suspensión» (FD 2.º).

— *Segundo*, entiende aplicable el artículo 1428 de la LEC, en virtud de la disposición adicional sexta de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956, que declara a aquella norma supletoria de ésta (22). Para el Tribunal, la LEC recoge un sistema mixto de medidas cautelares, al establecer concretas y singulares junto con otras innominadas, previstas éstas en el artículo 1428 de dicha Ley, que permite al juez adoptar, a instancia del demandante y bajo su responsabilidad, las medidas que fuesen necesarias para asegurar le efectividad de la sentencia que en el juicio recaiga (FD 3.º) (23).

Al constatar el órgano juzgador que la Ley Jurisdiccional no prevé este tipo de medidas, pero «que tampoco las excluye o prohíbe», entiende que lo que se impone, ante la necesidad de dar contenido a la tutela cautelar,

(22) Este Auto va acompañado de un voto particular formulado por tres magistrados que censuran la aplicación supletoria del artículo 1428 de la LEC porque este precepto tiene por objeto la adopción de medidas cautelares respecto a obligaciones de hacer o no hacer, o de entregar cosas determinadas y específicas, obligaciones en las que el deudor y el acreedor son personas privadas, sujetas al Derecho privado. Tales obligaciones no guardan relación con la actividad expropiatoria de la Administración basada en un título de Derecho público, representativa de un interés general y protegida por una potestad de autoejecución (FD 1.º del voto particular).

Tampoco cree posible aplicar el artículo 1428 de la LEC al contencioso-administrativo Francisco SANZ GANDASEGUI, *¿Medidas provisionalísimas en el proceso contencioso-administrativo?* (Comentario a los Autos del Tribunal Supremo de 2 y 19 de noviembre de 1993), en el núm. 138 de esta REVISTA, 1995, págs. 192 y ss., porque la Ley Jurisdiccional configura a la suspensión como la única medida cautelar que los Tribunales pueden acordar para evitar perjuicios irreparables a los recurrentes y tal medida sólo se puede decidir tras la sustanciación del incidente procesal que regulan los artículos 122 y 123 de la LJ. Además, este autor viene a decir que si el legislador hubiera querido introducir en el contencioso-administrativo las medidas provisionalísimas lo hubiera hecho a través de la Ley 19/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, cosa que no hizo.

(23) Igualmente, el Auto del TSJ de Aragón de 10 de abril de 1996, que confirma una medida precautelar adoptada por Auto de 15 de enero, entiende aplicable el artículo 1428 de la LEC porque no existe precepto alguno en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que vede la adopción de medidas provisionalísimas. Véase Javier OIVÁN DEL CACHO, *La adopción de medidas provisionalísimas a un acto de la Confederación Hidrográfica del Ebro* (comentario a los Autos del TSJ de Aragón de 15 de enero y de 10 de abril de 1996), en «RRAAP», núm. 9, 1996, pág. 422.

es acudir al sistema de medidas innominadas admitidas por la LEC, a la que como norma supletoria se remite la Ley de esta Jurisdicción.

A continuación, el TS determina el alcance y requisitos que deben darse en una medida precautelar. En concreto, son los siguientes:

— Carácter garantizador de la eventual medida cautelar, por lo que no cabe acordarla de modo general, sino que «deben concretarse los actos materiales que la Administración ha de llevar a cabo o abstenerse de ejecutar para evitar que se frustre el fin del proceso cautelar» (FD 4.º).

— No son medidas que se adopten de forma automática, sino que el solicitante debe justificar su pretensión y el Tribunal, tras ponderar los intereses en conflicto, acordará o no su procedencia (FD 4.º).

— Debe ser motivada, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 254.1 de la LOPJ y 369 de la LEC.

— Se debe, en principio, oír a la parte contraria, es decir, a la Administración autora. Y digo en principio porque, a juicio del Alto Tribunal, «la contradicción no desaparece por adoptarse una medida cautelar *inaudita parte* cuando la eficacia de la medida así lo exige, siempre que se permita al afectado por ella oponerse a la misma» (FD 6.º). En el presente caso, el Tribunal consideró subsanado el defecto de falta de audiencia a la Administración con la interposición del recurso de súplica.

Esto mismo es lo que ocurrió, tres años más tarde, en el Tribunal Superior de Justicia de Aragón con el Auto de 15 de enero en virtud del cual se dejó en suspenso una resolución de la Confederación Hidrográfica del Ebro, hasta que se resolviera el incidente de suspensión promovido por la actora (24). En este caso, la medida precautelar se adoptó sin audiencia de la Administración «en razón de la urgencia misma del caso». El representante del ente público presentó recurso de súplica, que fue rechazado por posterior Auto de 10 de abril de 1996. En esta segunda resolución judicial el TSJ de Aragón justificó la falta de audiencia no sólo en la posibilidad de recurrir en súplica, sino también en el principio de economía procesal, pues carecería de sentido decretar la nulidad de unas actuaciones procesales para posibilitar una defensa que ya ha sido ejecutada.

Esta práctica judicial de adoptar las medidas provisionalísimas sin oír a la parte demandante se justifica por la urgencia del caso concreto y, además, no podemos negar que el TC en su Sentencia 14/1992, de 10 de febrero, declaró que en la adopción de las medidas cautelares no es forzoso «que se oiga con antelación a quien la sufre (ATC 186/1983)». No obstante, debemos advertir que esta declaración se formuló respecto a la medida cautelar de embargo preventivo que puede acordarse en el proceso civil.

En este punto tampoco se debe pasar por alto que el artículo 135 de la Ley 29/1998 permite, atendidas las circunstancias de especial urgencia que

(24) Comenta esta resolución Javier OLIVÁN DEL CACHO, *La adopción de medidas provisionalísimas a un acto de la Confederación Hidrográfica del Ebro (comentario a los Autos del TSJ de Aragón de 15 de enero y de 10 de abril de 1996)*, en «RArAP», núm. 9, 1996.

concurran en el caso, adoptar las medidas cautelares, que no las provisionalísimas porque no las contempla, «sin oír a la parte contraria».

— La última característica de las medidas provisionalísimas es que no deben ir, necesariamente, acompañadas de una fianza; sólo cuando, a juicio del Tribunal, pudiera resultar algún perjuicio o daño a los intereses públicos o de terceros, tal como dispone el artículo 124 de la Ley Jurisdiccional de 1956 y el artículo 133 de la Ley 29/1998. Esto tiene una justificación muy sencilla; aunque se apele al artículo 1428 de la LEC para adoptar medidas precautelares, las normas supletorias sólo juegan en defecto de normas y principios propios del Derecho Administrativo, por lo que al tener la Ley Jurisdiccional un precepto dedicado a la exigencia de caución, no tiene cabida en la justicia administrativa la regulación que de la fianza hace el artículo 1428 LEC (25).

Siguiendo la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en este Auto comentado, el TSJ de Madrid, en Auto de 24 de febrero de 1995, acordó también una «medida cautelar provisionalísima consistente en dejar en suspenso la ejecución de la resolución sancionadora hasta tanto se resuelva lo procedente sobre la suspensión solicitada» (26).

Por último, respecto de las medidas provisionalísimas o precautelares, sólo el siguiente apunte: existe una ausencia total de regulación en la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Lo más parecido a las mismas son las medidas cautelares que se adopten con anterioridad a la interposición del recurso en los supuestos de vía de hecho o de inactividad de la Administración (art. 136.2). En efecto, el Capítulo II del Título VI lleva por rúbrica «Medidas cautelares» y, en su seno, aunque permite al órgano jurisdiccional adoptar cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia, no incluye, a mi juicio, la tutela precautelar porque con esa expresión lo que legitima es la adopción de medidas distintas de la suspensión, especialmente resoluciones de contenido positivo que obliguen a la Administración a un hacer. Esta conclusión la confirma el hecho de que en el texto de la Ley hay una omisión absoluta de la previsión de los supuestos que dan paso a las medidas precautelares y del procedimiento a seguir (plazo en el que se debe adoptar, la necesidad o no de oír a la Administración, etc.). En consecuencia, y lamentándolo, continuamos huérfanos de una normativa en esta materia (27).

(25) En este sentido se manifiesta E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Nuevas medidas cautelares «positivas»: la imposición por vía cautelar a la Administración de la obligación de continuar un procedimiento, eliminando un obstáculo inicial sin apariencia de buen derecho (Auto de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 14 de octubre de 1991)*, en el núm. 126 de esta REVISTA, 1991, pág. 307.

(26) Da noticia de esta resolución Antonio CALONGE VELÁZQUEZ, *Primera medida cautelar «provisionalísima» en materia de disciplina deportiva: ¿fin de la ejecutividad de las sanciones deportivas?*, en «Revista Española de Derecho Deportivo», núm. 5, 1995.

(27) En la doctrina, se está imponiendo la idea de que las medidas cautelares que se adopten sin oír a la parte contraria, en razón de la urgencia del caso concreto (art. 135), se califican de «medidas cautelares provisionalísimas» (por todos, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo II*, Madrid, Civitas, 1998, pág. 629; y

V. LAS MEDIDAS PROVISIONALÍSIMAS APLICADAS AL RÉGIMEN DE EXTRANJERÍA.
TRES SUPUESTOS CONCRETOS: LA EXPULSIÓN, LA PROHIBICIÓN DE ENTRADA
Y LA DEVOLUCIÓN

Las medidas provisionalísimas tienen su ámbito propio de operatividad en aquellas actuaciones administrativas que se caracterizan por la celeridad; algo ajeno, en general, al funcionamiento normal de los poderes públicos pero que, en materias muy concretas, la brevedad de los plazos juega en contra de los administrados. Uno de estos sectores es el de la extranjería; en concreto, tres son los aspectos que querría destacar: la expulsión del extranjero, la prohibición de entrada y la devolución.

No obstante, antes de entrar en la materia querría manifestar que nos enfrentamos a unas cuestiones especialmente delicadas, donde lo que está en juego no son intereses meramente patrimoniales, sino cuestiones personales y familiares, por un lado, el del extranjero, y de orden público y seguridad nacional, por el otro, lo que impone una modulación de la automatización con la que muchas veces se aplican las normas. O, como dice el Preámbulo de la LO 7/1985, de derechos y libertades de los extranjeros en España, «la ley destaca su preocupación por reconocer a los extranjeros la máxima cuota de derechos y libertades, cuyo ejercicio queda prácticamente equiparado al de los propios ciudadanos españoles que ciertamente sólo ceden ante exigencias de la seguridad pública claramente definidas».

A) *La expulsión de los extranjeros* (28)

La primera idea importante que debemos poner de manifiesto es que, a juicio del TC, la expulsión de un ciudadano extranjero, por parte de la Administración, tiene la naturaleza de sanción administrativa, a los efectos del artículo 25.1 de la CE, porque «supone una limitación de derechos y se basa en la apreciación de la conducta de la persona» (STC 116/1993, de 29 de marzo, FJ 3.º) (29). Consecuentemente con ello, el Tribunal ha estable-

J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*. Tomo II, Madrid, Cívitas, 1998, pág. 2096). Sin embargo, esta terminología no nos debe llevar a engaño; son perfectamente distinguibles las «medidas provisionalísimas», sobre las que se vertebra este trabajo, de las llamadas «medidas cautelares provisionalísimas». Así, mientras que las primeras se adoptan en tanto en cuanto el juez o Tribunal acuerde la tutela cautelar, las segundas son una especie de las medidas cautelares que sólo se distinguen por la urgencia en su adopción. En otras palabras, las primeras tienen como función asegurar la efectividad de las segundas, siendo, por tanto, posible su adopción sucesiva, aunque lo normal será que ante la ausencia de una medida provisionalísima sea necesario adoptar una medida cautelar por la vía de urgencia.

(28) A tenor del artículo 5 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, Reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, la única medida que impide, momentáneamente, la expulsión es la solicitud de asilo.

(29) Personalmente, no estoy de acuerdo con esa calificación pues toda sanción administrativa requiere la comisión de un ilícito administrativo, es decir, de una acción u omisión típica, antijurídica y culpable. En el caso que nos ocupa, la LO 7/1985 no configu-

cido cuatro exigencias para proceder a la expulsión de un sujeto: reserva de ley, prueba de los hechos determinantes, proporcionalidad y garantías de procedimiento. Así lo expuso en su Sentencia 94/1993, de 22 de marzo, en los siguientes términos (FJ 4.º):

«... para ser respetuosa con la libertad de circulación que el artículo 19 de la CE reconoce a los extranjeros que se hallan legalmente en nuestro territorio, la decisión de expulsión o extrañamiento debe fundarse en alguno de los supuestos previstos por la Ley de Extranjería, u otro texto legal de

ra como infracción administrativa los supuestos que den lugar a la expulsión de un extranjero, sino que son causas objetivas que basta con que se den para legitimar la adopción de la orden de abandono del territorio nacional. Esto es así porque la propia Ley regula los ilícitos administrativos en el artículo 25, calificando como tales a todo incumplimiento de las obligaciones impuestas en susodicha Ley. Además, la única sanción que realmente contempla es la de multa de hasta 2.000.000 de pesetas, lo que ocurre es que habrá casos en los que la circunstancia que legitime la expulsión del extranjero constituya también infracción administrativa, por lo que la LO prevé, para esos casos, la imposibilidad de imponer la sanción pecuniaria (art. 27.3). A título de ejemplo: un ciudadano extranjero que no haya obtenido permiso de residencia siendo que su estancia en España supera los tres meses en un período de seis (art. 44 del Reglamento) incurrirá en causa de expulsión, al encontrarse ilegalmente en nuestro país —art. 26.1.a)—; pero, además, comete una infracción administrativa: la de no obtener el permiso de residencia, tal como exige el artículo 13 de la LO 7/1985.

El hecho de que la LO 7/1985 no califique de sanción administrativa la expulsión de un súbdito foráneo no significa que ésta no esté rodeada de garantías. Por lo pronto, esa medida está sujeta al principio de legalidad pues afecta a un derecho fundamental, el de la libre circulación de personas que el artículo 19 de la CE reconoce, también, a los extranjeros (entre otras, SSTC 94/1993, FJ 2.º, y 116/1993, FJ 2.º). Asimismo, significa una restricción de un derecho fundamental, por lo que es necesaria la observancia estricta del principio de proporcionalidad, tal como viene exigiendo reiteradamente el TC; por todas, la reciente Sentencia de 17 de febrero de 1998, FD 8.º. Supone la adopción de un acto administrativo de gravamen que limita los derechos de un ciudadano, por lo que debe ser motivado —art. 54.1.a) de la Ley 30/1992—. En su adopción debe ser oído el afectado, tal como dispone el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, ratificado por España por Instrumento de 13 de abril de 1977 («BOE» de 30 de abril de 1977), y el artículo 30.2 de la LO 7/1985. Además, rige el principio de presunción de inocencia del artículo 24.2, *in fine*, de la CE, pues el TC ha tenido ocasión de considerar que este derecho fundamental «no puede entenderse reducido al estricto campo del enjuiciamiento de conductas presuntamente delictivas, sino que debe entenderse también que preside la adopción de cualquier resolución, tanto administrativa como jurisdiccional, que se base en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación se derive un resultado sancionatorio para las mismas o limitativo de sus derechos» (FJ 2.º); esto significa, sin más, que la Administración deberá probar los hechos determinantes de la expulsión.

Por lo expuesto, parece evidente que calificar de sanción al acto restrictivo de derechos que es la expulsión no conlleva ninguna especial garantía que no esté establecida ya por la legislación, por lo que parece banal calificar de verdadera sanción administrativa una simple medida de intervención.

En cuanto a la jurisprudencia del TS, encontramos la Sentencia de 12 de julio de 1989 (Ar. 5350), que entiende que la expulsión de un súbdito extranjero no es una sanción (FD 2.º); en el mismo sentido, la de 7 de abril de 1997 (Ar. 3097) niega que la expulsión constituya la imposición de una sanción calificándola, simplemente, de «medida administrativa limitativa de derechos». Por contra, la Sentencia de 10 de junio de 1994 (Ar. 5113) considera que el acto de expulsión «es sancionador» y así se desprende de la literalidad de la propia LO 7/1985, cuyo Título VI lleva, precisamente, la rúbrica «Infracciones y sanciones».

igual valor, para adoptar esa grave medida. Asimismo, la conformidad con la ley de la medida de expulsión depende de si concurren realmente los hechos determinantes de la expulsión, que deben quedar acreditados en el procedimiento administrativo o, en caso de contencioso, ante el Tribunal que conozca de él; y también depende de que concurren razones que justifiquen que, en vez de imponer la multa que con carácter general prevé el artículo 27 de la Ley de Extranjería, haya de imponerse la decisión de expulsión, indudablemente más gravosa. Finalmente, deben ser respetados el mínimo esencial de garantías de procedimiento que enuncia el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y los artículos 13, 19 y 24 de la CE, precepto este último que es plenamente aplicable a los extranjeros, como declararon las SSTC 99/1985, FJ 2.º, y 115/1987, FJ 4.º».

Las causas concretas que motivan la expulsión de un súbdito extranjero vienen previstas en el artículo 26 de la LO 7/1985, de 1 de julio, de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, y responden a los siguientes supuestos (30):

a) Encontrarse ilegalmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia o, en su caso, el permiso de residencia, cuando fuere exigible.

Esta causa se completa con el artículo 98.1 del Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, que habla de «no haber obtenido o tener caducados más de tres meses la prórroga de estancia, el permiso de residencia o documentos análogos, siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de los mismos en el plazo previsto». El Reglamento contempla esta causa de expulsión como una infracción administrativa por la que puede imponerse la sanción de expulsión del territorio nacional (art. 99.2 del Reglamento), siendo incompatible con la pena de multa (art. 99.6 del Reglamento). A esta respecto conviene recordar que la LO 7/1985 contempla una tipificación de las infracciones por remisión a los incumplimientos «de las obligaciones impuestas en la propia Ley» (art. 25.1), recogiendo sólo expresamente una serie de acciones u omisiones que en todo caso se consideran ilícitos administrativos (art. 25.2 y 3).

(30) Para un estudio detallado de estas causas puede verse, entre otros, REQUERO IBÁÑEZ, *Extranjería y refugio: Práctica contencioso-administrativa*, Madrid, La Ley-Actualidad, 1997, págs. 75 y ss.; Concha APRELL LASAGABASTER, *Régimen administrativo de los extranjeros en España*, Madrid, Marcial Pons, 1994, págs. 193 y ss.; Pilar GIMENO FELLIÚ, *Expulsión de extranjeros del territorio nacional*, Madrid, Ministerio del Interior, Dirección General de la Política Interior, 1993; y Félix UTRERA CANO, *La expulsión de extranjeros del territorio nacional y su suspensión por la vía del artículo 7 de la Ley 62/1978 (Un análisis jurisprudencial)*, en el núm. 132 de esta REVISTA, 1993.

b) No haber obtenido permiso de trabajo y encontrarse trabajando, aunque cuente con permiso de residencia válido.

Al igual que la causa anterior, ésta viene completada en el artículo 98 del Reglamento de desarrollo, pues no basta con no haber obtenido permiso de trabajo, sino que es suficiente con tenerlo caducado por más de tres meses, siempre que no se hubiere solicitado la renovación en el plazo previsto. Nuevamente, esta causa se contempla en el Reglamento como infracción administrativa que puede dar lugar a la expulsión (art. 99.2).

c) Estar implicado en actividades contrarias al orden público o a la seguridad del Estado o realizar cualquier tipo de actividades contrarias a los intereses españoles o que puedan perjudicar las relaciones de España con otros países.

Este supuesto se matiza en el artículo 98.1 del Reglamento, pues habla de «actividades *gravemente* contrarias al orden público o a la seguridad *interior o exterior*».

Sin embargo, sigue siendo una causa de expulsión muy amplia, que no deja de recordarnos a la prevista en el artículo 29.1 del Decreto 522/1974, sobre Régimen, Permanencia y Expulsión de los Extranjeros, que autorizaba la expulsión del territorio nacional de los foráneos «cuando por su forma de vida, actividades que desarrollen, conducta que observen, antecedentes penales o policiales, relaciones que mantengan u otras causas análogas así resulte procedente». Respecto de este artículo 29.1 el TC, en su Sentencia 116/1993, de 29 de marzo, entendió que no permitía predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen la infracción merecedora de la expulsión del territorio nacional porque «... no sólo no garantiza mínimamente la seguridad de los administrados, sino que infringe directamente el artículo 25.1 de la Constitución al definir las conductas determinantes de la expulsión a través de conceptos que por su amplitud y vaguedad dejan en la más absoluta indefinición los tipos punibles merecedores de tal medida. En efecto, “forma de vida”, “actividades que desarrollen”, “conducta que observen”, “relaciones que mantengan” y “otras análogas” son términos imprecisos, absolutamente indeterminados o indeterminables y omnicomprendivos de todas las conductas imaginables».

No obstante, entiendo que los términos empleados por el artículo 26.c) son objetivables, en cada caso, atendiendo a las circunstancias concretas, si bien su aplicación debe hacerse con mucho cuidado y requerirá un esfuerzo de la Administración en la motivación de la resolución de expulsión.

d) Haber sido condenados, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que sus antecedentes penales hubieran sido cancelados.

Este supuesto es reproducido tal cual por el artículo 98.4 del Reglamento.

e) Incurrir en demora u ocultación dolosa o falsedad grave en la obligación de poner en conocimiento del Ministerio del Interior las circunstancias relativas a su situación, de acuerdo con el artículo 14 de la LO 7/1985.

Respecto a esta causa sólo decir que el Reglamento omite la referencia a la demora en la obligación de poner en conocimiento del Ministerio del Interior las circunstancias relativas a la situación del extranjero (art. 98.5), lo cual no es óbice para su aplicación por estar contemplada en la Ley.

f) Carecer de medios lícitos de vida, ejercer la mendicidad o desarrollar actividades ilegales. (También prevista en el art. 98.6 del Reglamento, en los mismos términos.)

Tramitado el expediente de expulsión, de acuerdo con los artículos 29 y 30 de la LO 7/1985, y dictada la resolución de abandono del territorio nacional, ésta fijará el plazo en el que el extranjero viene obligado a salir de España, plazo que no podrá ser inferior a setenta y dos horas (art. 33 de la LO). Estas previsiones normativas nos llevan a entender que la orden de expulsión se debe cumplir en lapsos de tiempo que resultan ridículos, sobre todo si los comparamos con la tardanza en la resolución de los recursos contencioso-administrativos y aun con el tiempo que supone la tramitación de un incidente de tutela cautelar (la Ley 29/1998 lo fija en quince días hábiles —arts. 131 LJ, 185 LOPJ y 304 LEC—; con la Ley de 1956 este plazo era ampliable a veinte días si la Administración se oponía; en ambos casos, presuponiendo una diligencia máxima del Tribunal y, sobre todo, de las partes). Por este motivo, creo que un ámbito en el que tienen plena operatividad las medidas provisionalísimas es, precisamente, éste: contra la orden de expulsión de un extranjero del territorio español.

Además, el TS viene suspendiendo la orden de expulsión cuando la persona afectada tiene arraigo en España o cuando así lo aconsejan los intereses familiares, sociales o económicos, pues entiende el Tribunal que, en estos casos, la ejecución de una orden de expulsión habría de producir unos perjuicios de difícil reparación, que en parte afectarían a su esfera personal (31). Siendo esto así, y dado que la orden de expulsión ya se habrá ejecutado antes de que se resuelva el expediente de suspensión, resulta necesario adoptar una medida provisionalísima que haga eficaz la medida cautelar que con posterioridad se dicte.

En este sentido, cabe citar tres Autos del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 8 de junio de 1994, de 10 de abril y 30 de noviembre de 1995, que adoptan como medida provisionalísima dejar en suspenso la orden de expulsión del territorio nacional de un súbdito extranjero. Los tres Autos fueron confirmados por Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1996 (Ar. 8909), 9 de diciembre de 1996 (Ar. 8767) y 21 de octubre de 1996 (Ar. 7078) en el sentido de desestimar la pretensión de la Administración por entender que sólo contra los Autos que pongan fin a la pieza separada de suspensión cabe deducir recurso de casación, a tenor del artículo 94.1.b) de la Ley Jurisdiccional de 1956 (32).

(31) Por todas, véase la STS de 19 de septiembre de 1996 (Ar. 6447), FD 7.º.

(32) BORRAJO INIESTA, «La libertad de circulación de los extranjeros en España», en el volumen coordinado por BIGLINO CAMPOS, *Ciudadanía y extranjería: Derecho nacional y De-*

B) *La prohibición de entrada en territorio nacional* (33)

Esta medida de intervención se viene conociendo con la expresión de «rechazo en frontera». Su regulación detallada se contiene en el Reglamento de desarrollo de la LO 7/1985, en concreto en los artículos 39 y 41, si bien su cobertura legal se encuentra en el inciso final del artículo 11.3 de la LO cuando dice que los servicios policiales correspondientes podrán rechazar a quien no reúna los requisitos establecidos para la entrada en territorio español.

Los supuestos concretos de rechazo son los siguientes (art. 39 del Reglamento):

a) Cuando hayan sido expulsados de España y pretendan acceder sin haberse cumplido el tiempo de prohibición de entrada, que no será inferior a tres años, según el artículo 36 de la LO.

b) Cuando se hallen incurso en los supuestos de los párrafos c) (estar implicados en actividades contrarias al orden público o perjudiquen los intereses de España) o d) (haber sido condenados por conducta dolosa por delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año) del artículo 26.1 de la LO.

c) Cuando exista constancia de que ese extranjero es reclamado por las autoridades de otros países por delito común grave.

d) Cuando haya sido objeto de prohibición expresa de entrada en nuestro territorio, por resolución de la Secretaría de Estado de Interior.

e) En los casos en que pueda o tenga prohibida la entrada en España en virtud de Convenios internacionales, salvo que se considere necesario por motivos humanitarios o de interés nacional.

recho comparado, Madrid, McGraw-Hill, 1998, pág. 90, da noticia del Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de enero de 1996 que adoptó una medida provisionalísima en relación con la expulsión de un extranjero del territorio nacional.

(33) Antes de analizar esta institución conviene poner de manifiesto que los no españoles carecen del derecho constitucional a entrar en España. Así, el Auto del TC 55/1996, de 6 de marzo, considera que «el derecho a la libertad personal no conlleva el derecho de entrar en España. Aquel derecho, reconocido por el artículo 17 de la CE, protege a todas las personas sin distinción de nacionalidad. Por el contrario, quienes no son españoles carecen del derecho constitucional a entrar en España (art. 19 CE y STC 94/1993), por lo que sólo pueden ejercerlo en la medida en que cumplan los requisitos establecidos por las leyes...» o por los tratados, añade la STC 94/1993, de 22 de marzo, FJ 3.º.

No obstante, a juicio de BORRAJO INIESTA, «La libertad de circulación de los extranjeros en España», en el volumen coordinado por BIGLINO CAMPOS, *Ciudadanía y extranjería: Derecho nacional y Derecho comparado*, Madrid, McGraw-Hill, 1998, pág. 64, los ciudadanos de otros países que tengan reconocida por tratado o por la ley nacional la entrada en territorio español gozan del derecho constitucional de entrar en nuestro país amparado por el artículo 19 de la CE.

La denegación de entrada se efectuará por resolución motivada que será notificada al extranjero indicando los recursos que contra la misma pudiera interponer (art. 41 del Reglamento) (34).

En el caso de la prohibición de entrada, la celeridad en la ejecución del acto administrativo es todavía muchísimo mayor pues ni siquiera requiere conceder al extranjero un plazo de gracia, sino que basta con impedir su entrada y, por consiguiente, su inmediato regreso al punto de partida (35). Por este motivo, es totalmente justificable que desde estas líneas se abogue por un uso de las medidas provisionalísimas como remedio del retraso de la justicia. Basta el siguiente ejemplo. La STS de 11 de abril de 1995 (Ar. 3172) resuelve un caso de denegación de entrada de una menor que no había podido acreditar, en el momento de su presencia en la frontera, la posesión de medios económicos, ni tampoco el parentesco con su madre, a quien venía a visitar. Pues bien, la denegación se produjo el 23 de noviembre de 1992, mientras que el Tribunal de instancia resuelve en favor de la entrada de la menor con un retraso de más de un año (Sentencia de 16 de febrero de 1994), y eso que la recurrente optó por la vía de la Ley 62/1978. El pronunciamiento de instancia deviene firme con la resolución del TS de 11 de abril de 1995. Como se puede observar, la decisión de la justicia fue escasamente útil.

Es más, las medidas provisionalísimas pueden ir acompañadas, si el caso así lo requiere, de la adopción de medidas cautelares de contenido positivo. Así, por ejemplo, en el caso anterior, el TS anula la resolución de prohibición de entrada porque la policía, «con su actitud intransigente», no dio oportunidad a los perjudicados de probar aquellas circunstancias que hubieran permitido su acceso al territorio español. Siendo esto así, hubiera sido perfectamente posible que el Tribunal *a quo* ordenara a la Administración que permitiera probar lo alegado por el recurrente y, si la actividad probatoria es satisfactoria, permitir su entrada en nuestro país. En ningún caso, creo, esta postura es descabellada pues no es ni más ni menos que lo ordenado por el Auto del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 21 de marzo de 1991: «requerir a la Administración... para que, en el plazo de treinta días hábiles, dicte nueva resolución expresiva: 1.º de los motivos de fondo... determinantes de la denegación acordada; 2.º de la conexión de ellos con el valor seguridad de personas y bienes; y 3.º del carácter subsanable o insubsanable de las deficiencias apreciadas» (36).

(34) Este nuevo modo de proceder de los funcionarios encargados del puesto fronterizo choca con la práctica anterior, en la que la orden de rechazo se efectuaba de forma verbal (véase, a título de ejemplo, el Informe del Defensor del Pueblo del año 1995, págs. 198 a 210).

(35) La única actuación que impide, momentáneamente, el acuerdo de prohibición de entrada es la solicitud de asilo, tal como dispone el artículo 5 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, Reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo.

(36) El caso controvertido versaba sobre la denegación de una inscripción de la sociedad recurrente en el «Registro de Entidades de Inspección y Control Reglamentario» existente en el Departamento de Industria y Comercio del Gobierno vasco para la actuación en materia de seguridad industrial.

Por último, en relación con la prohibición de entrada, hemos de decir que el artículo 67 del Reglamento la califica de «medida de seguridad».

C) *La devolución del extranjero*

Poco podemos decir de esta medida de intervención administrativa. Su regulación a nivel legal se encuentra prevista en el segundo párrafo del artículo 36 LO 7/1985 y se limita a decir que será preciso expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros que, habiendo sido expulsados, contravengan la prohibición de entrada en España, ni para aquellos que hayan entrado ilegalmente en el país (37).

Reglamentariamente, tampoco es muy explícita su regulación. El Real Decreto 155/1996 se limita a sintetizar los dos casos tasados de devolución, que procede:

a) Cuando el extranjero que, habiendo sido expulsado, pretenda entrar en España quebrantando la prohibición de entrada. En este punto, hemos de recordar que toda orden de expulsión conlleva la prohibición de

Los argumentos que llevaron al TSJ del País Vasco a adoptar esa medida cautelar positiva fueron los que siguen (FD 3.º):

«... es sólo sobre la procedencia o improcedencia de adoptar una “medida cautelar positiva” sobre lo que debe decidir esta resolución. Debiendo recordarse, ante todo, que no obstante lo dispuesto en los artículos 122 y ss. de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la adopción de una medida cautelar con tal contenido es posible, e incluso podrá ser obligada, en nuestro Ordenamiento Jurídico, pues el principio de vinculación más fuerte exige dar prioridad al cumplimiento de los mandatos constitucionales, y entre éstos, de modo incluso más acusado, a aquellos que son expresión o reflejo del contenido de derechos fundamentales, como lo es el referido a la obtención de tutela efectiva de los jueces y Tribunales en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos; siendo así que la satisfacción, al final del proceso, de este derecho fundamental, podrá en ocasiones aconsejar, e incluso exigir, la adopción cautelar, durante su desarrollo, de medidas de contenido positivo y no meramente negativo».

Da cuenta de este pronunciamiento y lo comenta GARCÍA DE ENTERRÍA, *Medidas positivas y disociadas en el tiempo: el Auto de 21 de marzo de 1991 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco*, en «REDA», núm. 71, 1991, págs. 377 y ss. También en su libro *La batalla por las medidas cautelares*, Madrid, Civitas, 1995, págs. 223 y ss.

(37) El origen de esta medida se encuentra en la Sentencia del TS de 25 de junio de 1980 (Ar. 3344), en la que el Alto Tribunal, aceptando los considerandos de la sentencia de instancia, entiende que la orden de salida del territorio nacional de un súbdito hindú que había entrado en España quebrantando una prohibición de entrada «no es una expulsión en sentido estricto sino que dicha resolución se limita a decretar la salida de España de un extranjero, condicionada a la comprobación de que efectivamente haya quebrantado la prohibición de entrada, lo que supone el recto cumplimiento de una situación de hecho que no entraña “expulsión” por la sencilla razón de que el afectado por la medida no se halla legalmente en el territorio nacional». Así es como nace la denominada devolución de extranjeros.

entrada en nuestro territorio por un período no inferior a tres años (art. 36.1 LO 7/1985).

b) Cuando el extranjero haya entrado ilegalmente en España. Es preciso distinguir aquí este supuesto del del artículo 26.2.a) que da lugar a un expediente de expulsión. Este artículo 26 se refiere a los casos en que el extranjero haya entrado legalmente en España pero, con posterioridad, su situación deviene ilegal al no obtener la prórroga del permiso de estancia o el permiso de residencia.

El acuerdo de devolución, calificado como medida de seguridad —art. 67.1.d) del Reglamento—, se acuerda de plano, es decir, sin necesidad de oír al extranjero. La falta de audiencia viene reconocida por el propio artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pues sólo al extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado se le permitirá exponer las razones que lo asistan. Esta previsión normativa hace, sin duda, que la orden de expulsión se caracterize por su rapidez, su celeridad, lo que justificaría sobradamente la adopción de una medida provisionalísima que dejara en suspenso la resolución pública, especialmente cuando no se dé el supuesto de hecho o la decisión sea manifiestamente arbitraria. Esta reacción jurisdiccional se hace más apremiante si tenemos en cuenta que existe una única causa que permite paralizar la devolución: la solicitud de asilo político (art. 4 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, Reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado).