

VNIVERSITAT D VALÈNCIA

FACULTAD DE DERECHO.

DOCTORADO EN DERECHO, CIENCIA POLÍTICA Y CRIMINOLOGÍA

Departamento de Derecho Administrativo y Procesal.



**LAS MEDIDAS CAUTELARES. APLICACIÓN EN EL DERECHO DE
EXTRANJERÍA.**

TESIS DOCTORAL

Presentada por:

VLADIMIR E. NÚÑEZ HERRERA

Dirigida por:

Prof. Dr. RICARDO JUAN-SÁNCHEZ.

Prof. Titular de Derecho Procesal

Universidad de Valencia

Valencia, febrero 2020.

**A mis padres,
Como fuente de inspiración
A mis hijos,
Como fuente de esperanza,
A los míos
Como fuente de apoyo incondicional.**

Agradecimientos:

El valor de agradecer, la gratitud: es una de las virtudes más hermosas del ser humano. Es fácil de decir pero no tanto de practicar. Tengo tanto a quienes agradecer que la lista sería larga, corriendo el riesgo involuntario de algún olvido. Vaya por delante agradecer a todos/as los que me han apoyado como guías de sabios y expertos consejos. Gracias por su confianza y por regalarme libertad para aprender, dándome las claves para no errar en la elección de los caminos. Gracias por las mejores de las energías, el amor y el afectuoso apoyo. Sin todos ustedes no habría sido posible.

A mi director Profesor Doctor Ricardo Juan-Sánchez, por sus conocimientos, experiencia, su incentivo y paciencia.

“Una nueva verdad científica no triunfa porque haya vencido a sus oponentes y les haya hecho ver la luz, sino más bien porque sus oponentes mueren finalmente, y una nueva generación crece más familiarizada con ella.”

Max Planck.

Resumen

Las medidas cautelares en el Derecho de Extranjería constituyen una institución jurídica de especial importancia, tanto en el procedimiento administrativo como en la jurisdicción contencioso administrativa. Los presupuestos generales de las mismas en la presente disciplina responden a nuevas circunstancias debidas a la globalización de las migraciones. Europa y nuestro derecho interno no son una excepción. Afrontar esas nuevas circunstancias, teniendo presentes los derechos humanos estipulados en los instrumentos internacionales, así como su reflejo en nuestro derecho regional, supranacional e interno hacen que el diálogo multinivel entre los tribunales sobre dichos derechos y libertades fundamentales influyan y determinen *prima facie* sobre la decisión cautelar a adoptar. El *periculum in mora*, la ponderación de intereses y el *fumus boni iuris* adquieren así un nuevo matiz interpretativo en el derecho interno, como resultado del diálogo. Después de hacer un recorrido por los mitos y realidades de la migración, así como por las características y presupuestos esenciales de las medidas cautelares en los sistemas legales aplicables, este trabajo somete a escrutinio ese nuevo enfoque interpretativo de la institución en estudio, como resultado del *ius migrandi*, de la política de control migratorio, del dialogo multinivel. Igualmente se valora su repercusión en el derecho interno como garantía de la tutela jurídica efectiva

Palabras Claves.

Medidas cautelares, Derecho de Extranjería, Derechos humanos, derechos y libertades fundamentales, *ius migrandi*, diálogo judicial multinivel o diálogo entre tribunales, *periculum in mora*, ponderación de intereses, *fumus boni iuris*, tutela jurídica efectiva.

Abstract

The precautionary measures in the Immigration Law are a legal institution of key relevance, well in the administrative procedure, well in the contentious administrative jurisdiction. The budget of these measures in this discipline respond to the new circumstances originated from the globalization of migratory movements. Europe and its domestic law are not an exception. To face these circumstances, taking into account the human rights stipulated in the international instrument and its impact in the regional, supranational and domestic law provoke that multilevel dialogue between courts about fundamental rights and freedoms influence and determine *prima facie* over the precautionary decision to be adopted. The *periculum in mora*, the weighting of interests and the *fumus boni iuris* acquire a new interpretive nuance in the domestic law as a result of the dialogue. After conducting a survey on the myths and facts of migration as well as for the essential characteristics and budget of the precautionary measures on the applicable legal systems, this work scrutinizes this new interpretive focus of the institution as a result of the *ius migrandi*, the migration control policy and the multilevel dialogue. In the same way, its impact on domestic law as an assurance of the effective legal guardianship is assessed.

Key words

Precautionary measures, Immigration Law, human rights, fundamental rights and freedoms, *ius migrandi*, multilevel legal dialogue or dialogue between courts, *periculum in mora*, weighting of interests, *fumus boni iuris*, effective legal guardianship.

ÍNDICE.....	1
SIGLAS, ABREVIATURAS.....	13
ESTADO DE LA CUESTIÓN.....	17
INTRODUCCIÓN.....	29

PRIMERA PARTE.

RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS EXTRANJEROS RESPECTO A LAS MEDIDAS CAUTELARES. CONFIGURACION INTERNACIONAL, REGIONAL Y NACIONAL.....	51
---	-----------

CAPITULO- I. Configuración Internacional.....	51
--	-----------

1.1- Consideraciones previas.....	51
-----------------------------------	----

1.2- Configuración Internacional de los Derechos Humanos.....	58
---	----

1.2-1-Referencia a los Instrumentos Internacionales ONU.....	63
--	----

1.2.1.a)- La Carta de las Naciones Unidas. La DUDH.....	64
---	----

1.2.1.b)- Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.....	66
--	----

1.2.1.c)- Pacto Internacional de los Derechos Económico Sociales y Culturales...69	
--	--

1.2.1.d)- Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.....	73
--	----

1.2.1.e)- Convención Internacional Sobre la Protección de los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.....	75
---	----

1.3- Conclusiones parciales.....	78
----------------------------------	----

CAPITULO- II. Configuración Regional. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos. Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Carta Social Europea. Comité Europeo de Derechos Sociales.....	79
--	-----------

2.1- Consideraciones previas.....	79
-----------------------------------	----

2.2- Sistema Regional Interamericano de Derechos Humanos. Convención Americana sobre Derechos Humano. La Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	80
---	----

2.2-1- La Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	80
--	----

2.2-2- La Comisión Interamericana de Derechos Humanos.....	81
--	----

2.2-3- La Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	84
---	----

2.2.4- Conclusiones parciales.....	90
------------------------------------	----

2.3- Sistema Regional Europeo. Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Carta Social Europea. Comité Europeo de Derechos Sociales.....	91
--	----

2.3-1- Consideraciones previas.....	91
-------------------------------------	----

2.3.2- Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Protocolos adicionales al Convenio. Su interpretación jurisprudencial.....	96
2-3-2.a)- Consideraciones previas.....	96
2-3-2.b)- El art. 2 y 3 vida, protección contra la tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes.....	101
2-3-2.c)- El art. 5 detención. Obligaciones positivas.....	103
2-3-2.d)- El art. 6.1 proceso equitativo/debido proceso, circunstancias invalidantes y <i>fumus boni iuris</i>	105
2-3-2.e)- El art. 8 vida privada y familiar. Sus límites, la dignidad humana. Proporcionalidad/razonabilidad de intereses. Obligaciones positivas..	110
2-3-2.f)- El art. 13 recurso efectivo, suspensivo, suspensivo automático.....	123
2-3-2.g)- La salud humana y su interrelación con los art. 2, 3, 6, 8 y 13 CEDH. Obligaciones positivas.....	131
2-3-2.h)- El Protocolo nº 4 y el Protocolo nº 7 del CEDH.....	134
2.3.2-i)- Conclusiones parciales.....	136
2.3.3- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Su jurisprudencia y la adopción de las Medidas Cautelares.....	139
2.3.3.a)- Consideraciones previas.....	140
2.3.3.b)- Requisitos generales: solicitud medidas cautelares art. 39 del RTEDH.	142
2.3.3.c)- Presupuestos de las medidas cautelares del art. 39 del RTED.....	145
2.3.3.d)-Conclusiones parciales.....	147
2.3.4.- La Carta Social Europea. Comité Europeo de Derechos Sociales.....	149
2.3.4.a)- Consideraciones previas.....	149
2.3.4.b)- Los derechos económicos sociales. Su control de convencionalidad aplicado a las medidas cautelares, <i>fumus boni iuris</i>	152
2.3.4.c)- Conclusiones parciales.....	155
CAPITULO- III. Configuración Supranacional. Derecho de la Unión Europea. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Adopción de las Medidas Cautelares.....	155
3.1- Consideraciones previas.....	155
3.2- La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Análisis artículos determinantes en la solicitud y adopción de medidas cautelares.....	166
3.2.1- El art. 1 dignidad. El art. 6 libertad y seguridad. El art. 20 igualdad. El art. 45 derecho circular y residir libremente. Limitaciones. Efectos suspensivos...	170
3.2.2- El art. 41 derecho a una buena administración. Debido proceso.....	174
3.2.3- El art. 46 protección diplomática y consular.....	177

3.2.4- El art. 47 tutela judicial efectiva. Recurso suspensivo y recurso suspensivo automático.....	178
3.2.5- Conclusiones parciales.....	184
3.3- El Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Medidas Provisionales.....	186
3.3.1- Consideraciones previas.....	186
3.3.2- La tutela cautelar y la cuestión prejudicial.....	188
3.3.3- La medidas provisionales ante el TJUE.....	191
3.3.3.1- Consideraciones previas.....	191
3.3.3.2- Presupuestos o requisitos la apariencia de buen derecho o <i>fumus boni iuris</i> y <i>periculum in mora</i>	196
3.3.3.3- Las medidas provisionales positivas en el TJUE.....	197
3.4- Conclusiones parciales.....	198
CAPITULO-IV. Configuración Nacional. Constitución Española. Adopción de las medidas cautelares.....	202
4.1- Consideraciones previas.....	202
4.2- Algunos derechos y libertades públicas fundamentales. Su interpretación en relación con las medidas cautelares.....	213
4.2-1- Consideraciones previas.....	213
4.2-2- El art. 14 CE. La igualdad. Ciudadanos UE y los extranjeros de terceros Estados.....	214
4.2-3- El art. 17 CE. Derecho a la libertad.....	216
4.2-4- El art. 18 CE en su vertiente intimidad personal y familiar y art. 19 CE, residencia y circular por el territorio nacional.....	217
4.2-4.a)- El art. 18.4 CE. Protección de datos.....	223
4.2-4.b)- El art. 19 CE libertad de circulación de los extranjeros en el territorio nacional.....	226
4.3- El art. 24 CE tutela judicial efectiva. La tutela cautelar.....	227
4.4- Conclusiones parciales.....	241
CAPITULO-V. Constitucionalismo multinivel. Control multinivel de constitucionalidad y convencionalidad. Repercusión sobre las medidas cautelares en el Derecho de extranjería.....	242
5.1- Consideraciones previas.....	242
5.2- Repercusión del control multinivel, constitucionalidad y convencionalidad.....	243
5.2.1-Constitucionalismo multinivel efectividad y eficacia en el recurso cautelar.....	248
5.3- Conclusiones parciales.....	252

CAPITULO- VI.- Aproximación a una teoría general y definición conceptual de las medidas cautelares en el Derecho de Extranjería.....	253
6.1- Consideraciones previas.....	253
6.2-Teoría general cautelar para las medidas cautelares Derecho de Extranjería.....	257
6.2-1- Consideraciones previas.....	257
6.2-2-Verificación <i>prima facie</i> : pérdida de la finalidad legítima del recurso o la eficacia, efectividad de la resolución.....	261
6.2-2.a)- Verificación <i>prima facie</i> : fase jurisdiccional.....	262
6.2-2.b)- Verificación <i>prima facie</i> : fase administrativa.....	270
6.2-3- El <i>periculum in mora</i>	270
6.2-4- El <i>fumus boni iuris</i>	273
6.2-5- Proporcionalidad/razonabilidad de intereses.....	278
6.2-5.a)- Consideraciones previas.....	278
6.2-5.b)- Determinación del interés general. Obligaciones positivas.....	280
6.2-5.c)- Los intereses particulares o privados del interesado.....	284
6.2-5.d)- Los intereses de terceros interesados.....	285
6.2-5.e)- Determinación, valoración de los perjuicios o daños irreversibles....	286
6.2-6- Las medidas cautelares positivas. Su fundamentación.....	289
6.2-7- La prueba para los presupuestos anteriores.....	295
6.3- Conclusiones parciales.....	296
6.4- Aproximación a una definición teórico conceptual de medidas cautelares en el Derecho de Extranjería.....	303
6.4-1- Cuestiones previas.....	303
6.4-2- Concepto teórico medidas cautelares en el Derecho de Extranjería.....	304

SEGUNDA PARTE.

LAS MEDIDAS PROVISIONALES O CAUTELARES ADMINISTRATIVAS EN EL DERECHO EXTRANJERÍA. PROCEDIMIENTOS DE ADOPCIÓN/ SUSPENSIÓN. DERECHOS FUNDAMENTALES.....305

CAPITULO-I.-Derecho administrativo Actual. Retos al Derecho de Extranjería. Su aplicación a las medidas cautelares en procedimiento administrativo.....305

1.1. Consideraciones previas.....	305
1.2 La buena administración como derecho fundamental.....	312
1.2-1- Consideraciones previas.....	313
1.2-2- Su configuración y naturaleza jurídica en el Derecho de Extranjería como elemento conformador de los presupuestos de las medidas cautelares.....	314

1.2-2-a)-La naturaleza jurídica de los actos.....	315
1.2-2-b)-La naturaleza jurídica de la discrecionalidad/arbitrariedad. Conceptos jurídicos indeterminados.....	317
1.2-2-c)-La naturaleza jurídica ejecutividad/suspensión, medidas cautelares...	320
1.2-3- Conclusiones parciales.....	323
1.3. Interés general. Obligaciones positivas.....	324
1.3-1- Consideraciones previas.....	324
1.3-2- Su configuración y naturaleza jurídica en el Derecho de Extranjería como elemento conformador de los presupuestos de las medidas cautelares. Aproximación a su configuración según la LOEX.....	327
1.3-2.a)- Aproximación a su configuración según la LOEX.....	329
1.3-2.a-1)-Configuración de los intereses generales según la LOEX.....	331
1.3-2.a-2)-Configuración de los intereses individuales según la LOEX.....	332
1.3-2.a-3)- Identidad de ambas configuraciones.....	333
1.3-3- Conclusiones parciales.....	334
1.4 Legitimación.....	335
1.4-1- Consideraciones previas.....	335
1.4-2- Su configuración y naturaleza jurídica.....	336
1.4-2.a)- Asociaciones.....	339
1.4-2.b)- Ministerio Fiscal.....	339
1.4-2.c)- Especial referencia a los Menores no acompañados.....	339
1.4-2.d)- Especial referencia a los terceros interesados.....	342
1.4-2.e)- Especial referencia a los extranjeros privados de libertad.....	343
1.4-3- Conclusiones parciales.....	344
CAPITULO-II.- Las medidas provisionales o cautelares. Suspensión de la ejecución de los actos impugnados en vía administrativa en el Derecho Extranjería. Régimen General y Régimen de Ciudadanos de la Unión y sus familiares.....	345
2.1- Consideraciones previas.....	345
2.2.- El art. 56 de la Ley 39/15. Medidas provisionales. Art. 61 LOEX.....	348
2.2.1- Especial referencia al art. 90.3 Ley 39/15. Su determinación en la suspensión de los procedimientos sancionadores de extranjería.....	350
2.2.2- Conclusiones parciales.....	352
2.3- La Suspensión en el Régimen General de Extranjería.	353
2.3.1- Consideraciones previas.....	353
2.3.2-Suspensiones de actos administrativos: sancionadores, prohibición entrada, denegación entrada, devolución, retornos coactivos en frontera y de otros actos administrativos de gravamen.....	355

2.3.2.a)- Consideraciones previas.....	355
2.3.2.b)- Especificidades en cuanto a la suspensión y medidas cautelares en los procedimientos sancionadores ordinarios y preferentes de expulsión: de acuerdo con el tipo de infracción y sanción.....	359
2.3.2.b)-1- La suspensión del apartado 5 del art. 57 LOEX.....	361
2.3.2.b)-2- La suspensión del apartado 6 del art. 57 LOEX.....	363
b- 2-1- Principio de no devolución.....	365
b- 2-2- Mujeres embarazadas y Personas enfermas.....	367
b- 2-2- a)- Consideraciones previas.....	367
b- 2-2- b)- Mujeres embarazadas.....	368
b- 2-2- c)- Personas enfermas.....	369
b- 2-3- Conclusiones parciales.....	371
2.3.2. b- 3)- La suspensión del apartado 10 del art. 57 LOEX.....	372
2.3.2. b- 4)- La suspensión del apartado 2 del art. 246 ROLEX.....	373
2.3.2.b-5)- Especificidades en cuanto a la suspensión y medidas cautelares en los procedimientos sancionadores ordinarios y preferentes de multa; de acuerdo con el tipo de infracción y sanción.....	375
2.3.2.c)- Conclusiones parciales.....	375
2.3.2.d)- Especificidades en cuanto a la suspensión y medidas cautelares relativas a la prohibición entrada, denegación entrada, devolución, retornos coactivos en frontera.....	376
2.3.2.d)-1- Consideraciones previas.....	376
2.3.2.d)-2- Prohibición entrada. Denegación entrada.....	378
2.3.2.d)-3-Devoluciones. Principio no devolución. Mujeres embarazadas. Personas enfermas.....	380
2.3.2.d)-3-a- Consideraciones previas.....	380
2.3.2.d)-3-b- Protección internacional. Mujeres embarazadas. Personas enferma.....	382
2.3.2.d)-3-c- Retornos coactivos en frontera. Régimen especial de Ceuta y Melilla.....	382
2.3.2.d)-4- Conclusiones parciales.....	386
2.3.2.e)- Suspensión de otros administrativos de gravamen que se generan en los procedimientos de extranjería.....	387
2.3.3- Conclusiones parciales Suspensión Régimen General de Extranjería.....	387
2.4- La Suspensión en el Régimen Ciudadanos de la Unión y sus familiares.....	389
2.4.1- Consideraciones previas.....	389
2.4.2- La suspensión en la Directiva 2004/38/CE.....	390

2.4.2.a)- Conceptos utilizados.....	390
2.4.2.b)- Suspensión procedimientos sancionadores. Expulsiones.....	396
2.4.2.c)- Suspensión Prohibición entrada.....	398
2.4.2.d)- Suspensión de otros procedimientos sancionadores. Carga social, Salud y abuso de derecho.....	399
2.4.3- Conclusiones parciales.....	400
2.4.4- Suspensiones de actos administrativos en el derecho interno RD 240/07. Procedimientos respecto a Ciudadanos de la Unión y sus familiares. Especificidades en cuanto a la suspensión y medidas cautelares en los procedimientos sancionadores ordinarios y preferentes, expulsión y multa de acuerdo con el tipo de infracción y sanción.....	401
2.4.4.a)- Consideraciones previas.....	401
2.4.4.b)- Procedimientos Sancionadores para Ciudadanos de la Unión y sus familiares. Procedimientos ordinarios y preferentes. Sanciones de expulsión y multas.....	406
2.4.4.b)-1- Consideraciones previas.....	406
2.4.4.b)-2- Suspensión de impedir la entrada.....	407
2.4.4.b)-3- Suspensión de denegación anotación RCE o expedición o renovación de las tarjetas de residencia.....	408
2.4.4.b)-4-Suspensión Procedimientos sancionadores ordinarios y preferentes. Expulsión.....	409
2.4.4.b)-4-1- Art. 57.2 LOEX. Efectos del mismo sobre los Ciudadanos de la Unión y sus familiares.....	412
2.4.4.b)-5- Suspensión Procedimientos sancionadores de multa.....	413
2.4.4.b)-6-Suspensión Procedimientos sancionadores respecto a enfermedades con potencial epidémico.....	415
2.4.4.b)-7-Suspensión Procedimientos sancionadores ordinarios especial referencia a la asistencia social y la búsqueda activa de empleo...	416
2.4.4.c)- Internamiento en el CIE de los ciudadanos de la Unión y sus familiares	417
2.4.5- Conclusiones parciales.....	417
CAPITULO-III.- Las medidas cautelares procedimiento administrativo extranjería. Art. 61 de la LOEX.....	419
3.1- Consideraciones previas.....	419
3.2- El art. 61 de la LOEX. Naturaleza jurídica.....	420
3.2-1-Clasificación de las medidas cautelares del art. 61 de la LOEX.....	423
3.2.1.a)- Presentación periódica ante las autoridades competentes.....	425
3.2.1.b)- Residencia obligatoria en determinado lugar.....	426

3.2.1.c)- Retirada del pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad, previa entrega al interesado del resguardo acreditativo de tal medida.....	427
3.2.1.d)- Detención cautelar autoridad gubernativa o sus agentes. Internamiento....	431
3.2.1.d)-1- Consideraciones previas.....	431
3.2.1.d)-2- Detención cautelar.....	434
3.2.1.d)-3- Internamiento preventivo, previa autorización judicial en CIE.....	437
3.2.1.f)- Cualquier otra medida cautelar que el juez estime adecuada y suficiente...	447
3.2.1.f)-1- Medida de limitación/restricción de libertad de circulación. Prohibición de la salida de España.....	448
3.2.1.f)-1-a- Consideraciones previas.....	448
3.2.1.f)-1-b-Ordenación y tipo de procedimiento. Legitimados.....	449
3.2.1.f)-1-c- Prohibición de salida por razones de seguridad nacional.....	450
3.2.1.f)-1-d- Prohibición de salida por razones de salud pública.....	451
3.2.1.f)-1-d-1- Consideraciones previas.....	451
3.2.1.f)-1-d-2-Ordenación y tipo de procedimiento. Legitimados.....	454
3.2.1.f)-1-d-3- Internamiento no voluntario por razón de enfermedad contagiosa.....	454
3.2.1.f)-1-d-4-Internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico.....	458
3.2.1.f)-2-Prohibición de salida de ciudadanos de la Unión y sus familiares....	460
3.2.1.f)-3- Medidas de anotación preventiva de recursos administrativos o medidas cautelares en el Registro Central de Extranjeros.....	460
3.2.1.f)-3-a- Consideraciones previas.....	460
3.2.1.f)-3-b-Anotación preventiva recursos administrativos o de cualquiera de las medidas cautelares adoptadas.....	465
3.3- Medidas cautelares a los transportistas. Tipos.	468
3.3.a)- Consideraciones previas.....	468
3.3.b)- Naturaleza jurídica.....	468
3.3.c)- Determinación del control y obligaciones de los transportistas.....	471
3.3.d)- Tipos de medidas.....	474
3.4.- Especificidades en cuanto a la suspensión y medidas cautelares en los procedimientos sancionadores ordinarios de multa. de acuerdo con el tipo de infracción y sanción.....	474
3.5- Conclusiones parciales.....	475

TERCERA PARTE

LA TUTELA CAUTELAR JUDICIAL EN PROCESOS DEL DERECHO EXTRANJERÍA. SOLICITUD/ADOPCIÓN. DERECHOS FUNDAMENTALES.

CAPITULO I- Los presupuestos de las medidas cautelares en la tutela cautelar judicial en asuntos sometidos al Derecho Extranjería.....479

- 1.1- Consideraciones previas.....479
- 1.2- La vigente regulación de las medidas cautelares en el contencioso administrativo.....483
- 1.3- Presupuestos generales de las medidas cautelares. Su interpretación y aplicación en las medidas cautelares en el Derecho de Extranjería.....491
 - 1.3.1- Consideraciones previas.....491
 - 1.3.2- El *periculum in mora*. La finalidad legítima del recurso.....495
 - 1.3.2-1- Operación jurídica determinación *prima facie* previsibilidad del peligro, daños y consecuencias.....496
 - 1.3.2-2- Operación jurídica determinación *prima facie* si la medida cautelar puede perjudicar gravemente el interés general o de tercero.....498
 - 1.3.2-3- La finalidad legítima del recurso, no siempre es motivo suficiente para la medida.....500
 - 1.3.3- El *fumus boni iuris*.....502
 - 1.3.4- Los intereses generales y de terceros, intereses individuales. Obligaciones positivas. Proporcionalidad, razonabilidad de intereses. Daños irreparables irreversibles..... 507
- 1.4- Conclusiones parciales.....512

CAPITULO II- Legitimación.....515

- 2.1- Consideraciones previas.....515
- 2.2- Su configuración y Naturaleza jurídica.....517
 - 2.2-a)- Capacidad procesal (art. 18 LJCA)..... 517
 - 2.2-b)- Legitimación (art. 19 LJCA)..... 517
 - 2.2-c)- Interés legítimo.....519
- 2.3- Asociaciones.....520
- 2.4- Ministerio Fiscal..... 523
- 2.5- Menores y MENAS. Accesibilidad al recurso cautelar.....524
 - 2.5.1- Conformación de la capacidad. Defensor judicial.....524
 - 2.5.2.- Conflicto de intereses (repatriación, devolución, determinación de la edad). Aproximación conformadora de solución. Suspensión automática.....525
 - 2.5.2. a)- Nombramiento defensor judicial.....526
 - 2.5.2. b)- La suspensión automática del procedimiento.....527

2.5.2. c)- Solución con el derecho interno actual.....	528
2.6. Terceros interesados.....	530
2.7. Extranjeros privados de libertad. Accesibilidad al recurso cautelar.....	532
2.8. Conclusiones parciales.....	533
CAPITULO III.- Cauce procesal cautelar, adopción. La caución. Modificación, levantamiento. Nuevas circunstancias. Las cautelarísimas. Vías de hecho. Las medidas cautelares positivas. Inscripción de demanda en Registro Central de extranjeros.....	535
3.3.1- Consideraciones previas.....	535
3.3.2- El cauce procesal para la adopción de las medidas cautelares en el Derecho de extranjería. El incidente cautelar.....	539
3.3.3- La caución en las medidas cautelares de extranjería.....	540
3.3.3-a)- Consideraciones previas.....	540
3.3.3-b)- La caución en las medidas cautelares de extranjería.....	542
3.3.3-b-1)- Formas de caución según tipo de actos y medidas.....	544
3.3.3-b-1-a)- Cauciones ante medidas cautelares personales.....	545
3.3.3-b-1-b)- Cauciones ante medidas cautelares personas jurídicas.....	545
3.3.4.- Modificación. Revocación. Nuevas circunstancias.....	546
3.3.5- Cautelarísimas. Procedimiento. Interpretación y aplicación en las medidas en el derecho de extranjería.....	550
3.3.5.1- Consideraciones previas.....	550
3.3.5.2- Definición de la especial urgencia. Naturaleza jurídica.....	557
3.3.5.3- Medidas de Agilización Procesal, art. 135.2.....	563
3.3.5.3-a)- Consideraciones previas.....	563
3.3.5.3-b)- Limitación legislativa.....	566
3.3.5.3-c)- Limitación de acceso al recurso art. 135.1-a) y b).....	568
3.3.5.3-c)-1- Limitación del art. 135.2 respecto al art. 135.1-a).....	569
3.3.5.3-c)-2- Limitación del art. 135.2 respecto al art. 135.1-b).....	571
3.3.5.4- Servicio de Guardia. Juzgados de instrucción y contencioso-administrativo. Reglamento 1/05 CGPJ. Acuerdo de 2007. Su vigente legalidad.....	574
3.3.5.4- a)- Consideraciones previas.....	574
3.3.5.4-b)-La accesibilidad admisibilidad del recurso cautelar. Medida cautelarísima. Su control de constitucionalidad y convencionalidad. Arbitrariedad, irrazonabilidad, error patente. Determinación de la imputabilidad de la pérdida del recurso.....	576
3.3.5.4-b)-1-Determinación de la competencia. Domicilio. Órgano autor del acto originario impugnado.....	579

3.3.5.4-b)-2- Domicilio y la regla Segunda del art. 14.1 LJCA. Los CIE y los lugares de detención.....	582
3.3.5.4-b)-3- Órgano autor del acto originario impugnado.....	588
3.3.5.4-c)- Levantamiento o modificación de la medida cautelarísima. Levantamiento medida cautelar internamiento. Juzgados de instrucción o contencioso-administrativo. Imparcialidad objetiva.....	590
3.3.5.4-c)-1- Aproximación a una solución.....	591
3.3.5.4-c)-2- Imparcialidad objetiva. Acumulación funciones enjuiciamiento o conocimiento previo del asunto.....	593
3.3.5.4-c)-2-a)- Acumulación entre las funciones instructoras y de enjuiciamiento o conocimiento previo del asunto.....	594
3.3.5.4-c)-2-b)- Acumulación funciones enjuiciamiento o conocimiento previo del asunto del contencioso-administrativo.....	595
3.3.6.- Inactividad/Vía de hecho.....	596
3.3.6-1- Consideraciones previas.....	596
3.3.6-2- Singularidad o especialidad de la medida en el Derecho Extranjería.....	598
3.3.6-2-a)- Presupuestos y características.....	601
3.3.7- Las medidas cautelares positivas.....	604
3.3.7-1- Consideraciones previas.....	604
3.3.7-2- Presupuestos y características. Aproximación reinterpretativa.....	607
3.3.8- Medida cautelar de anotación preventiva de demanda o medidas cautelares en Registro Central de extranjeros y Registro de Menores Extranjeros No Acompañados.....	613
3.3.8-1- Consideraciones previas.....	613
3.3.8-2- Soporte normativo.....	615
3.3.8-3- Presupuestos y características de la medida.....	617
3.3.9- Conclusiones parciales.....	620
CAPITULO IV.- Prueba.....	627
CAPITULO V.- Ejecución de las medidas cautelares.....	631
5.1- Consideraciones previas.....	635
5.2- Ejecución del Auto de medida cautelar. Su ejecución provisional.....	636
5.2-a)- La ejecución de la medida cautelar de acuerdo con el art. 134.1 LJCA.....	638
5.2-b)- La no ejecución de medida cautelar de acuerdo con el art. 134.1 LJCA....	638
5.2-c)- La ejecución provisional de la medida cautelar ante recurso apelación....	639
5.3- Vigencia de la medida cautelar una vez dictada la sentencia.....	640
5.4- Existencia de cuestión prejudicial administrativa heterogénea/homogénea.....	646
5.5- Conclusiones parciales.....	648

CAPITULO VI.- Recursos.....	651
6.1- Consideraciones previas.....	652
6.2- Recurso Apelación.....	654
6.3- Recurso Casación.....	657
6.4- Recurso frente a los autos de las medidas cautelarisimas.....	662
6.5- Conclusiones parciales.....	666
CONCLUSIONES GENERALES.....	670
RECOMENDACIONES.....	676
BIBLIOGRAFÍA.....	678
JURISPRUDENCIA.....	740

INDICE ABREVIATURA.

ACNUR	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.
AGOEA	Asamblea General Organización de Estados Americanos.
AGONU	Asamblea General de las Naciones Unidas.
AJCA	Auto Juzgado Contencioso Administrativo.
AJI	Auto Juzgado Instrucción.
AN	Audiencia Nacional.
Art.	Artículo.
ATC	Auto del Tribunal Constitucional.
ATJUE	Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
ATPI	Auto del Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea.
ATS	Auto del Tribunal Supremo.
ATSJ	Auto del Tribunal Superior de Justicia.
BOE	Boletín Oficial del Estado.
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos.
CSE	Carta Social Europea.
CC	Código Civil.
CCAA	Comunidades Autónomas.
CDESCONU	Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales Naciones Unidas.
CDFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
CDHONU	Comité de Derechos Humanos de la ONU.
CDIONU	Comisión de Derecho Internacional ONU.
CoDN	Convención de los Derechos del Niño.
CE	Constitución Española.
CEC	Centro de Estudios Constitucionales.
CEDH	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.
CEDS	Comité Europeo de Derechos Sociales.
CEFD	Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho.
CEPC	Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial.
CIE	Centro de Internamiento de Extranjeros.
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos.

CIJ	Corte Internacional de Justicia.
CIPDTMF	Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias.
CITES	Centros de Estancia Temporal de inmigrantes.
CDN	Comité sobre la Convención de los Derechos de Niño.
Coord.	Coordinador.
CUE	Ciudadano de la Unión Europea.
DGP	Dirección General de la Policía.
DI	Derecho Internacional.
DUDH	Derecho Universal de los Derechos Humanos.
DIM	Derecho Internacional de las Migraciones.
Dir.	Director.
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea.
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos.
DUE	Derecho de la Unión Europea.
Ed.	Edición.
ELSJ	Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia.
EM	Estado Miembro.
FD	Fundamento de Derecho.
FGE	Fiscalía General del Estado.
FJ	Fundamento Jurídico.
FRA	Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
GC	Guardia Civil.
GS	Gran Sala.
INAP	Instituto Nacional de Administración Pública.
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil.
LJCA	Ley 29/1998 de 13 de Julio de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.
LO	Ley Orgánica.
LO 4/00	Ley Orgánica Sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social.
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial.
LOPSC	Ley Orgánica Protección de la Seguridad Ciudadana.
LOTC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.
LPACAP	Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

LPJDF	Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona.
MENAS	Menores no acompañados.
OIM	Organización Internacional para las Migraciones.
ONG	Organización no Gubernamental.
ONU	Organización de Naciones Unidas.
p. ej.	Por ejemplo.
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales.
PMM	Pacto Mundial de las Migraciones.
RAP	Revista de Administración Pública.
RCE	Registro Central de Extranjeros.
RCIE	Reglamento CIE. Reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros.
RD	Real Decreto.
RDCE	Revista de Derecho Comunitario Europeo.
UNED	Universidad Nacional de Educación a Distancia.
Rec.	Recurso.
RAAP	Revista Andaluza de Administración Pública.
RAFDUC	Revista Anuario da Faculta de Dereito da Universidade da Coruña.
REDA	Revista Española de Derecho Administrativo.
REDC	Revista Española de Derecho Constitucional.
REDI	Revista Española de Derecho Internacional.
REDE	Revista Española de Derecho Europeo.
ReDCE	Revista de Derecho Constitucional Europeo.
REDUE	Revista de Derecho de la Unión Europea.
ReEI	Revista Electrónica de Estudios Internacionales.
RDME	Revista de Derecho Migratorio y Extranjería.
RDoxa	Revista Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho.
RDP/UNED	Revista de Derecho Político. UNED.
RGDC	Revista General de Derecho Constitucional.
RGDE	Revista General de Derecho Europeo.
RGDA	Revista General de Derecho Administrativo.
RIIDH	Revista Instituto Interamericano de Derecho Humanos.
RJD	Revista de Jurisprudencia. El Derecho.

RLD	Residente Larga Duración.
RMENA	Registro Central de Menores Extranjeros No Acompañados.
ROLEX	Reglamento de la Ley de Extranjería.
RPTJUE	Reglamento de Procedimiento del TJUE.
RTEDH	Reglamento del TEDH.
RTFD	Revista Telemática de Filosofía del Derecho.
RTS	Revista de treball social.
RVAP	Revista Vasca de Administraciones Públicas.
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STEDH	Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia Unión Europea.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
STSJA	Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.
STSJCant.	Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Cantabria.
STSJCat.	Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.
STSJCL	Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.
STSJCV	Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Comunidad Valenciana.
STSJG	Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Galicia.
STSJIB	Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares.
STSJM	Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Madrid.
STSJMur.	Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Murcia.
STSJN	Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Navarra.
STSJPV	Sentencia Tribunal Superior de Justicia de País Vasco.
STSJR	Sentencia Tribunal Superior de Justicia de La Rioja.
T.	Tomo.
TC	Tribunal Constitucional.
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
TJUE	Tribunal de Justicia de Unión Europea.
TL	Tratado de Lisboa
Trad.	Traducción.
TUE	Tratado de la Unión Europea.
UE	Unión Europea.

ESTADO DE LA CUESTIÓN.

Principales conceptos y tendencias. Modelos y teorías que afectan al objeto de estudio.

La situación migratoria internacional¹ se hace cada día más espinosa². Cada zona del mundo donde se reflejan manifestaciones de crisis migratorias reacciona de diferentes formas. Estas reacciones dependen de las normas, principios de derecho y autonomías de los Estados y sus respectivos gobiernos para poder aplicar las políticas migratorias que consideren oportunas, produciéndose así las colisiones entre las fronteras y los derechos³.

No debemos continuar llamándonos a cantos de sirena en esta era actual. En este mundo de un proceso de interconexión y globalizado, donde ha de imperar la racionalidad y la

¹ Pacto Mundial de las Migraciones (PMM), ONU. Marrakech 2018. Las cifras hablan por sí solas, 60 millones de desplazados en todo el mundo, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) lo clasifica como el segundo mayor éxodo después de la II Guerra Mundial, es la crisis de humanitaria más grande que ha sufrido el mundo los últimos 75 años. Un total de 866.000 personas en el año 2014 fueron solicitantes de asilo en los 46 países más industrializados del mundo. Se puede profundizar en estos datos a través de los Informes “Perspectivas de la migración internacional” año 2020-2019 OCDE, Informes 44 y 43, Sistema de Informes Continuos sobre Migración de la OCDE. 2020 y 2019 respectivamente.

² No se puede esconder, pues está a ojos vista, el drama actual de las migraciones, de los trabajadores migrantes y sus familiares, de los migrantes indocumentados, junto al de los solicitantes de asilo y protección humanitaria, refugiados, desplazados y últimamente todos ellos bajo la pandemia del Covid-19. Cada tipo de migración reúne unas características específicas. Por ello, en las actuales circunstancias lleva inexcusablemente a realizar un análisis individualizado de cada supuesto. Existe una desproporción de garantías jurídicas en cada uno de los tipos de supuestos migratorios enunciados (tienen más desprotección jurídica y falta de garantías un inmigrante con situación administrativa irregular que un refugiado o desplazado). Ello evidentemente responde al sistema normativo y precisamente en él, y en lo que no corresponde, es donde se deben buscar parte de las soluciones. En este sentido a nivel interno se han de tener en cuenta los avances de las solicitudes del Defensor del Pueblo en el año 2017 a la Secretaria de Estado de Migraciones sobre la compatibilización de los procedimientos de asilo con los regulados por la ley de extranjería (solicitantes de asilo con la autorización de residencia sin tener que renunciar a su expediente de demanda de protección internacional), sobre la base de la interpretación del art 10.1 CE (al momento de depositar este trabajo aún no se ha publicado la instrucción correspondiente).

³ Sobre esta problemática existe una amplia y extensa bibliografía. Entre ella, De Lucas Martín, J. F., (2017). “Fronteras y Derechos: Sobre algunas incoherencias y falacias en las respuestas de la(s) democracia(s) liberal(es) al desafío de las migraciones forzadas”, en J. Cerdio, P. De Larrañaga Monjaraz & P. Salazar Ugarte. (Coords.). Entre la Libertad y la igualdad. Ensayos críticos sobre la obra de Rodolfo Vázquez. (T. II, pp. 29-53). Instituto de Investigaciones Jurídicas. (nº 807). UNAM. Del propio autor el prólogo al libro “Fronteras” (libros.com, 2019). En (2016). “Déficits y falacias de la democracia liberal ante la gestión de la diversidad: el caso de las políticas migratorias y de asilo”. <http://revista-derechoshumanos.deusto.es>, pp.17-35, recuperado el 6-07-2017. Álvarez Rodríguez, A., Carrizo Aguado, D., (2017). “El fenómeno migratorio en el contexto de la Unión Europea: el silencio ensordecedor que apaga el grito de los más vulnerables”. Unión Europea Aranzadi, (Ejemplar dedicado a: La inmigración de la UE: pocas luces y muchas nubes negras), pp. 35-39. Sassen, S. (2015). Expulsiones. Brutalidad y complejidad en la economía global. (Trad. Stella Mastrangelo). Buenos Aires: Katz Ed., pp. 23-95. Kymlicka, W., (2006). Fronteras territoriales. Madrid: Trotta, pp. 37-39, 56. La exteriorización de las colisiones que expresan los autores, se manifiestan de múltiples formas, entre ellas, desde el capitalismo avanzado y global de hoy que nos enfrenta a nuevas lógicas de expulsiones; desde personas, empresas, pueblos que no sólo son expulsados físicamente, tanto de lugares como expulsados del orden socioeconómico preestablecido por un sistema de acumulación cada vez más extremo, o a través de la intolerancia, la insolidaridad, el rechazo xenófobo, etc. En este momento dar pasos atrás después de haber avanzado tanto en la construcción de los derechos humanos, de los derechos y las libertades sería una declaración de debilidad de los sistemas democráticos.

reflexión⁴, continúan existiendo problemáticas sin una solución clara. Es conocido que existen muchos foros, ONG, expertos, programas cátedras universitarias, lemas, declaraciones, etcétera, los cuales analizan todos los fenómenos de nuestro mundo globalizado, entre ellos y por sólo mencionar dos de los más preocupantes, el fenómeno migratorio y el cambio climático. Los resultados de lo anterior y sus respectivas reflexiones se han de incorporar de forma más objetiva en ese desarrollo de ese proceso globalizado para que contribuyan al desenvolvimiento de la presente modernidad.

En nuestro campo, el Derecho, a pesar de todos los avances como ciencia, cada día tiene que enfrentarse a estos nuevos fenómenos que requieren nuevas interpretaciones, nuevos tratamientos y exigencias insatisfechas; faltan estudios, investigación sobre las circunstancias que agravan y aquellas nuevas que surgen y se integran en dichos fenómenos en el presente siglo XXI. Una de esas investigaciones puede ser la presente, sobre las medidas cautelares en el Derecho de Extranjería en relación con esa problemática migratoria y su tratamiento en el derecho interno como instrumento jurídico que puede contribuir al aseguramiento *prima facie* de los derechos humanos de los migrantes, superando los límites de un derecho estático e ir al reexamen de los instrumentos jurídicos internacionales convencionales del derecho internacional migratorio, del *ius migrandi*, y del Derecho de la Unión Europea (DUE) aplicados a nuestro derecho interno; reexamen que requiere un análisis preciso y reconstrucciones de conjunto, no limitadas al corto plazo.

La temática migratoria se sigue mirando fundamentalmente desde la paradoja de dos visiones, una la universalista y la otra de base particularista de los Estados⁵ o nacionalismo liberal. Dentro de ellas existen otras que ven la cuestión desde una noción más cosmopolita que se vincula con la ética de la alteridad⁶ y la vulnerabilidad migratoria, responsabilidad asimétrica⁷, o aquellas que señalan críticamente la carencia de una política migratoria que garantice los derechos humanos de los inmigrantes por encima de su instrumentalización económica⁸. O como se verá en el caso de Europa, camino a un Estado (s) de liberalismo igualitario o ante un Estado de muros y vallas⁹ o ante un Estado

⁴ Esta reflexión se ha de hacer a partir de obras clásicas que invitan a ello como, Aldous Huxley (1932), “Un Mundo Feliz”, George Orwell (1949) “1984”, Hannah Arendt (1951) “Los orígenes del totalitarismo” o de la misma autora (1958) “La condición humana”, Ray Bradbury (1953) “Fahrenheit 451”, o más recientemente Imre Kertész (2016) “La última posada”.

⁵ Pérez de la Fuente, O., (2009). “Inclusión, redistribución y reconocimiento: Algunas paradojas sobre los inmigrantes”, en A. M. Marcos del Cano. (Coord.), *Inmigración Multiculturalismo y Derechos Humanos* (pp. 257-290). Valencia: Tirant lo Blanch.

⁶ Pérez de la Fuente, O., (2010). “*Ius migrandi*, fronteras y ética de la alteridad”. *III Jornadas Políticas Migratorias, Justicia y Ciudadanía*. Instituto de Filosofía CSIC.

⁷ Bello Reguera, G., (2012). “Emigración e ilegalización: una mirada ética”. *Dilemata*. (nº 8), pp. 83-97. El autor tiene al respecto una amplia obra: (2011). *Emigración y ética. Humanizar y deshumanizar*. Madrid: Plaza y Valdés. En el año (2010). “Alteridad, vulnerabilidad migratoria y responsabilidad asimétrica”. *Dilemata*. (nº 3), pp. 119-127.

⁸ Solanes Corella, Á., (2018). “Derechos de los extranjeros en España”, en F. J. de Lucas Martín & J. M. Rodríguez Uribe. *Derechos humanos y constitución* (pp. 263-286). Valencia: Tirant lo Blanch. De Lucas Martín, J. F., & Torres Pérez, F., (2002). *Inmigrantes: ¿cómo los tenemos? Algunos desafíos y (malas) respuestas*. Madrid: Talasa, pp. 23-73.

⁹ Brown, W., (2015). *Estados amurallados, soberanía declinante*, (A. Martínez- Riu. Trad.). Barcelona: Herder, pp. 20- ss., 190- ss. En similares términos críticos, De Lucas Martín, J. F., (2017). “Fronteras y Derechos...”, op. cit., pp. 29-53.

(s) de acomodo razonable¹⁰, es decir, un Estado donde ha de primar la democracia plural e inclusiva, intercultural, la igualdad, la reciprocidad. La adopción de uno u otro modelo por el Estado (s) correspondiente hará sin lugar a dudas una definición sobre la política migratoria y esta, a su vez, repercutirá en el orden jurídico.

Europa es una de las zonas donde la problemática migratoria tiene una fuerte presencia. El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ)¹¹ regula todo lo concerniente a dicha materia. Lo allí regulado es dirigido a los Estados miembros (EM) a través de las normas del DUE, basadas en el derecho originario o primario, Tratado Fundacional (TUE), en particular su art. 6, su Tratado de Funcionamiento (TFUE) y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE)¹², así como en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)¹³ como máximo órgano jurisdiccional interprete de dicho derecho. A su vez la existencia de un grupo de agencias que desarrollan y controlan dichos derechos migratorios, entre ellas, la Agencia de Protección de Derechos Fundamentales (FRA)¹⁴. Luego los EM en cumplimiento de los principios del DUE trasponen, en su caso, y aplican directamente el DUE. El ELSJ desde su concepción inicial a la actual ha cambiado por múltiples razones, políticas, económicas e incluso la propia migratoria¹⁵. Lo cierto es, que en estos últimos 10 años en cuanto a política migratoria y de inmigración ha existido una prolífera actividad, con aciertos, confusiones y desaciertos¹⁶.

¹⁰ Intxaurre, J. R., (2020). *El empleo de signos dinámicos de adscripción religiosa en los espacios públicos y su gestión a través del instrumento jurídico del acomodo razonable, Estudio de caso de la comunidad sij*. (1ª Ed.). Cizur Menor: Thomson Reuters (Legal) Limited, pp. 325-375, 450-524. Häberle, P., (2002). *Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. (E. Mikunda-Franco, Trad.). Madrid: Tecnos, pp. 102-104, 90, 163 y ss. Taylor, C., (2009). “La política del reconocimiento”, en VV.AA. C. Taylor. *El multiculturalismo y “la política del reconocimiento”*. (2ª Ed. M. Utrilla De Neira, L. Andrade Llanas, G. Vilar Roca, Trads.). México: Fondo de Cultura Económica, pp. 53-108.

¹¹ Se basa en los programas de Tampere (1999-2004), La Haya (2004-2009) y Estocolmo (2010-2014). Emanan del Título V TFUE, arts. 67-89, en relación con art. 3-2 del TUE.

¹² Niza 7-12-2000. DOUE, n° C- 364, de 18-12-2000. Posterior Tratado Lisboa (TL), DOUE, n° C.- 303 de 14-12-2007. Entrada en vigor 1-01-2009. Reconocida por España en LO 1/08 de 30-07-2008, BOE n° 184 de 31-07-2008.

¹³ Creado en 1952. En 2009 con la entrada en vigor del TL, comienza a tener las funciones actuales, como máximo intérprete del DUE.

¹⁴ Creada en 2007, Reglamento (CE) n° 168/07 de 15-02-2007, DOUE L 53/1 de 22-02-2007.

¹⁵ En este aspecto se puede constatar que a partir del año 2012 -y luego su agudización en el año 2015 donde determinados EM comienzan a emprender una política en la que no todos los ciudadanos inmigrantes son titulares de iguales de derechos que el resto de los seres humanos-, hay una especie de lógica orwelliana al estilo “Rebelión en la Granja”, olvidando el más mínimo sentimiento de lo jurídico del que hablara Jhering. En el mes de julio de 2019 se produce el Consejo informal de Justicia y Asuntos de Interior (JAI) UE, celebrado en Helsinki (18-19 de julio de 2019). En dicho Consejo se ha incluido una sesión de trabajo para explorar nuevas vías de fortalecimiento del Estado de Derecho, materia prioritaria en la agenda estratégica 2019-2024 UE; dentro de ella se trató la migración, analizándose la propuesta de reforma o refundición Directiva 2008/115/CE, Normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (DOUE n° 348 de 24-12-2008). *Dicha refundición tiene un marcado carácter restrictivo*. Núñez Herrera, V. E., (2019). “Refundición de la Directiva 2008/115 CE. Garantías o retrocesos en los derechos fundamentales de los extranjeros en los procesos de retorno/expulsión”. *RDME*, (n° 52), pp. 17-54.

¹⁶ Brunella, M., (2016). *Estudio sobre las políticas migratorias en la Unión Europea y en el Mediterráneo en particular las políticas de integración ¿Existe un papel para la UpM?* Tesis Doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, pp. 172-177. García Juan, L., (2014). *Las medidas de integración de los inmigrantes en la Unión Europea. El modelo competencial y los diferentes enfoques territoriales en el*

España como EM está obligado a cumplir ese DUE, sus principios y el efecto útil del mismo. Sin embargo, lo anterior tiene¹⁷ -y llevará aún- un largo recorrido. Su construcción todavía no está terminada, y no son pocas las dificultades para su acabada configuración, ejecución y pleno funcionamiento, las cuales se han manifestado a través de determinadas sanciones jurídicas al respecto. No obstante, lo anterior, España como EM y por imperativo legal cumple con el derecho originario o primario de la UE, ha de cumplir los Reglamentos, transpone las Directivas, aplica de forma directa aquellas que no han sido traspuestas o mal traspuestas. Esto hace que la actividad legislativa interna al respecto sea prolífera, pues tenemos una panoplia de normas, instrucciones, circulares, órdenes en vigor, modificadas unas sobre otras, así como un Sistema Común de Asilo y Refugio. Ello genera una serie de actos administrativos, autorizaciones de residencia, de larga duración, reagrupación familiar, estudiantes, trabajos trasfronterizos, procesos de retorno, sistema común de reconocimiento y ejecución de sanciones de expulsión, entre muchos otros, que hace compleja su interpretación y aplicación.

Ambos sistemas, el internacional y el DUE, conforman ese amplio y complejo entramado jurídico de Tratados, Convenios, Reglamentos, Directivas, Leyes Orgánicas (LO), Reales Decretos (RD), en fin, un variado diapason de normas que van conformando una serie de principios, derechos y valores que se van engranando en una traumática evolución del *iter* normativo¹⁸, formando el sistema normativo del Derecho de Extranjería y el estatuto

sistema español. Tesis Doctoral, Institut Universitari De Drets Humans. Facultad Derecho, Universidad de Valencia, pp. 27-56, 87-112, 146-202.

¹⁷ Se ha de recordar que la primera reforma CE del 78 fue precisamente en 1991 con el fin de adecuar el art. 13.2, para así poder ratificar el Tratado de Maastricht por el que se consagraba una ciudadanía de la Unión, en la que se incluía el derecho de sufragio activo y pasivo de los nacionales de la Unión en todos los EM.

¹⁸ Al respecto existe una amplia bibliografía, una muestra de ella: Triguero Martínez L. Á., (2009). “La Nueva Reforma de la Ley Orgánica 4/2000 Sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros y su Integración Social: Notas clave para su Comprensión”. *Revista de Estudios Jurídicos*, (nº 9), pp. 347-362. Sobre este mismo aspecto, Sagarra i Trias, E., (2002). *La Legislación sobre Extranjería e Inmigración: Una Lectura los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España*. Barcelona: Universitat de Barcelona, pp. 28-33, 121-132. Molina Navarrete, C., & Esteban De La Rosa, G., (2001). “Nuevo régimen jurídico de extranjería e inmigración en España: análisis y valoración de la reforma”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, (nº 219), pp. 3-84. A dicho *iter* se le debe sumar desde las primeras sentencias de inconstitucionalidad STC, Pleno, nº 115/87, de 7-07-1987, BOE nº 180, de 29-07-1987 (concretamente en lo que aquí nos interesa art. 34 LO 7/85, en cuanto que disponía que en ningún caso podría acordarse la suspensión de las resoluciones administrativas), hasta las más recientes STC Sala 1ª, nº 42/20, de 9-03-2020, BOE nº 163 de 10-06-2020.

jurídico de los extranjeros¹⁹ basado en los derechos humanos²⁰ como una cuestión objetiva de nuestra sociedad, que tiene un impacto directo en nuestra economía y nuestra convivencia.

Se regula así por el Legislador nacional el ejercicio de los derechos y las libertades de los extranjeros reconocidos en esas normas internacionales, supranacionales y en nuestro derecho interno a través de la Constitución Española (CE), conformando y configurando dichos derechos, así como el cumplimiento de determinados requisitos para que puedan tener acceso al disfrute de estos. Agregando a ello, que el Ejecutivo en su desarrollo reglamentario también regula en general y dentro de su margen de maniobra los procedimientos y sus requisitos para acceder a los mismos.

Han sido y son múltiples los pensadores que han estudiado e investigado sobre la universalidad de los derechos humanos, sobre las teorías de los derechos fundamentales, sobre la existencia de un Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH). Existe una doctrina científica consolidada del deber de aplicación de estos. Sin embargo, de toda esa labor teórica y científica que incide notablemente en la práctica- para conseguir de una forma más rápida, con más garantías y eficazmente el reconocimiento y la realización de dichos derechos-, continúa siendo un difícil objetivo en cuanto a las medidas cautelares en la presente especialidad. Lo anterior se muestra, como se analizará, de una manera que nos conduce al reconocimiento de la existencia de esas declaraciones de derechos generosas y solemnes, pero, en muchas ocasiones, al margen de su aplicación en el derecho positivo por los operadores jurídicos o a su reconocimiento y aplicación reducida. Esa dicotomía puede ser superada conforme a un sistema interpretativo más coherente de dichos derechos y su aplicación en las relaciones jurídicas de los extranjeros al momento de la solicitud de medidas cautelares, enriqueciendo la reflexión con diversas perspectivas, en un diálogo constante y fecundo entre tribunales, pero sin perder de vista que como horizonte irrenunciable se sitúa la concreción y el goce pleno de aquéllos²¹.

La dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad están concebidos como valores superiores del ordenamiento jurídico²², “*fundamento y la razón de la necesidad de esos*

¹⁹ Gómez Fernández, I., (2017). *El derecho de negar derechos: definición jurisprudencial del estatuto de la persona extranjera*. Cizur Menor: Aranzadi, p. 17 y ss. El estatuto jurídico de los extranjeros en el régimen español del Derecho de Extranjería está presidido por varias categorías o clasificaciones, basado inicialmente en los arts. 10. 2 y 13.1 ambos de la CE, regulándose así, tanto los derechos y libertades, como los regímenes de regulación administrativa. Esto da lugar a que se encuentren por un lado los nacionales UE y sus familiares. En un segundo grupo y en muy similar categoría a la anterior, se agrupan los nacionales del Espacio Económico Europeo. A continuación, aquellos extranjeros amparados por tratados celebrados por España o por la UE con terceros países. Para terminar, con los nacionales de terceros países que no tengan ningún régimen convencional con la UE o con España. Dentro de esta clasificación también se ha de tener en cuenta los solicitantes de asilo o protección humanitaria internacional. La pertenencia a una u otra categoría implica la aplicación de un régimen u otro y, por tanto, el tipo de procedimiento administrativo o solicitud a tramitar. A su vez, el estatuto jurídico de los extranjeros viene determinado por otras circunstancias personales; de este modo operan los estatutos especiales aplicables a los menores extranjeros, a los residentes de larga duración, a los transfronterizos y a los estudiantes, entre otros.

²⁰ Habermas, J., (2008). *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, pp. 147 -190. Anteriormente año, (2000), *La constelación posnacional. Ensayos políticos*. Barcelona: Paidós, pp. 153-165.

²¹ Bobbio, N., (1991). *El tiempo de los derechos*. Madrid: Sistema, pp. 53-62.

²² STC, Pleno, nº 53/85, de 11-04-1985, BOE nº 119, de 18-05-1985, FJ 3, 8.

*valores superiores*²³. Por tanto, es importante determinar si ciertamente todos los derechos humanos y fundamentales tienen igual conexión con la dignidad, explicar esos niveles de conexión y establecer cuáles son los derechos fundamentales que se conforman a través de dicha conexión para el ciudadano extranjero y así determinar precisamente la vulnerabilidad de los mismos. Se ha expuesto por el Tribunal Constitucional (TC) en su jurisprudencia la diversidad de dichas conexiones. En los tiempos actuales, ya dichos razonamientos no nos aportan criterios claros y predecibles para la resolución de conflictos entre los diversos derechos y/o libertades que han de ostentar y disfrutar los extranjeros. Es decir, la búsqueda de la existencia o no de un déficit jurídico sobre esa conexión y la convivencia de las instituciones democráticas de un Estado Social, Democrático y de Derecho con sus propias instituciones de garantía hacen que las interpretaciones realizadas hasta el presente puedan ser sometidas a análisis, entre las más recientes STC Pleno, nº 172/20 de 19-11-2020 BOE nº 332 de 22-12-2020, FJ 8 y su voto particular, en el cual se realiza un fuerte examen crítico.

Lo anterior nos lleva a tener muy presentes los instrumentos jurídicos internacionales donde se regulan dichos derechos humanos²⁴, entre ellos, la Declaración Universal de las Naciones Unidas de 1948²⁵ (DUDH), el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos²⁶ (PIDCP), el Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales²⁷ (PIDESC), así como los instrumentos regionales como el Convenio Europeo de los Derechos Fundamentales y de las Libertades Públicas²⁸ (CEDH) y la jurisprudencia que genera el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Estos se vuelcan en la Ley Orgánica Sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LO 4/00)²⁹, la cual somete a un análisis tripartito los derechos fundamentales de los emigrantes en correspondencia con la interpretación dada al respecto por el TC. Esta forma de estructuración de dichos derechos, o establecimiento

²³ Peces-Barba Martínez, G., (1984). *Los valores superiores. Temas Claves de la Constitución Española* Madrid: Tecnos, p. 85. Del mismo autor (2003). *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*. Madrid: Dykinson, pp. 16-64 y ss. Más recientemente, Lorca Martín de Villodres, M. I., (2019). “Repensando el concepto de dignidad: hacia una concepción vital integradora o “dignidad natural”. Implicaciones filosófico-jurídicas y constitucionales”, en A. Sánchez de la Torre & C. Fuertes-Planas Aleix. (Eds.), *El derecho entre concepciones sistemáticas y visiones literarias. Principios del Derecho*. (pp. 212-214). Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación/Dykinson, expresa el autor, que la dignidad humana es el “*prius lógico y ontológico*” de los derechos y libertades del hombre.

²⁴ Como lo indicó Benedicto XVI, ante la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGONU), 18-04-2008. “...*los derechos humanos, objeto de Declaración universal, han de ser presentados como “el lenguaje común y el sustrato ético de las relaciones internacionales”*”. ONUBIB.UV. En similares términos se ha pronunciado el Papa Francisco, en su Exhortación *Evangelii Gaudium*, (Doctrina Social los derechos humanos de los más vulnerables).

²⁵ Adoptada y proclamada por la Resolución de la AGONU del 10-12-1948.

²⁶ Resolución 2200 de 16-12-1966. Instrumento de Ratificación de España, BOE nº 103, de 30-04-1977.

²⁷ Resolución 2200 de 16-12-1966. Instrumento de Ratificación de España, BOE nº 103, de 30-04-1977. Protocolo Facultativo Nueva York del 10-12-2008, BOE nº 48 de 25-02-2013, posibilidad de denunciar al nivel internacional presuntas violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales.

²⁸ Roma el 4-11-1950, y enmendado por los Protocolos Adicionales nº 3 y 5, de 6-05-1963 y 20-01-1966, respectivamente. Instrumento de Ratificación de España, BOE nº 243, de 10-10-1979.

²⁹ Ley Orgánica 4/00 de 11 de enero, Sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE nº 10, de 12-01-2000.

de categorías de derechos, responde a la interpretación de nuestra (CE) dada por el TC, casi inamovible en más de 30 años desde una de las primeras sentencias al respecto³⁰.

Dicho con otras palabras, aquello que en la teoría está bien definido -la no existencia de diferencias del principio universal de reconocimiento *a priori* de los derechos humanos que son inherentes a todas las personas sin excepción y su vinculación con la dignidad humana- su contextualización, en este caso, con la LO 4/00 hace que sí existan diferencias o disfunciones³¹, las cuales dependen de la condición administrativa de regularidad de dichas personas extranjeras. Por tanto, en la LO 4/00 aquellos derechos fundamentales, incluso los que están en el Título Iº, Sección Iª CE y aquellos que están en Secciones sucesivas, como los derechos sociales³² y colectivos³³, quedan restringidos a dicha condición socio jurídica o administrativa del inmigrante.

Esto nos permitirá plantear si los derechos sociales fundamentales se identifican o no, si son admitidos o no, si pueden ser concebidos o no, si existen vulnerabilidades técnicas³⁴, para ser elementos de prueba conformadores del *fumus boni iuris* en un proceso de medidas cautelares del Derecho de Extranjería, atendiendo a que dichos derechos sociales fundamentales pueden estar y son directamente proporcionales a los intereses generales, los cuales han de evolucionar al compás del progreso y a las aplicaciones de la sociedad art. 103 CE.

³⁰ SSTC, Pleno, nº 115/87; Pleno, nº 236/07 de 7-11-2007, BOE nº 295, de 10-12-2007 y Pleno, nº 17/13.

³¹ Sobre ello existe una amplia bibliografía, a modo orientativo Sánchez Ferriz, R., (2008). "Libertades de reunión y de asociación de los extranjeros (Respuesta del Tribunal Constitucional a la impugnación por diversas Comunidades Autónomas (CCAA) de la Ley 8/2000)". Corts: Anuario de derecho parlamentario, (nº 20), pp. 165-187.

³² Esteve Pardo, J., (2013). *La nueva relación entre Estado y Sociedad: aproximación al trasfondo de la crisis*. Madrid: Marcial Pons, pp. 50 y ss. Embid Irujo, A., (2012). *La constitucionalización de la crisis económica*. Madrid: Iustel, pp. 151 y ss. Abramovich, V., & Courtis, C., (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles* (prólogo de Luigi Ferrajoli). Madrid: Trotta, pp-19-64 y 121-248. Previamente los autores en (1997). "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicabilidad antes los tribunales locales", en M. Abregú, & C. Courtis, *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales* (pp. 83-350). Argentina: Del Puerto/CELS.

³³ Carretero Sánchez, S., (2004). *El cambio de los derechos sociales y su justiciabilidad (impacto jurídico de la inmigración en la teoría tradicional de los derechos humanos)*. Madrid: Universidad Complutense, Facultad de Derecho, p. 77. Balaguer Callejón, F., (2002). "El Estado social y democrático de derecho. Significado, alcance y vinculación de la clausura del Estado social", en C. Molina Navarrete, J. L. Monereo Pérez & M. N. Moreno Vida. (Coords.). *Comentario a la constitución-socioeconómica de España*. (pp. 89-111). Granada: Comares. En la propia obra Monereo Pérez, J. L., & Molina Navarrete C., "La cláusula transformadora: el principio de igualdad de oportunidades". (pp. 131-148) y Rubio Castro, A. M., (2002). "El derecho a la igualdad y a la no discriminación", (pp. 927-978).

³⁴ Suárez Llanos, M. L., (2013). "¿Por qué no derechos si son sociales?: Estado de Derecho, derechos sociales y vulnerabilidad técnica", en N. Martínez Morán, A. M. Marcos del Cano & R. Junquera de Estéfani (Coords.), *Derechos humanos: problemas actuales: estudios en homenaje al profesor Benito de Castro Cid*, (Vol. I, pp. 783-816). Madrid: Editorial Universitas. La confluencia e indivisibilidad de los derechos civiles y políticos respecto de los derechos económicos, sociales y culturales hace que continúen siendo dos mecanismos de protección diferentes que discurren paralelamente, pero a diferentes velocidades, lo que genera dificultades o vulnerabilidad técnica debido a la opción histórica político-jurídica de separar los mismos. Una muestra de ello es la tan criticada STC, Pleno, nº 84/15, de 30-06-2015, BOE nº 136 de 8-06-2015 o el RDL 16/12, de 20-04-2012, medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. Reforma introducida a la cobertura y asistencia sanitaria a las personas extranjeras sin permiso de residencia en España.

Todo lo antes expuesto conforma el estado de la cuestión de la presente investigación. Sería determinar si todos los derechos, teorías y programas antes enunciados tienen encaje, en este caso, en un Derecho Administrativo de Extranjería dinámico³⁵ concretado constitucionalmente³⁶ a través de un derecho a la buena administración³⁷ y luego controlado por un derecho de acceso a la justicia, a la jurisdicción contencioso administrativa como derecho fundamental a la obtención de una resolución judicial razonada y fundada, como protección constitucional del art. 24.1 CE a través del recurso cautelar.

El recurso de las medidas cautelares es un derecho de configuración legal. Dicha configuración puede ser cualitativa y cuantitativamente distinta³⁸ debido a la existencia o no de signos de vulnerabilidad³⁹. El acceso al recurso cautelar ha de ser analizado como el proceso a un recurso dentro de una de las obligaciones positivas que adquieren los Estados en la prestación de un servicio público en el sistema judicial (un sistema que permite articular los derechos enunciados para los extranjeros a través de las pretensiones legítimas de los mismos en el ejercicio del derecho de acción, principio “*pro actione*” derecho al proceso), determinando si las mismas son efectivas y eficaces. Dentro del propio recurso cautelar se configura por el legislador el sistema de recursos impugnativos o de revisión contra dichas resoluciones cautelares (proviengan de una autoridad judicial⁴⁰ o de una autoridad administrativa).

³⁵ Rodríguez-Arana Muñoz, J., (2000). *Derecho Administrativo y Constitución*. Granada: CEMI, pp. 42-47, 95-122. Posteriormente el autor aborda la conceptualización del Derecho Administrativo dinámico, sometido a la Constitución, en el (2009). *Aproximación al derecho administrativo constitucional*. Universidad Externado de Colombia, p. 252.

³⁶ Dentro del Estado social y democrático de Derecho dinámico y garante de los derechos fundamentales está inmerso el Derecho Administrativo y, dentro de este, el que aquí nos corresponde, el Derecho de Extranjería. Ante tal afirmación hay que preguntarse si la Administración de extranjería se comporta como una verdadera garante de dichos derechos fundamentales ante la situación migratoria enunciada o es una Administración anclada a una noción centralista y en estos momentos europea de la inmigración o como señala De Lucas, estamos en un “*estado de excepción permanente*”, o ante problemas de un fenómeno estructural y sistémico en cuanto a la materia tratada. De Lucas Martín, J. F., (2017). “Fronteras y Derechos...”, op. cit., pp. 29-53.

³⁷ Como antesala del presente estado de la cuestión se encuentra y habrá que determinar la tendencia o entropía de los recursos en el procedimiento administrativo, como resultado efectivo y eficaz del derecho a una buena administración (en la versión del proceso equitativo o debido proceso), como tutela administrativa efectiva. En este sentido Vaquer Caballería, M., (2020). “Los procedimientos impugnatorios: recursos administrativos y otras formas de resolución de controversias con la administración. Un ensayo de reconstrucción”, en L. Parejo Alfonso & M. Vaquer Caballería, (Dirs). *Estudios sobre el procedimiento administrativo II Tipos de procedimientos* (p. 559). Valencia: Tirant lo Blanch.

³⁸ Bellido Penadés, R., (2019). “El derecho de acceso al recurso no penal en el proceso español a la luz de la CE y del CEDH”, en F. J. Matia Portilla & L. E. Delgado Del Rincón (Dirs.), *Las problemáticas dimensiones del derecho al proceso debido en España a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, (p. 119). Valencia: Tirant lo Blanch.

³⁹ Gómez Fernández, I., & Maués Enfocar. A., (2017). “El Derecho a la justicia desde la noción de vulnerabilidad. Una aproximación desde la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en A. Saiz Arnaiz (Dir.). J. Solanes Mullor, & J. Ernesto Roa Roa, (Coords), *Diálogos Judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. (pp. 295-331). Valencia: Tirant Lo Blanch.

⁴⁰ Requejo Pagés, J. L., (1998). “El derecho de acceso a los recursos”, en M. Aragón Reyes & J. Martínez-Simancas (Dirs.). *La Constitución y la práctica del Derecho*, (Vol. I, pp. 411-432). Pamplona. Señalaba desde ese entonces el profesor Requejo Pagés que el establecimiento de recursos contra resoluciones judiciales sí que es una exigencia constitucional para el legislador atendiendo a una interpretación conjunta de los arts. 9.3, 14 y 24 CE, “*el legislador está constitucionalmente obligado a instaurar un sistema de*

Todo ello viene dado por el propio condicionamiento constitucional⁴¹, la propia efectividad de los derechos fundamentales, incluidos los de naturaleza procesal (el binomio derechos fundamentales/proceso contencioso-administrativo). Los principios y derechos fundamentales constitucionales no son compartimentos estancos, sino al contrario cada uno de ellos cobra valor en función de los demás y en tanto sirva a promover los valores superiores del ordenamiento jurídico que propugna el Estado social y democrático de Derecho⁴².

Lo anteriormente definido ha de ser analizado indiscutiblemente a través de nuestro derecho interno en estrecha unión con el diálogo entre tribunales y el control de convencionalidad⁴³. Por tanto, tenemos que ir a nuestro derecho interno, el cual, como señalara GARCÍA DE ENTERRÍA, inicialmente integraba el derecho a los recursos y el acceso a la jurisdicción como una de las expresiones de la tutela judicial efectiva, y estableció un criterio explícito del principio *pro actione* que se extendía, sin la menor vacilación, a la formulación de los recursos ordinarios y extraordinarios y, entre ellos, al recurso de casación⁴⁴. Al respecto la doctrina jurisprudencial del TC ha cambiado -como he señalado, el derecho al recurso no se integra en la tutela judicial efectiva del art. 24 CE excepto en materia penal- de modo que el legislador no viene obligado a diseñar un sistema determinado de recursos, si bien, una vez que la ley ha establecido tal sistema, el derecho al recurso, en los términos y con los requisitos establecidos legalmente pasa a integrar, en principio, el derecho a la tutela judicial efectiva, correspondiendo a los Tribunales ordinarios la interpretación y aplicación de los requisitos de acceso a los recursos previstos en las normas procesales⁴⁵. Por tanto, si el proceso en sentido general

recursos judiciales que haga posible la efectiva realización del principio de igualdad en la aplicación de la ley en todos los órdenes jurisdiccionales”, pp. 425-429. Otros autores como Garberí Llobregat, J., (2008). *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Barcelona: Bosch, p. 136, señala que dicho fundamento está en el art 24.2 CE, derecho a un proceso con todas las garantías ya que los medios de impugnación son una garantía esencial del proceso (garantía para el justiciable en cuanto al acierto y frente al arbitrio y el voluntarismo judicial).

⁴¹ STC, Pleno, nº 206/92, de 27-11-1993, BOE nº 307, de 23-12-1992, FJ 3, “...Constitución no es la suma y el agregado de una multiplicidad de mandatos inconexos, sino precisamente el orden jurídico fundamental de la comunidad política, regido y orientado a su vez por la proclamación de su art. 1, en su apartado 1, a partir de la cual debe resultar un sistema coherente en el que todos sus contenidos encuentren el espacio y la eficacia que el constituyente quiso otorgarles...”.

⁴² STC, Pleno, nº 27/81 de 20-7-1981, BOE 193/81, de 13-08-1981, FJ 10.

⁴³ Situaciones como las expuestas conllevan a realizar un estudio de las mismas, así como ante nuevas circunstancias, por tanto, una nueva interpretación lleva a incorporar como elemento renovador (CDFUE) y nuevas Convenciones Internacionales, como la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, (CIPDTMF).

⁴⁴ García de Enterría Martínez-Carande, E (2004): “La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de octubre de 2003, *Stone Court Shipping Company, S. A. c. España*, y las prácticas judiciales españolas para inadmitir recursos. Una censura expresa a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial efectiva. Necesidad de una rectificación radical de las posiciones restrictivas del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo en cuanto al ámbito del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva”. *RAP*, (nº 163), pp. 169-195. Más recientemente Santamaría Pastor, J. A., (2010). *La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Comentario*. Madrid: Iustel, pp. 813-814.

⁴⁵ SSTC, Sala 1ª, nº 95/89, de 24-05-1989, BOE nº 141 de 14-06-1989, FJ 2; Pleno, nº 37/95 de 7-02-1995, BOE nº 59 de 10-03-1995, FJ 2, 5; Sala 1ª, nº 173/99 de 27-09-1999, BOE nº 263, de 3-11-1999, FJ 3. Todas sientan la doctrina sobre la diferencia de acceso a la jurisdicción o principio *pro actione*, con el derecho de acceso a un recurso como derecho a la revisión de una resolución judicial que comprende la

es regulado por ley, debe ser cumplido por todos los operadores jurídicos, queriendo ello decir que estando presentes los presupuestos materiales propios de cada medida cautelar, dicha acción ha de decretarse; mientras que la discrecionalidad administrativa y judicial no deben o deberían presentar las disfunciones o anomalías que se constatan en cuanto a la estimación o no de la pretensión cautelar. De producirse y permitirse la segunda, se materializará una ruptura del vínculo inseparable entre la tutela judicial efectiva y el Estado de Derecho.

A su vez el presente estado de la cuestión permitirá desarrollar la investigación superando los límites de la ciencia del derecho estática e ir a una nueva aproximación de los instrumentos jurídicos internacionales convencionales y del DUE aplicado a nuestro derecho interno, aproximación que requiere un análisis preciso y reconstrucciones de conjunto, no limitado a corto plazo. Aproximación que deberá inexorablemente abordar la compleja dinámica del dialogo entre tribunales respecto de los derechos fundamentales. En este caso con la CDFUE, interpretada por el (TJUE) y de ahí a nuestro derecho interno, ya sea a través del art. 93 CE o por la vía del art. 10.2 CE o por la obligación recogida en el art. 4 *bis* LOPJ⁴⁶; así como con el CEDH y la jurisprudencia del TEDH. Esto traerá el análisis de categorías tales como que los derechos fundamentales no son de carácter absoluto, tienen sus límites, pero ello no impide que se pueda defender la necesidad de la suspensión automática de determinados actos administrativos impugnados para la salvaguardia de los derechos fundamentales a través de los presupuestos actuales de las medidas cautelares en el Derecho de Extranjería.

Evidentemente el valor de los derechos fundamentales por muy grande que sea no permite considerar implícita en la Constitución instituciones de garantías que ésta explícitamente no ha creado⁴⁷, pero esta misma regla tampoco permite que en un Estado de Derecho se utilicen definiciones o terminologías jurídicas, o se conformen conceptos jurídicos indeterminados que no sean sometidos a control jurisdiccional o control de constitucionalidad o de convencionalidad, pues se generaría en ambos casos inseguridad jurídica. No obstante, en todo caso, como señala el TC se ha de interpretar la Ley en la forma más favorable a la maximización de su contenido.

Todo lo anterior implica un cambio que se enfrenta de bruces con declaraciones hasta ahora concluyentes, criterios rígidos que no se adaptan a las nuevas circunstancias, construyéndose así una constante antinomia asentada en la práctica forense empleada por los órganos jurisdiccionales (como botón de muestra tenemos el derecho fundamental a la vida privada o familiar). Estas situaciones repercuten sobre la garantía de la seguridad jurídica⁴⁸. Dicho de otra forma, nos enfrentamos ante circunstancias donde, tanto ciudadanos de la Unión como ciudadanos de terceros Estados, se pueden encontrar en situaciones administrativas muy diversas, las cuales constitucionalmente pueden tener o ser interpretadas a través de determinados derechos fundamentales o humanos de forma diferente a como la interpretan determinados tribunales regionales, repercutiendo ello en el ordenamiento jurídico ordinario español.

tutela judicial efectiva por natural extensión del derecho a los recursos como derechos de configuración legal. Más recientemente la anterior doctrina ha sido ratificada en el ATC, Sala 1ª nº 65/18, de 18-06-2018.

⁴⁶ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE nº 157, de 02-07-1985.

⁴⁷ SSTC, Pleno, nº 66/85, de 23-05-1985, BOE nº 134, de 5-06-1985, FJ 2, la cual remite a la nº 42/82, Sala 2ª, de 5-07-1982, BOE nº 185, de 4-08-1982, FJ 3. Muestra en contrario STC, Pleno nº 172/20.

⁴⁸ García de Enterría Martínez-Carande, E., (2000). *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Madrid: Civitas, pp. 104-105.

El problema que se plantea tiene una compleja solución. Cualquiera que sea la postura que se adopte es posible detectar situaciones en las que la respuesta no sea satisfactoria completamente. Ello, como se verá, se refleja en las opiniones de los expertos estudiados. Por tanto, se trata de determinar si existe o ha existido un método interpretativo concreto y sistemático sobre los presupuestos generales de las medidas cautelares adaptado al Derecho de Extranjería, bajo el manto jurídico antes descrito.

Para la fundamentación de lo anterior es necesario tener presente la totalidad del ordenamiento jurídico, atendiendo a la transversalidad del derecho migratorio o el conjunto normativo que conforma el mismo. No podemos realizar el análisis de la institución de las medidas cautelares aplicadas al Derecho Extranjería desde el pensamiento único y bajo determinadas consignas metodológicas; debemos realizarlo con la metodología desarrollada por VILLAR PALASI en su obra *Técnicas remotas del Derecho Administrativo*, que como expresara RODRÍGUEZ-ARANA en su presentación su “*labor de investigación debe superar tres obstáculos: a) la pérdida del sentido de totalidad de un Ordenamiento jurídico; b) el peligro de desdeñar los detalles; y c) los peligros de la exteriorización del propio ordenamiento: la inversión lógica de las categorías*”⁴⁹. Con esos peligros y desde esa perspectiva se aborda el presente estado de la cuestión, planteando las interrogantes que sean necesarias para determinar el correcto funcionamiento de la institución a estudiar. Se descenderá a los detalles de la misma para poder ver las ideas, las circunstancias que las rodean, cómo se manifiestan en sí mismas y determinar si puedan encajar o encajan perfectamente en los presupuestos históricos de las medidas cautelares. Quizás las soluciones o las respuestas no sean compartidas, pero entiendo que es más importante ello, que no quedarnos en el análisis descriptivo de dichas situaciones y a partir de ahí, tener o dar en el presente y para el futuro una respuesta u otro punto de partida que pueda tener una mayor coherencia lógica. De lo contrario, seguiremos limitándonos a continuar leyendo etiquetas que se van repitiendo de un autor a otro, de una sentencia a otra o de una resolución administrativa a otra y no se analizara la génesis del problema.

Ese descenso nos permite, a su vez, conocer las diferentes estructuras de las instituciones administrativas y judiciales en relación con la aplicación de las medidas cautelares en la disciplina. Cómo y con qué fin son adoptadas determinadas medidas cautelares, cómo son interpretadas determinadas categorías jurídicas que manejamos habitualmente en otras especialidades y que en determinadas ocasiones, las trasladamos miméticamente a la materia en estudio, como única fuente de aplicación.

Con ello no se pretende la creación de teorías inaplicables o radicalizar la respuesta o de simplificarla en exceso, como tampoco exacerbarla y que con ello se renieguen las doctrinas tradicionales del lenguaje jurídico, ideas o tesis que fueron en su momento positivas, sino, que lo pretendido es, aplicarlas en su justa medida, atendiendo a lo intrincado, convulso y transversal del tema. El propio discurrir del tiempo ha hecho que las doctrinas tradicionales del lenguaje jurídico hayan ido entrando en desvalor. Se pretende con un lenguaje descriptivo, operativo, directivo y de vinculación a la realidad práctica constatar que la interpretación de los presupuestos y características jurídicas que abordaremos para la aplicación de las medidas cautelares a la presente materia, unido a

⁴⁹ Villar Palasí, J. L., (2001). *Técnicas remotas del Derecho administrativo*. Madrid: INAP, Presentación J. Rodríguez-Arana Muñoz, p. 12.

los derechos fundamentales, se encuentran hoy más unidas y vinculadas que nunca, que no existe un divorcio entre ellos como se pretende hacer ver.

Justamente esas circunstancias propician las condiciones para reflexionar acerca de la ineludible importancia de abordar la materia que será objeto de estudio desde el punto de vista de fundamentar los conceptos jurídicos y categorías jurídicas que en la misma se utilizan con una visión más adaptada al Derecho de Extranjería, como un derecho que se desarrolla en unas circunstancias *sui generis*, bastante diferente a cualquier otra especialidad que se puede abordar desde el punto de vista del Derecho Administrativo. Conduciendo lo antes expuesto, a valorar si a las medidas cautelares en estudio se les debería agregar un *plus* valorativo de acuerdo con los derechos humanos y fundamentales antes señalados.

En el control de la Administración por la jurisdicción contencioso-administrativa en la materia de extranjería se produce, en sentido general, de acuerdo con los principios generales establecidos en la CE, sin embargo, a pesar de ello con bastante frecuencia se presentan disfunciones sustantivas y procesales que chocan con la sensibilidad de un Estado Social y Democrático de Derecho. La institución jurídica que será sometida a estudio debe de ser interpretada no solo bajo el manto del carácter revisor, sino también por el del carácter protector de dicha jurisdicción contenciosa administrativa. Ello no solo, como jueces del control de los actos administrativos, sino como jueces garantes y protectores de los derechos humanos, constitucionales y del DUE. Por tanto, han de ver la naturaleza jurídica de las medidas cautelares en el Derecho de Extranjería y los bienes jurídicos protegidos, bajo su luz y dentro del contexto de los derechos humanos citados *ut supra*. La labor de los jueces va más allá del carácter revisor de la jurisdicción contenciosa administrativa, va más allá de las creencias de cada juez o Magistrado; debe ir a analizar la pretensión concreta del ciudadano extranjero en toda su integralidad, debiendo resolver con el carácter garantista de la misma, con una interpretación de los derechos humanos y fundamentales identificados a un canon o *test* destinados al alza.

El estudio de parte de la jurisprudencia existente al respecto permitirá concluir que la misma aún utiliza y mantiene vigentes criterios antiguos y tradicionales, que perpetúa temas basados en las teorías de una administración de intervención, limitación o de policía, de autoridad superior y omnipotente, siendo ello ineficaz. El nuevo enfoque integrador de la interpretación de las medidas cautelares en la presente especialidad debe estar basado en los derechos humanos y fundamentales, integrándose dentro de los mismos los derechos sociales o colectivos, todos en correspondencia con el interés general⁵⁰ de un Derecho Administrativo Constitucional.

Ese nuevo enfoque alcanza a examinar la reticencia de los órganos jurisdiccionales en cuanto a la adopción de las medidas cautelares positivas o en cuanto al mantenimiento de criterios sobre determinados presupuestos de las medidas cautelares, como el de valoración o ponderación del interés general, que responden a fórmulas generales o rituales.

Definido el estado de la cuestión comienzo, a desarrollar el presente estudio.

⁵⁰ Meilán Gil, J. L., (2016). *Derecho Administrativo Revisado*. Sgto. de Compostela: Andavira, p. 35.

INTRODUCCIÓN.

I.- OBJETO Y OBJETIVOS DE ESTUDIO.

De acuerdo con el estado de la cuestión planteado, el estudio, esclarecimiento y delimitación de la problemática de las medidas cautelares en el Derecho de Extranjería reviste características de un tema actualizado, conformando así el objeto y objetivos fundamentales de la presente investigación.

Las medidas cautelares en la presente especialidad están reguladas administrativamente en el art. 61 LO 4/00 formando parte de las garantías de la tutela administrativa efectiva, antesala de la tutela judicial efectiva cautelar (art. 24 CE en relación con art. 129 y ss. Ley 29/98, LJCA⁵¹). La adopción de las mismas, tanto en el ámbito del Derecho Administrativo, procedimiento administrativo⁵² sobre los actos administrativos⁵³, como en el orden jurisdiccional, hace que se encuentren estrechamente interrelacionadas con el

⁵¹ Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, BOE nº 167, de 14-07-1998.

⁵² La adopción de estas medidas se refleja en los diferentes tipos de procedimientos administrativos de extranjería que se generan, tanto en procedimientos sancionadores, como de extinción, denegación de solicitudes, estudiantes, entre otros tantos. Dentro de los procedimientos sancionadores se estudiarán las medidas cautelares más llamativas; dentro de ellas, el internamiento. Al respecto, se han de tener en cuenta las cifras estadísticas recogidas en los informes que se dirán más adelante, donde se reflejan los datos de personas internadas y efectivamente expulsadas o devueltas. Como veremos, se constata una vez más que el internamiento no queda legitimado por su finalidad práctica, y que se incumple así la máxima del TC de que el internamiento debería justificarse si ciertamente fuera efectiva la expulsión, no como finalidad preventiva o práctica de detener y luego ver si se puede expulsar, o lo que viene señalando el TJUE, la perspectiva razonable de la expulsión, el mantenimiento del internamiento y su prórroga. A su vez la estrecha relación entre devolución, denegación de entrada, expulsión y medidas cautelares permite profundizar en el estudio de esta última como salvaguarda y garantía tanto procesal como sustantiva sobre los más vulnerables. Entre los informes críticos contra España respecto de las conductas anteriores, encontramos el Informe del Relator Especial sobre Derechos Humanos de los Migrantes, François Crépeau del año 2012, donde señaló el carácter de última *ratio* del internamiento, el cual es permisible únicamente cuando no existan “*medidas menos restrictivas*”. Informe CIE 2016. Medidas Diarias de repatriaciones forzadas. Servicio Jesuita a Migrantes, España. Informe Anual 2019, Defensor del Pueblo. (2020 Vol. I. Informe de gestión). Sobre esta problemática a nivel internacional, se puede estudiar Sampson, R.; Mitchell, G. & Bowring, L. (2011), *Existen alternativas: Manual para la prevención de la detención innecesaria de migrantes*. Melbourne: Coalición Internacional contra la detención, pp-10-12, 16, 51.

⁵³ Acoto, que de acuerdo con la magnitud de actos administrativos que se puedan generar en la materia y por los cuales se pueda solicitar la adopción de medidas cautelares, es imposible abordar por su casuística interna todos los tipos de actos y procedimientos. Por tanto, los mismos se tratarán de forma general, se estudiarán los presupuestos, características y requisitos fundamentales para su adopción. Esto se hace extensivo a las medidas cautelares en materia de asilo y protección internacional, las cuales no serán tratadas específicamente, así como las medidas cautelares en el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, ni del amparo constitucional. Tampoco serán objeto de estudio las medidas cautelares en lo referente a la adopción de las mismas ante los recursos frente a disposiciones generales. Para esto último se puede consultar a Fuertes López, M., (2002). “Tutela cautelar e impugnación reglamentos”. *RAP*, (nº 157), pp. 57-88. En igual sentido se pueden ver AATS, Sala 3ª Sec. 1ª, nº 4042/93 de 4-10-1993 y Sec. 1ª, nº 1589/93 de 4-10-1993, doctrina sobre la interpretación para la adopción de medidas cautelares ante la impugnación de normas, define que ante la falta de acreditación de dato alguno sobre los perjuicios alegados o daños, ni siquiera de forma indiciaria, no permite determinar lo difícil o imposible de la reparación de los mismos, ello derivado de la inmediata materialización del decreto impugnado. La ponderación de intereses en conflicto viene marcada por la naturaleza normativa del objeto del recurso. Dicha doctrina permanece en principios generales inalterada hasta nuestros días.

“*ius migrandi*”⁵⁴, los derechos humanos y fundamentales inherentes al hombre⁵⁵, a su dignidad⁵⁶ y al desarrollo de la personalidad. Ese nuevo *ius migrandi*, cada día más globalizado por diferentes causas⁵⁷, entronca con el Derecho Administrativo Global⁵⁸, la internacionalización del derecho de la inmigración; dicho de otra forma, el derecho migratorio y la internacionalización del derecho administrativo requieren de una gobernanza global multinivel⁵⁹. Tal combinación tiene un reflejo en el derecho interno de los Estados.

La discutida, compleja, vulnerable e insegura situación jurídica en que se encuentra el extranjero inmigrante en determinadas etapas de un proceso de extranjería lo conduce al desaliento, por lo que lo hace “abandonar no pocas veces el recurso que la ley les ofrece”⁶⁰. Ello no es más que el resultado inicial de su propio proceso legal, el cual puede iniciarse *prima facie* con un proceso cautelar, el que no está exento de un difícil recorrido con pérdidas de garantías o seguridad jurídica. En dicha etapa, ya sea administrativa o

⁵⁴ Vitale, E., (2006). *Ius migrandi figuras de errantes a este lado de la cosmópolis*. (P. Dal’Bon e I. Fernández Giua. Trad.). Barcelona: Melusina., pp. 5-14, 27, 63 y ss., 258-259.

⁵⁵ En esta investigación se utilizarán indistintamente los conceptos derechos humanos y derechos fundamentales, partiendo de la condición que son precisamente inherentes al ser humano, a la persona, Los mismos son concebidos desde la perspectiva material, que es lo relevante para el fondo de la misma, no entrando a valorar, aunque se mencionan la fuente que los recoge.

⁵⁶ El TC en relación con la dignidad humana ha señalado que el art.10.1 CE consagra la misma a todas las personas, por ende, otorga a todas ellas aquellos derechos que le pertenecen por igual, aunque con mayor o menor “*fuera*” de cada derecho en dependencia de su proximidad a dicha dignidad. Razona el TC el por qué unos derechos son más “*universales*” que otros, dependiendo ello de su diverso grado de conexión con la dignidad, lo que le lleva a afirmar que el grado de conexión de un concreto derecho con la dignidad debe determinarse a partir de su contenido y naturaleza. Dicha interpretación, al ser aplicada a determinados supuestos en la materia en estudio, como (p. ej.) los relacionados con el art. 18 CE, intimidad familiar, vida privada, el TC considera respecto de su propia interpretación comentada que no ve la “*fuera*” necesaria, “*el grado de conexión*”, en la magnitud suficiente, entre vida privada, familiar y dignidad. Esto hace que dicho criterio interpretativo esté alejado del alcance y significado que imprime al mismo el CEDH y la CDFUE.

⁵⁷ Son múltiples causas que van desde el propio problema medioambiental (migraciones medio ambientales), la pobreza o casusas económicas y sociales que tiene que ver con el desarrollo sostenible, hasta las guerras.

⁵⁸ Kingsbury, B., Stewart R. B., (2016). *Hacia el Derecho Administrativo Global: Fundamentos, Principios y Ámbito de Aplicación*. Madrid: INAP Global Law Press/, pp. 125-137, 141-156. Meilán Gil, J. L., (2011). *Una aproximación al Derecho Administrativo Global*. Madrid: INAP Global Law Press/, pp. 11-48, 53-66, 147-152, 173.

⁵⁹ Barnés Vázquez, J., (2018). “Procedimiento administrativo y organizaciones globales”, en L. Parejo Alfonso & M. Vaquer Caballería, (Dir.) *Estudios sobre el Procedimiento Administrativo I Derecho comparado*, (pp. 261-303). Valencia: Tirant lo Blanch. Señala el autor que las bases conceptuales del Derecho Administrativo Global se asientan, en entre otros factores, en la gobernanza multinivel, así como en cuanto a la rendición de cuentas y la legitimidad democrática de la acción de las organizaciones globales marcadas por criterios y principios de carácter procedimental (cómo hacer), proyectados sobre los procesos decisorios, transparencia, publicación, motivación y control, requiriendo una renovada comprensión de la dogmática del Derecho Administrativo, pp. 291-303. Esto aplicado a nuestra investigación llevaría a una reinterpretación amplia de toda la acción administrativa y judicial, (p. ej.), de las políticas públicas en cuanto a la cooperación en las fronteras exteriores de los EM de la UE, o una diferente gestión de registro unificada de información entre las agencias de inmigración; o más allá de nuestras fronteras, firmas de tratados o convenios de regularización de movimientos transfronterizos con mayores garantías de derechos humanos; judicialmente, una especialización de los operadores jurídicos y de la judicatura

⁶⁰ Fernández Torres, J. R., (2007). *Historia legal de la Jurisdicción contencioso-administrativa (1845-1998)*. Madrid: Iustel, p. 338.

jurisdiccional, una medida cautelar adecuada permite ofrecer dichas garantías o seguridad jurídica.

La indivisibilidad e interdependencia⁶¹ de los derechos humanos⁶² deben ser la *vis expansiva*⁶³ de los presupuestos de las medidas cautelares, principalmente del *fumus boni iuris*. Determinar el sentido y alcance de dichos presupuestos, renovar su auténtico sentido de garantizar la finalidad del proceso, su connatural virtualidad operativa ante el nuevo escenario jurídico en el que los mismos se desarrollan, se deben convertir además en una condición cualificada de protección *sine qua non* para la garantía de la tutela judicial efectiva. Para ello, se analizarán una serie de aspectos que van desde la concepción formal de las medidas cautelares, su naturaleza jurídica, su dinámica de funcionamiento, hasta la naturaleza jurídica de los derechos que podrían verse conculcados como consecuencia de la aplicación de determinadas medidas.

Se determinará así, si existe o no un retraso endémico, casi congénito⁶⁴, desnaturalizado de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos; o si ha existido un cambio cualitativo regresivo en cuanto a la interpretación de estos, junto a los presupuestos para la adopción de las medidas cautelares en la presente especialidad. O si puede existir una nueva fecundidad o filiación jurídica, una nueva forma de interpretar, reconocer, reconstruir⁶⁵ o aproximar la tutela cautelar en el Derecho de Extranjería a dichos derechos humanos adaptados a las actuales engorrosas realidades de la inmigración.

Los anteriores objetivos generales nos van a aproximar a un contenido más acabado del derecho fundamental a la tutela cautelar como manifestación de la tutela judicial efectiva

⁶¹ Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobado en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada en Viena en 1993, punto 5º, afirma, “*todos los derechos humanos son universales, indivisibles, independientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso...*”. Previamente, Resolución 32/130 de 16-12-1977 AGONU referida “Sobre Distintos criterios y medios posibles dentro de la ONU para mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales”, declara que “*...la plena realización de los derechos civiles y políticos sin el consenso de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible...*”. En igual fecha, pero en la Resolución 32/120 “Medidas para mejorar la situación y garantizar el respeto de los derechos humanos y la dignidad de todos los trabajadores migratorios”, se plasma de forma concreta cómo los Estados pueden tomar las medidas para garantizar dichos derechos humanos en los trabajadores migrantes.

⁶² Bea Pérez, E., (2013). *Conversación con António Augusto Cançado Trindade. Reflexiones sobre la Justicia Internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 35. Señala Cançado Trindade, “*...y estos nuevos desafíos en estrecha relación con la justiciabilidad y exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales*”.

⁶³ Rodríguez-Arana Muñoz, J., (2006). “Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa en España”. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, (nº 28), p. 137.

⁶⁴ García de Enterría Martínez-Carande, E., (1992). *La Batalla por las Medidas Cautelares: derecho comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español*. Madrid: Civitas, p. 203.

⁶⁵ Ello nos lleva a reconocer la expresión de Hegel, retomada por Honneth y también utilizada por De Lucas, “*luchar por el reconocimiento*”. En este caso, dicha lucha es contra esa desnaturalización, contra las doctrinas enraizadas sobre las medidas cautelares en el derecho de extranjería, que requieren ser reformuladas, para lograr de conjunto y armónicamente un proceso de reconocimiento y reconstrucción, su adecuación junto otras categorías existentes, superando el estado o situación de anomia que padece el sector de inmigración. Honneth, A., (2011). *La sociedad del desprecio*. (F. J. Hernández, Benno Herzog, Trad.). Madrid: Trotta, pp. 19-21, del mismo autor, (2014). *El Derecho de la libertad. Esbozo de una eticidad democrática*. (G. Calderón, Trad.). Buenos Aires/Madrid, Katz/Clave Intelectual, pp-13-60. De Lucas Martín, J. F., (2016). “Déficits y falacias de la democracia liberal...”, op. cit., pp. 17-35.

en la actualidad del Derecho de Extranjería, desde la concepción más amplia de la misma. Esta concepción más amplia no agota su contenido en la exigencia de que el interesado tenga acceso⁶⁶ a los Tribunales de Justicia para manifestar y defender su pretensión jurídica en igualdad con las otras partes y gozar de la libertad de aportar todas aquellas pruebas que procesalmente fueran oportunas y admisibles; ni se limita a garantizar la obtención de una resolución de fondo fundada en derecho (sea o no favorable a la pretensión formulada, si concurren todos los requisitos procesales para ello); ni incluso se agota en el derecho a la impugnabilidad de dichas resoluciones; sino que exige también que el fallo judicial se cumpla y que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido. Lo contrario sería convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de los derechos que ellas comportan en favor de alguna de las partes, en meras declaraciones de intenciones” (STC, Sala 1ª, nº 32/82, de 7-06-1982, BOE nº 153 de 28-06-1982, FJ 2).

II.- MÉTODO CIENTÍFICO. PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO.

El método científico idóneo para poder realizar la presente investigación es la combinación de los métodos dogmático-jurídico y el método socio-jurídico, al atenerme a la normativa o legislación existente sobre medidas cautelares en la materia de extranjería, los principios y presupuestos doctrinales de su interpretación como medio principal para interpretar de forma real y, luego, práctica el sentido de dicha norma jurídica positiva. Ello siguiendo operaciones de lógica jurídica (inductiva o deductiva) que a través de una sistemática interpretativa de todo el sistema jurídico debido a la transversalidad del derecho de extranjería, hacen que los objetivos de la investigación sean mejor estudiados⁶⁷.

También me auxiliaré del método exegético, a través de la hermenéutica jurídica, y desde una perspectiva epistemológica de coordinación e interdisciplinariedad en la interpretación literal de la norma y su análisis lógico, atendiendo al sentido de las palabras reflejadas en el derecho positivo del derecho de inmigración, su reelaboración sistemática y estudios comparados. Igualmente he dado utilidad al método histórico jurídico, debido a que se hace mención obligatoria a la evolución histórica de la LO 4/00 y la regulación de la institución de las medidas cautelares, generándose en correspondencia con las diferentes etapas históricas una jurisprudencia. En determinados aspectos se ha empleado de forma combinada el método axiológico.

En igual sentido y bajo los mismos métodos, analizaré la naturaleza jurídica y los presupuestos del instituto jurídico en estudio, de sus características distintivas, de la razón de su ser y su finalidad. A su vez, analizaré el empecinamiento en determinadas categorías y afirmaciones rígidas y apriorísticas sin llegar a transformar el presente estudio en metafísico, sino aplicando una sistematicidad forense con coherencia lógica. He tenido en cuenta otras fuentes, pensamientos e investigaciones sobre la materia.

Al unísono, en la presente investigación, con los métodos reseñados, se encuentra un estudio jurídico-propositivo que pretende dotar de coherencia aproximativa unas propuestas alternativas de análisis interpretativo, de aplicación e integración de los presupuestos que conforman las medidas cautelares (*el periculum in mora*, la ponderación

⁶⁶ STC, Pleno, nº 37/95, FJ 2, 5.

⁶⁷ Pérez Moreno, A., (2009). “Metodología Jurídica”. *Revista andaluza de Administración Pública*. (nº 73), pp. 27-69.

de intereses y el *fumus boni iuris*), todos relacionados estrechamente con los derechos fundamentales⁶⁸. Ello a través del análisis jurisprudencial de los mismos en el sistema multinivel en que se encuentra nuestro derecho interno. Lo que me ha llevado obligatoriamente a tener en cuenta los cánones y estándares mínimos en cada uno de los niveles.

Para lograr los objetivos del presente estudio se ha realizado el análisis de una amplia y profusa bibliografía, datos hemerográficos, bases de datos, una extensa jurisprudencia que comprende sentencias de la Corte Internacional de Justicia, del TEDH, del TJUE, de la Corte Interamericana de Justicia y de nuestro TC y TS, así como demás órganos jurisdiccionales nacionales. En igual sentido se han tenido en cuenta los dictámenes de Comités Internacionales, como los del Comité de los Derechos del Niño (CDN) y los del Comité Europeo Derechos Sociales (CEDS), entre otros. A su vez, se ha realizado un análisis de la panoplia normativa en la materia, así como de las diferentes vertientes doctrinales y sus diversas aristas. Se han tomado como referencia insoslayable los enfoques más actualizados y relevantes sobre el tema. Asimismo, he analizado los informes de entidades nacionales e internacionales sobre la situación de determinadas medidas cautelares, abordando cada uno de los problemas detectados y su relación con los derechos fundamentales.

Con la metodología señalada se logra en definitiva realizar el estudio y cumplir los objetivos propuestos, así como facilitar una aproximación, un avance, en la solución o construcción de algunas soluciones de *lege ferenda* a las cuestiones procesales y de fondo más latentes que afectan a las medidas cautelares en la especialidad, dotando de mayor coherencia una propuesta configurativa desde una perspectiva multinivel, teniendo en cuenta sus estándares mínimos y el desplazamiento de dicho estándares y cánones en cada uno de los niveles.

III.- HIPÓTESIS O PREGUNTAS DE INVESTIGACIÓN.

Planteado el estado de la cuestión, la tesis y objetivos generales nos conducen a partir de ellos a precisar varias preguntas de investigación o hipótesis que se sustentan en el marco teórico que se expondrá. Para desarrollar los mismos se formularán las preguntas de investigación necesarias y, de sus posibles respuestas, se generarán estructuralmente una serie de partes y capítulos, de forma que hará posible la verificación y el alcance de las etapas anteriores a través de las conclusiones y recomendaciones.

Con el fin de alcanzar los objetivos generales antes propuestos, partimos de una serie de preguntas de investigación que permitirán definir objetivos más concretos. Entre ellas:

1.- ¿Existe una conexidad real, efectiva y eficaz de los derechos humanos (incluidos los sociales), basados en la dignidad y en el desarrollo de la personalidad, aplicados de forma directa a las medidas cautelares en la materia de extranjería? ¿La antinomia de la realidad migratoria actual y derechos humanos pueden ser solucionadas en parte y en lo que le

⁶⁸ Sin dejar de tener en cuenta determinadas observaciones realizadas, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, entre ellas, lo señalado por Parejo Alfonso, L. J., (2003). *Derecho administrativo*. Barcelona: Ariel, p. 1205, “*la consagración y la protección constitucional de los derechos fundamentales no constituyen soporte para la solución consistente en la necesidad de la suspensión de los actos que incidan o afecten a tales derechos fundamentales. Incluso en el ámbito de los derechos fundamentales es la suspensión de la ejecución de los actos administrativo continúa siendo algo excepcional, puesto que dichos actos emanan de poderes legítimamente constituidos...*”

corresponde al derecho migratorio sobre la base de los criterios jurisprudenciales clásicos que devienen en insuficientes o se han de aplicar estándares de derechos humanos al alza?

¿Se realiza un control de convencionalidad efectivo por los órganos judiciales ordinarios al respecto? ¿Pueden las interpretaciones realizadas por el TEDH y el TJUE sobre el CEDH y la CDFUE en cuanto a los estándares y cánones mínimos de derechos fundamentales influir, vincular y determinar el estándar de los derechos fundamentales de nuestra CE, o estos últimos debe ir al alza respecto a aquellos? De ser aceptada como respuesta positiva a esta variable interrogativa, ¿Es extensivo ello a otros instrumentos internacionales, como la CSE?; ¿Pueden ser estos estándares aplicados a las medidas cautelares en el disciplina en estudio? ¿Serían extensivas las anteriores interrogantes y respuestas a las Administraciones públicas intervinientes en los procedimientos de extranjería que pueden ser objeto de medidas provisionales?

¿Hasta dónde pueden llegar sustantivamente los límites de los derechos humanos o fundamentales tras los análisis interpretativos que realizan los tribunales de dichos derechos humanos convencionales o constitucionales o los que realicen los órganos judiciales ordinarios aplicados estos *prima facie* a los recursos cautelares?, ¿Deben ser interpretados los mismos como derechos dirigidos a garantizar la efectividad del recurso o la sentencia o deben ser interpretados o tenidos en cuenta como elementos determinantes para la previsibilidad de los daños irreversibles que se causaría por la actuación administrativa? ¿Puede el diálogo multinivel de los tribunales sobre los derechos fundamentales influir o determinar un cambio interpretativo en los presupuestos de las medidas cautelares en la presente especialidad? ¿Cuáles serían los efectos o consecuencias al respecto?

2.- Reconocemos hoy día en nuestro derecho interno la existencia de una nutrida doctrina científica y jurisprudencial que tiene su aplicabilidad en la práctica jurídica forense de las medidas cautelares. A su vez, la misma se encuentra en interacción con el sistema regional y supranacional donde nos encontramos ¿Dicha doctrina científica y jurisprudencial está o no en correspondencia con la problemática en estudio? ¿Son o deben ser interpretados los presupuestos generales de las medidas cautelares con matizaciones de acuerdo con las características de la presente especialidad? ¿La configuración normativa de las medidas cautelares en nuestro Derecho de Extranjería está o no determinada por la interacción jurisprudencial del sistema regional y supranacional donde nos encontramos?

3.- En dependencia de las respuestas a las variables interrogativas anteriores, se generan otras. ¿Es el Derecho Administrativo de Extranjería signatario del derecho a una buena administración, en su expresión debido proceso/proceso equitativo, derecho que debe ir dirigido a garantizar la utilización de las medidas cautelares de forma efectiva, eficaz y garantista? ¿Qué defectos normativos tiene la regulación de las medidas cautelares en la actual LO 4/00 que hacen posible la existencia de disfunciones legales de orden público, tanto sustantivas como procesales en el procedimiento administrativo? ¿Son realmente efectivos y eficaces los recursos cautelares, son recursos suspensivos automáticos, tanto en los procedimientos administrativos propiamente dichos, como en la jurisdicción contencioso administrativa?

4.- ¿Debe ser el principio de proporcionalidad/razonabilidad/previsibilidad el que conforme la naturaleza jurídica del *periculum in mora* o ha de continuar siendo el de garantizar la efectividad del recurso y la sentencia?

¿Puede existir una nueva aproximación configurativa de un interés general en la presente disciplina que puede estar integrado entre otros, bajo los principios de los derechos humanos y fundamentales?

¿Se ha de continuar sosteniendo la interpretación de una concepción patrimonializada sobre el interés general por parte de la Administración, visión utilitaria, o como criterio de legalidad, muchas veces vacío de contenido?

¿Hacen estos elementos que el *fumus boni iuris* adquiera una intensidad suficiente que pueda desplazar al *periculum in mora*, estando este último basado en el principio de garantizar la efectividad del recurso y la sentencia? ¿Pueden superarse las reticencias existentes sobre el presupuesto del *fumus boni iuris* a partir de los nuevos elementos señalados, serían estos elementos un *plus* de refuerzo integrante de las características del buen derecho?

¿Han de integrar como nuevas circunstancias a tener en cuenta en la configuración del presupuesto del *fumus boni iuris* elementos vinculantes tales como, informes, dictámenes, sanciones de organismos internacionales, así como las cuestiones prejudiciales pendientes de resolver en el TJUE?

¿Puede un *periculum in mora* basado en la previsibilidad del daño, junto a un *fumus boni iuris* de intensidad suficiente como la expuesta, conllevar a una suspensión automática aunque esta no esté configurada por el legislador? ¿Se pueden emitir resoluciones judiciales prospectivas al respecto?

¿Puede existir o existe correspondencia entre el interés general que se conforma en el derecho migratorio y el interés individual de los ciudadanos extranjeros?

5.- ¿Se pueden presentar o presentan en la jurisdicción contencioso administrativa, proceso cautelar, disfunciones, contradicciones entre los derechos subjetivos e intereses de los legitimados con alguna otra parte interviniente? ¿Se presentan dificultades de acceso al recurso cautelar y luego a los recursos impugnativos contra las decisiones judiciales adoptadas por los más vulnerables?

6.- ¿Pueden existir dentro de la especialidad en estudio cuantas medidas cautelares sean necesarias, desde las medidas positivas, hasta aquellas registrales que sean capaces de garantizar la efectividad de la sentencia?

7.- ¿Se cumple en la presente especialidad la doctrina general sobre la prueba, sus características o solo son expresiones teóricas, cuando en la práctica forense, el nivel de exigencia varía y se dista del discurso teórico?

8.- ¿Son verdaderamente efectivas y eficaces las medidas cautelares adoptadas en cuanto a su ejecución?

Quizás las anteriores interrogantes pudieran ser fácilmente respondidas por cualquier estudioso del derecho, sin embargo, entiendo que no es así. La filosofía subyacente en la especialidad es compleja, no parece nimio profundizar al respecto. Como se ha dicho la actualidad migratoria es enrevesada. El estatuto jurídico del extranjero en España, está conformado, entre otros aspectos, sobre la base del art. 13.1 CE en relación con el art. 10.2 y art. 149.1 del mismo texto constitucional, reservándose el Estado la competencia exclusiva para la regulación de las cuestiones esenciales en cuanto a nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo. Ello, a su vez, bajo el manto de la política migratoria y DUE, la cual responde, entre otros aspectos, a diferentes factores

que van desde la confrontación, centralización por los actores gubernamentales, giros o puntos de cambio⁶⁹, proceso de integración⁷⁰, factores económicos⁷¹, etc.

Lo anterior parece tener un largo recorrido⁷², pero no es así, aún está en realización, no está concluido, no serán pocas las dificultades para su acabada configuración, ejecución y pleno funcionamiento. Ello hace necesario, previamente, realizar una contextualización de la situación actual de la extranjería, derecho migratorio o derecho de la inmigración en la UE, y luego en España. Dentro de la contextualización de la UE se analizará la legislativa, su profusa elaboración de normas, destacando la CDFUE y su repercusión en nuestro derecho interno, a su vez se estudiará la jurisprudencia vinculante del TJUE. En cuanto a España, como se verá ha desarrollado y desarrolla su política migratoria y de integración, así como su despliegue normativo, con sus avances y retrocesos⁷³.

⁶⁹ Para tener una mejor comprensión en cuanto a las políticas migratorias de integración y su repercusión de la UE: Brunella, M. (2016). *Estudio sobre las políticas migratorias en la Unión Europea...*, op. cit., pp. 172-177. García Juan, L., (2014). *Las medidas de integración de los inmigrantes en la Unión Europea...*, op. cit., pp. 27-56, 87-112, 146-202. En igual sentido, Preámbulo Punto III LO 2/09, de 11-12-2009, Modificativa LO 4/00, Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración, Ministerio de Trabajo e Inmigración. Se trabaja en el Plan Estratégico de Ciudadanía de Integración, anunciado por el Presidente del Gobierno en la reunión de Marrakech 2018, con motivo del Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular de las Naciones Unidas.

⁷⁰ Wolffhardt, A., Conte, C., & Huddleston, T., (2019). *The European benchmark for refugee integration: a comparative analysis of the national integration evaluation mechanism in 14 EU countries*. Brussels: Migration Policy Group and in Warsaw by Institute of Public Affairs.

⁷¹ Arango Vila-Belda, J., Mahía Casado, R., Moya Malapeira, D., & Sánchez-Montijano, E., (2018). *Inmigración y Asilo, en el centro de la arena Política*, pp. 15-16, 22-26. Anuario CIDOB de la Inmigración 2018. También se puede ver en el mismo Anuario, Mahía Casado, R., (2018). “Población extranjera residente en España: evolución, características e integración económica”, pp. 80-113. Así como, Rinken, S., Godenau D., Martínez de Lizarrondo Artola, A., (2018). “La integración de los inmigrantes en España ¿Pautas diferenciadas en distintas etapas de la crisis?”, pp. 238-259; todos en J. Arango Vila-Belda (et al. Dirs.). *Inmigración y Asilo, en el centro de la arena Política*. Anuario CIDOB de la Inmigración 2018. Barcelona: CIDOB. Mendoza Díaz, J., (2011). “Perfiles de la inmigración latinoamericana en España”, en C. M. Díaz Barrado & J. M. Rodríguez Barrigón (Dirs), C. Díaz Silveira (Coord.) *Migraciones internacionales y co-desarrollo. El caso de Ecuador*. (pp. 53-66). Centro de Estudios de Iberoamérica. Molina Navarrete, C., Esteban De La Rosa, G., & Pérez Sola, N., (2009). *Inmigración e integración de los extranjeros en España*. Madrid: Difusión Jurídica, p. 12 y capítulo segundo titulado Regulación e intervención el ámbito de la inmigración, concretamente la perspectiva de la inmigración económica.

⁷² Por ejemplo, se ha de recordar que la primera reforma de la CE del 78, fue precisamente en 1991 con el fin de adecuar el art. 13.2, para así poder ratificar el Tratado de Maastricht por el que se consagraba una ciudadanía de la Unión, en la que se incluía el derecho de sufragio activo y pasivo de los nacionales de la Unión en todos los EM.

⁷³ En 2018 y 2019 las autoridades españolas recibieron la atención de diversos organismos de derechos humanos. La más reciente visita oficial a España ha sido del 14-25 de enero de 2019, del Relator Especial de ONU, sobre cuestiones de las minorías, Fernand de Varennes el cual en su Informe de Conclusión señaló, que en términos generales España cuenta con un amplio marco legal para la protección de los derechos humanos, ya que ha ratificado todos los principales tratados internacionales de derechos humanos, con la excepción de la Convención de Trabajadores Migrantes y sus Familiares (CIDTMF). En igual sentido varios Comités de la ONU (CDESC y CDN) publicaron sus observaciones sobre los informes periódicos emitidos por España. Dictamen del CDN de 12-02-2019 (CRC/C/80/DR/4/2016), sobre la determinación de la edad en los rechazos en frontera, devoluciones sumarias, incumple los art. 20.1 y 37 de la CDN. Anteriormente el año 2005, se emitió Informe por Álvaro Gil-Robles, Comisario para los Derechos Humanos, de su visita oficial a España en el punto VI del Informe Inmigración y Asilo, ordinal 73 a 136. En el año 2004 Informe sobre los derechos humanos de los migrantes presentado por la Relatora Especial de la Comisión de Derechos Humanos (CDHH), Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro de fecha 14-01-04 de

En tal sentido, la institución procesal de medidas cautelares aplicadas al Derecho de Extranjería ha respondido a tres etapas fundamentales de la historia reciente. La primera en correspondencia con la LO 7/85⁷⁴ y con la Ley de la Jurisdicción de 1956, coexistiendo la LO 7/85 luego con la LJCA de 1998. La segunda corresponde a la LO 4/00 y la LJCA de 1998. Más recientemente, la tercera etapa se puede enmarcar a partir de 2009 hasta la actualidad. Esta última etapa se puede caracterizar a través de las respectivas modificaciones de gran calado de las leyes citadas, la LO 4/00 en el 2009 (LO 2/09 de 11-12-09⁷⁵ y su Reglamento RD 557/11 de 20-04-2011⁷⁶ ROLEX), la LJCA en el 2011 a través de la Ley 37/11 de 10 de octubre de Medidas de Agilización Procesal (LMAP)⁷⁷. Esto no quiere decir que entre la segunda y tercera etapas generales no existen periodos - que se describirán- donde se producen también importantes cambios normativos al respecto, relacionados estrechamente con el Reglamento 1/05 del CGPJ del año 2005⁷⁸.

Las etapas enmarcadas llevan aparejado el análisis no solo de la evolución normativa, sino también la del análisis de la evolución del pensamiento jurídico al respecto, constatándose que, en correspondencia con la primera etapa, existe una prolífera y avanzada jurisprudencia, así como un pensamiento jurídico, teórico científico progresista. La segunda etapa está caracterizada por una regresión normativa y reticencia jurisprudencial, así como por una fuerte crítica dogmática jurídica al escenario existente. La presente etapa, pendiente de un estudio más sostenido, vislumbra vaivenes en la jurisprudencia y se consolida un estudio jurídico integralmente crítico a la convulsa situación migratoria. El enfoque integrador permite valorar la existencia o no de una nueva visión de la Administración, de una Administración moderna al servicio del ciudadano -en nuestro caso del extranjero- como garante de sus derechos fundamentales⁷⁹, e inspirada en el principio de legalidad y transparencia y del *ius migrandi*; o ver si continúa siendo una Administración de policía. En lo que nos ocupa, una Administración multidisciplinar, atendiendo a la transversalidad de la especialidad, lo cual hace aún más complejo el procedimiento y el acto administrativo.

La cuestión anterior, a pesar de los tiempos modernos y la existencia de los derechos fundamentales, tales como el derecho a una buena administración, no es del todo admitida por las Administraciones Públicas intervinientes en la disciplina en estudio. A ello no escapa la Administración de Justicia y los órganos jurisdiccionales, así como el resto de operadores jurídicos, convirtiéndose en muchas ocasiones, las consignas, expresiones, programas, etc, en meras afirmaciones fugaces, cuando se constatan serios problemas en los procedimientos administrativos y procesos contenciosos administrativos. Por lo tanto, como he señalado, la cuestión no se puede reducir tan solo a los elementos normativos,

conformidad con la Resolución 58/190 de la AGONU y la Resolución 2004/53 de la CDHH Período transcurrido entre el 1º de agosto de 2003 y el 30 de agosto de 2004. ONUBIB, UV.

⁷⁴ LO 7/85 1 de Julio sobre derechos y libertades de los extranjeros en España.

⁷⁵ BOE nº 299 de 12-12-2009.

⁷⁶ BOE nº 103 de 30-04-2011.

⁷⁷ BOE nº 245, de 11-10-2011.

⁷⁸ Aspectos accesorios de las actuaciones judiciales de 15-08-2005, modificado por Acuerdo del Pleno del CGPJ, 28-11-200, art. 42.5 Respecto a las medidas cautelares en el orden contencioso administrativo. BOE del 12-12-2007

⁷⁹ García de Enterría Martínez-Carande, E., (1989). *Hacia una nueva justicia Administrativa*. (2ª. Ed.). Madrid: Civitas, pp. 43-45.

sino que hay que valorar y alcanzar toda la estructura del razonamiento jurídico, que en ocasiones viene condicionado por el propio objeto o instituciones que los razonan.

La complejidad antes citada se refleja en el quehacer diario de los operadores jurídicos, al momento de la solicitud o adopción de medidas cautelares. Los mismos se enfrentan a categorías jurídicas totalmente nuevas, por ser en cierta medida extrañas debido a las propias transformaciones del ordenamiento jurídico interno producto de las obligaciones supranacionales, teniendo que aplicar dichas categorías a los antiguos y anquilosados presupuestos y características que regulan las medidas cautelares.

Históricamente se ha concebido que uno de los fines de las medidas cautelares es garantizar el cumplimiento de la resolución final o de la sentencia, *periculum in mora*. También es conocido que no es posible admitir que, si la justicia cautelar está concebida como instrumento para la necesidad del proceso de quien cree tener la razón se convierta en un daño para sí mismo.

Lo dicho implica que, al momento de analizar los presupuestos para la adopción de una medida cautelar en la especialidad en estudio, lo tenemos que abordar desde una serie de notas técnicas que hacen combinar esos presupuestos históricos con las categorías nuevas, haciendo ello diferente la presente disciplina a otras especialidades en el procedimiento administrativo y contencioso administrativo. Ya no solo basta con el análisis de los presupuestos de manera general y determinar en el caso concreto los intereses individuales del solicitante y la ponderación de los mismo con el interés general, sino que habrá que contextualizar cada situación, atendiendo, a si el extranjero en concreto es o no ciudadano de la Unión o familiar de este, si es un ciudadano extranjero de un tercer Estado, o con acuerdos concretos con la UE o con España, analizar la situación concreta de ese país de origen, si son menores, si son solicitantes de asilo o protección internacional, situación administrativa, si es un supuesto de irregularidad sobrevenida, familia, derechos sociales en juego, entre otros tantos factores, todos en relación con la dignidad y el desarrollo de la personalidad.

Cobra así singular importancia el buen actuar de la Administración (un mal actuar o *fumus mali iuris* de la administración puede traer serias consecuencia o daños irreversibles). Son en definitiva actos de gravamen a los derechos subjetivos del extranjero, que hacen al mismo pasar a ser una especie de *homo sacer*, le hacen nuda la vida, se le quita la vida sin sanción. Esto puede suceder por ejemplo (p. ej.), en procedimientos de reagrupación familiar, arraigo social, renovaciones, estudiantes, extinciones, etc., ya que en función de ello se aplica un régimen u otro, por ende, una forma u otra de analizar los presupuestos a aplicar y los derechos humanos y fundamentales intervinientes. Es decir, se ha de tener presente:

A).- Si se trata de una institución que debe de estar dirigida a proteger los intereses de los extranjeros o a los intereses generales, desde el procedimiento administrativo hasta que recaiga la resolución judicial firme del órgano jurisdiccional competente, atendiendo a los derechos humanos y fundamentales que están en juego.

B).- Si deben ser unas medidas encaminadas a lograr la suspensión o paralización transitoria de la ejecutividad, ejecutoriada o ejecución forzosa de los actos administrativos en esta esfera administrativa, atendiendo a que todos los actos que en ella se emiten son actos de un alto contenido de gravamen individual sobre el ciudadano extranjero.

C).- O, sin perjuicio de que se pueda producir o no la suspensión de forma total o parcial y de acuerdo con la presencia de los derechos humanos y fundamentales en juego, -

destacando dentro de ellos los derechos sociales-, si es viable o no la concesión de medidas cautelares positivas. En fin, todas para evitar, esa nuda vida o quitar precisamente la vida sin sanción o una muerte civil.

Lo cierto es, que hay que plantearse en estos momentos si después de más de 30 años de las primeras sentencias interpretativas del TC sobre los derechos fundamentales de los extranjeros, y de acuerdo con las circunstancias y contextos actuales de los mismos, se han de mantener iguales razonamientos y criterios interpretativos o se han de reformular dichas interpretaciones. Es decir, si mantener la misma interpretación jurisprudencial del art. 10.2 CE en relación con los arts. 13, 93 y 96 todos CE, respecto a los Tratados y Convenciones internacionales; o reinterpretar las condenas recibidas por España de los organismos internacionales y comités que controlan el cumplimiento de las garantías de los derechos consagrados en dichas normas internacionales e incorporarlos a esa nueva interpretación, exponer un nuevo control e interpretación de la convencionalidad (ya sea concentrada o concentrada abstracta⁸⁰ o difusa).

IV.- MARCO TEÓRICO.

El marco teórico de la presente investigación está enmarcado indistintamente en las tres etapas antes señaladas. El momento político en que se aplican determinadas leyes es un aspecto que una sociedad y sus operadores jurídicos no pueden, ni deben desconocer. Ello es lo que nos permitirá ver en el desarrollo de la investigación lo antes señalado en cuanto al comportamiento, (p. ej.), de la jurisprudencia del TS respecto de la primera etapa, que, a pesar de las limitaciones políticas y normativas del momento (de la LO 7/85 y de la Ley de la Jurisdicción de 1956), fue una jurisprudencia revolucionaria para su época. Luego en la segunda etapa a partir de la LO 4/00 y todas sus modificaciones con carácter restrictivo (LO 8/00), unido a modificaciones procesales en la LJCA en cuanto a la competencia de los recursos impugnativos contra las sentencias, trajo consigo por un lado, una regresión cualitativa en la jurisprudencia y por otro, una dispersión de la doctrina jurisprudencial, rompiendo en cierta forma el principio de unidad de doctrina, como emanación del principio de seguridad jurídica. Ya en la tercera etapa, la actual, se han producido modificaciones de calado, recientemente la modificación de la LO 7/15 de 21 de julio que modifica la LOPJ (en lo que aquí nos interesa, en cuanto al recurso de casación y su nuevo carácter nomofiláctico, unificador de la jurisprudencia, *ius constitutionis*), lo que permitirá paulatinamente ir evaluando la jurisprudencia que vaya emitiendo el mismo al respeto.

Bajo la concepción de un derecho estático, se puede plantear que todo está escrito sobre los temas jurídicos, esto es, que todo está dicho. Quizás ello sea cierto para alguna especialidad concreta del Derecho, pero no se puede afirmar que sea así para todas, sino que, al contrario, existen muchas especialidades y categorías jurídicas, que por el paso del tiempo y por su aplicación concreta a determinados tipos de supuestos, cambian y evolucionan, debiendo adaptarse su estudio y configuración jurídica a las propias circunstancias dinámicas de la sociedad. Ello, es lo que sucede con el tema de este trabajo de tesis doctoral.

⁸⁰ STC, Pleno, nº 270/15, de 17-12-2015, BOE nº 19-01-2016, y sus votos particulares, en cuanto al control de la convencionalidad.

Como se constata, las medidas cautelares son una institución jurídica que perdura a través de los tiempos⁸¹, pero el estudio que se realiza es, como se ha dicho, nuevo ante la problemática migratoria actual, realidad pujante que traspasa todas las fronteras y paradójicamente las limita⁸², sobrepasa todos los órdenes (el social, el económico, el político, el orden público, etc.) por ello irremediamente se proyecta como una situación a la que aún le falta mucho por solucionar debido a los múltiples factores que la originan⁸³.

El marco teórico de las migraciones abarca no solo la normativa señalada, sino también las teorías sobre las migraciones⁸⁴. En ambas cuestiones, la normativa y las teorías migratorias, existe un factor de común denominador, el ser humano. Al respecto y alrededor de él, se desarrollan las mismas, se potencializan los derechos humanos, los derechos fundamentales, el *ius migrandi*, el derecho internacional migratorio, etc, pero todas siguen conduciendo a un mismo resultado o conclusión; la problemática sigue sin solucionarse.

Las medidas cautelares en el Derecho de Extranjería están reguladas en el art. 61 LO 4/00, pero final e ineludiblemente pasan por el tamiz de la tutela judicial efectiva, en su expresión de tutela cautelar sin fisuras, (art. 24 CE en relación con art. 129 y ss. LJCA, así como con los art. 6 y 13 CEDH y art. 47 y 48 CDFUE). Este marco normativo exige en su más amplia dimensión una adecuada utilización del principio de proporcionalidad

⁸¹ Como es conocido las medidas cautelares han existido a través de la historia desde su creación en el Derecho Romano a través de la “*pignoris capio*”. En el Derecho Español, la encontramos inicialmente en las “Siete Partidas”, sancionadas por el Rey Alfonso X “El Sabio”, específicamente en la Tercera, más tarde Leyes de Toro y la Novísima Recopilación. Ya más reciente el CC español de 1889, la LEC. La Ley de la Jurisdicción Contenciosa de 1956, (art. 122) y la actual LJCA (art 129 y ss.).

⁸² Como he expuesto en el estado de la cuestión respecto a las fronteras y la bibliografía citada, en lo que aquí nos ocupa, las fronteras están íntimamente relacionadas, por un lado, con la globalización de la migración como problemática política, económico, social y, por otro, con la libre circulación de personas y mercancías en lo que se refiere al Viejo Continente; sin embargo, realidades tan cambiantes, como emergentes (la pandemia del Covid-19) de la noche a la mañana hacen que, en cuanto a la primera, se restrinja mucho más, y en cuanto a la segunda, se cierren dichas fronteras y se tomen medidas restrictivas de derechos. Núñez Herrera, V. E., (2020). “El Coronavirus, medidas necesarias restrictivas de derechos”. *Aspectos jurídicos del Coronavirus, Guía práctica*. Artículo Monográfico. Sepín, SP/DOCT/98532.

⁸³ Entre ellos, pobreza (dentro de esta la feminización de la pobreza global), hambrunas, medio ambiente, violaciones masivas de los derechos humanos, guerras y conflictos civiles, inseguridad o la persecución derivada de la discriminación por motivos de raza, origen étnico, color, religión, idioma u opiniones políticas, corrupción generalizada, desigualdades económico-sociales entre el Norte (rico) y el Sur (pobre), escasa cooperación al desarrollo, entre otros.

⁸⁴ No es objeto de este trabajo abordar las diferentes teorías al respecto, tales como las teorías neoclásicas, la de los factores Push–Pull, las histórico-estructural, las teorías del mercado de trabajo dual o fragmentado, las teorías del sistema global o también denominadas de los sistemas mundiales o de la dependencia, las teorías de los sistemas o redes migratorios o sociales (microsociales) e institucionales, la teoría de la causación acumulativa. No obstante, en este sentido se pueden ver Gómez Walteros, J. A., (2010). “La Migración Internacional: Teorías y Enfoques, una mirada actual”. *Semestre Económico*, (nº 26), pp. 81-99. Vázquez, R., (2008). “Migración, ciudadanía, fronteras”. *Isonomía*, (nº 29), pp. 195-204. Martínez Veiga U., (2000). “Teorías sobre las migraciones”. *Migraciones & Exilios: Cuadernos de la Asociación para el estudio de los exilios y migraciones ibéricos contemporáneos*, (nº 1). (Dedicado a: Migraciones: teoría e historia), pp. 11-26. Massey Douglas S., Arango, J., Hugo G., Kouaouci, A., Pellegrino, A., & Taylor Edward, J., (1993). “Teorías de Migración Internacional: Una Revisión y Aproximación”. (A. Aguilar Calahorro. Trad.). *Population and Development Review*, (Vol. XIX, nº 3), pp. 431-466.

de todos los intereses potencialmente afectados por el planeamiento de que se trate en aras de evitar situaciones irreversibles⁸⁵.

Descendiendo en el marco teórico concreto, cumpliendo así uno de los objetivos propuestos, el régimen jurídico de los recursos cautelares tanto en el ámbito administrativo como jurisdiccional, su configuración o regulación, su funcionamiento efectivo y eficaz, me permitirá estudiar cómo se comportan los mismos, si son verdaderamente efectivos y eficaces. Se determinará así, por un lado, dicho comportamiento en el ámbito administrativo y si de ello se concluye su ineficacia, conocer la posible incidencia que pueda tener esto en el aumento sustancial de acceso a la jurisdicción contencioso administrativa, (aumentos de demandas). Por otro lado, se puede determinar, si parte de los problemas que presenta la saturación del actual modelo de recursos en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo responde o tiene su raíz en la ineficacia de los propios mecanismos administrativos de control interno de su actividad administrativa; o incluso con ello se puede determinar o desvirtuar, como se argumenta en algunos sectores doctrinales y jurisprudenciales que tal aumento o saturación jurisdiccional se debe al abuso de derecho de los justiciables, un uso desmedido de la figura jurídica en estudio, haciendo que se produzca una desconfiguración de la misma. Lo antes expuesto nos conducirá precisamente a determinar la efectividad del control cualitativo de la potestad administrativa por el orden jurisdiccional.

El sistema de recursos cautelares en la presente especialidad presenta un grupo de disfunciones procesales de orden público, pero ellas no son responsabilidad de los justiciables más vulnerables. Dichas disfunciones van desde el acceso a la jurisdicción, como al recurso cautelar propiamente dicho, así como sus formas de recursos impugnativos. Estas anomalías a quienes única y finalmente afectan son a los demandantes/recurrentes/justiciables más vulnerables, en este caso generalmente al extranjero. Estas disfunciones son responsabilidad de los Estados, que son quienes tienen el deber/obligación de la creación y mejora de recursos internos efectivos, eliminación de trabas en los requisitos de accesibilidad real, disponibilidad, especialmente en el sentido de que su ejercicio no debe ser obstaculizado de manera arbitraria, tanto por actos como por omisiones de las autoridades estatales (ya sean administrativas o judiciales). Es decir, ser “*efectivo, eficaz*”, tanto en la ley como en la práctica. La eficacia y la efectividad es lo que debe distinguir a la tutela cautelar. No solo basta con la existencia del recurso en sí, sino el contexto en el que opera, así como las circunstancias concretas del recurrente extranjero, la disponibilidad de hacer valer los derechos y libertades fundamentales; en fin, una garantía *prima facie* contra la arbitrariedad. Cualquier valoración o modificación en el sistema de recursos en el orden contencioso-administrativo que pretenda ser efectiva debe tener necesariamente en cuenta el sistema de recursos administrativos y su control, que debería servir como verdadero filtro de acceso a la jurisdicción y de evitación de los litigios contencioso-administrativos.

Son los jueces *a quo*, ya sean los órganos unipersonales o los colegiados, los únicos encargados en exclusiva de la adopción o desestimación de las medidas cautelares, ello en cualquier etapa del *iter* procesal, ya que la expresión, “*cualquier estado del proceso*” comprende: i) antes, con o después de la interposición del recurso, ii) para asegurar, en

⁸⁵ Berberoff Ayuda, D. T., (2011). “La regulación de las medidas cautelares”. *Actualidad Administrativa, La Ley*. (nº 21), pp. 2620-2634.

su caso, la ejecución de la sentencia (art. 83.2 LJCA) y iii) ejecución provisional de la sentencia recurrida (arts. 84.1 párrafo segundo y 91.1 párrafo segundo, ambos LJCA) en el supuesto de ejecución provisional de la resolución judicial.

Los antecedentes investigativos más significativos del último decenio del siglo XX en España sobre las medidas cautelares los encontramos en obras tales como *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*⁸⁶, *La batalla por las medidas cautelares: Derecho comunitario europeo y proceso contencioso administrativo*⁸⁷, las cuales de una manera directa o indirecta fundamentan nuestra investigación. A su vez, obras como *Medidas provisionales en el procedimiento administrativo*⁸⁸; *La nueva tutela cautelar en el contencioso administrativo*⁸⁹, fundamentan nuestra posición. Ya a inicios del presente siglo encontramos *El nuevo sistema de medidas cautelares en la LJCA de 1998*⁹⁰, *Medidas cautelares en lo contencioso administrativo y Constitución. Una propuesta para un debate aún abierto*⁹¹; *Las Medidas Cautelares en la Ley 29/1998, de 13 de Julio, de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Análisis doctrinal y jurisprudencial*⁹². Ya más avanzado en el tiempo, primera mitad del actual siglo, tenemos trabajos como “*De nuevo sobre las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso administrativa. La ineludible reforma legal*”⁹³. Más recientes, en los últimos años, *Derecho procesal*

⁸⁶ Chinchilla Marín, M. C., (1991). *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*. Madrid: Civitas.

⁸⁷ García de Enterría Martínez-Carande, E., (1992). *La batalla por las Medidas Cautelares*, op. cit.

⁸⁸ Rebollo Puig, M., (1993). "Medidas provisionales en el procedimiento administrativo", en L. Martín-Retortillo Baquer & J. González Pérez. (Coords.). *La protección jurídica del ciudadano: (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional): estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez*. (Vol. I Consideraciones generales: el procedimiento administrativo). Madrid: Civitas SA.

⁸⁹ Bacigalupo Saggese, M., (1999). *La nueva tutela cautelar en el contencioso administrativo*. (Antecedentes, alcance y límites de la reforma operada por la Ley 29/1998). Madrid: Marcial Pons, pp. 13 y ss. En similares términos, Fenor de la Maza y Córñide Quiroga, Á., (1997). *Nuevas perspectivas en el proceso contencioso-administrativo. Las medidas cautelares*. Madrid: Montecorvo.

⁹⁰ Gimeno Sendra, J. V., (2000). “El nuevo sistema de medidas cautelares en la LJCA de 1998”, en F. Sosa Wagner. (Coord.). *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Prof. Dr. D. Ramón Martín Mateo*. (Vol. II). Valencia: Tirant Lo Blanch.

⁹¹ Hernández Corchete, J. A., (2000). “Medidas cautelares en lo contencioso administrativo y Constitución. Una propuesta para un debate aún abierto”. *Cuadernos de Derecho Público*, (nº 10).

⁹² Ruiz Piñeiro, F. L., (2001). “*Las Medidas Cautelares en la Ley 29/1998, de 13 de Julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Análisis doctrinal y jurisprudencial*”. (1ª Ed.) Cizur Menor: Thomson Aranzadi. Luego más tarde el mismo autor, (2008) junto a López De La Riva Carrasco, F., & Garrido Bengoechea, L. A., publicaron un texto con el mismo título, actualizado a esos tiempos.

⁹³ García de Enterría Martínez-Carande, E., (2008). “De nuevo sobre las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa. La ineludible reforma legal”, en I. Agirreazkuenaga Zigorraga. (Coord.). *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al Profesor Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*. (Vol. II. *Tutela Judicial efectiva*, pp. 1459-1472). Zaragoza: Universidad de Zaragoza.

administrativo⁹⁴, *Las Medidas Cautelares en el Proceso Contencioso-Administrativo*⁹⁵, *Medidas cautelares. Artículos 129 a 136*⁹⁶, *Tratado de Derecho Administrativo*⁹⁷.

EL desarrollo y la decidida aplicación jurisprudencial de la tutela cautelar en el ámbito del DUE ha impulsado e impulsará no solo el debate doctrinal sino, en particular, la apertura de nuevas líneas de interpretación más favorables a la adopción de medidas cautelares, en la tradicionalmente restrictiva y reticente jurisprudencia española, específicamente en cuanto al *fumus boni iuris*. A tal efecto, así se ha venido consolidando un constante y creciente estudio sobre la tutela cautelar en el ámbito del DUE. Entre dichos estudios podemos encontrar, *El procedimiento de medidas cautelares ante el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas*⁹⁸; *La tutela judicial cautelar en el Derecho Comunitario*⁹⁹; *La tutela cautelar de los derechos comunitarios en nuestro proceso contencioso-administrativo*¹⁰⁰. Ya más reciente, e incluso consolidado, el propio derecho de la UE pero antes del Tratado de Lisboa, encontramos la obra *Tutela cautelar contencioso-administrativa y Derecho europeo. Un estudio normativo y jurisprudencial*¹⁰¹.

Concretamente sobre el tema objeto de estudio tenemos los primeros trabajos en *Medidas cautelares en el derecho de extranjería: Internamientos, expulsiones y otros aspectos de derecho de extranjería*¹⁰², *La tutela cautelar en sectores específicos del Derecho Público: extranjería, materia tributaria, función pública*¹⁰³. Ya a mediados del primer decenio de

⁹⁴ Sala Sánchez, P., Xiol Ríos, J. A. & Fernández Montalvo, R., (2013). *Derecho procesal administrativo*. (T. VI, pp. 649-1060). Barcelona: Bosch.

⁹⁵ Sala Atienza, P., & Cadenas García, M. I., (2016). *Las Medidas Cautelares en el Proceso Contencioso-Administrativo*. Pamplona: Aranzadi Thomson Reuters. Llegando a expresar estos autores que “*El otorgamiento de las medidas cautelares recibe un impulso definitivo a partir del año 2000, en el ámbito de las materias referentes de extranjería, refugiados, el derecho de asilo y expulsión del territorio español...*”, p. 59.

⁹⁶ Palomar Olmeda, A., (2017). “Medidas cautelares. Artículos 129 a 136”, en A. Palomar Olmeda. (Dir.). *Tratado de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, (T. II, 3ª Ed, *Recursos, Ejecución de Sentencias y Disposiciones Comunes*, pp. 863-914). Cizur Menor: Aranzadi.

⁹⁷ González-Varas Ibáñez, S., (2020). “Sexta Parte. Disposiciones comunes a los Títulos IV y V. Capítulo XLVII. Medidas cautelares, (artículos 129-136 LJCA)”. *Tratado de Derecho Administrativo*. (T. II, 4ª Ed. *Comentarios a la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa*). Cizur Menor: Civitas. Thomson Reuters (e.book).

⁹⁸ Pastor Borgoñón, B., & Van Ginderachter, E., (1993). *El procedimiento de medidas cautelares ante el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas*. Madrid: Civitas.

⁹⁹ Rodríguez Iglesias, G. C., (1993). “La tutela judicial cautelar en el Derecho Comunitario”, en G. C. Rodríguez Iglesias, & D. J. Liñán Nogueras. (Coord.). *El Derecho Comunitario europeo y su aplicación judicial*. (pp. 633-652). Madrid: CGPJ, Universidad de Granada: Civitas.

¹⁰⁰ Menéndez Pérez, S., (1996). “La tutela cautelar de los derechos comunitarios en nuestro proceso contencioso-administrativo”, en VV. AA. S. Menéndez Pérez, (Dir.). *Cuadernos de derecho judicial*, (nº 21, pp. 265-474). Dedicado a *Implicaciones que en el orden jurisdiccional contencioso administrativo produce la integración en la Unión Europea*. Madrid: CGPJ.

¹⁰¹ De la Sierra Morón, S., (2004). *Tutela cautelar contencioso-administrativa y Derecho europeo. Un estudio normativo y jurisprudencial*. Cizur Menor: Aranzadi.

¹⁰² Heredia Puente, M., & Fábrega Ruiz, C., (1997). *Medidas cautelares en el derecho de extranjería. Internamientos, expulsiones y otros aspectos de derecho de extranjería*. Madrid: Colex.

¹⁰³ Tornos Mas, J., (1999). “La tutela cautelar en sectores específicos del Derecho Público: extranjería, materia tributaria, función pública”, en M. Campos Sánchez-Bordona. (Dir.). *Medidas cautelares en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Cuadernos de Derecho Judicial*, (pp. 213-253). Madrid: CGPJ

siglo, se realizan otros trabajos referidos a: El *internamiento de extranjeros*¹⁰⁴, *Detención e internamiento de extranjeros*¹⁰⁵. Más recientemente *Internamiento preventivo de extranjeros conforme al nuevo reglamento de los CIE*¹⁰⁶, *La realidad de los CIE en España: entre la ilegalidad y la ausencia de derechos*¹⁰⁷, *Los CIE: una realidad controvertida y compleja*¹⁰⁸, o *¿Detención por motivos migratorios? Respuestas desde los derechos humanos para España y México*¹⁰⁹.

En todos aquellos trabajos hay un elemento común, se centran en el internamiento como medida cautelar. Aunque se mencionan otras medidas cautelares como la detención, ninguna de las obras citadas aborda las medidas cautelares desde la perspectiva y objetivos aquí señalados. El análisis del catálogo de medidas señaladas en el art. 61 LO 4/00, su naturaleza jurídica e interacción con los derechos fundamentales, e incluso dentro de la propia medida cautelar de internamiento, aspectos tan discutidos, como el internamientos de personas con enfermedades infecto-contagiosas o psiquiátricas; o desde el punto de vista procesal, la determinación del órgano competente en unas medidas urgentes o cautelarisimas a partir de la definición de domicilio o órgano sancionador, o la solicitud de medidas cautelares de anotación preventiva de la demanda, las medidas cautelares positivas, medidas a personas jurídicas (transportistas o empleadores). Todo a su vez analizado a través del diálogo multinivel entre tribunales. En fin, como se contrastará lo novedoso e innovador de la presente investigación está dado en que se realiza un amplio estudio de las medidas cautelares en el Derecho de Extranjería.

El estudio nos permitirá definir si las medidas cautelares en extranjería constituyen o no un “*tertium genus*” como especialidad diferente a las clásicas o existen circunstancias y elementos como los ya señalados que la hacen contrapuesta. Así mismo, se definirá si las medidas solo deben ser suspensivas o positivas o pueden adoptarse otra serie de medidas que la legislación nos permite. Como he señalado, no se puede pensar sólo en las medidas de suspensión, internamiento, o pensar solo en los procedimientos sancionadores; también existe un más allá en las medidas cautelares en la materia investigada, el cual se encuentra en ese “*numerus apertus*” de medidas que también señala la LO 4/00 y con ello elaborar una aproximación teórica general acerca de las medidas cautelares en el ámbito del Derecho de Extranjería.

Lo anterior no está exento de múltiples críticas, las cuales contribuirán positivamente a un mejor enriquecimiento de la presente investigación. Si para un jurista ajeno a la especialidad, resulta extraña la situación planteada, no resultándose factible hallar algún tipo de explicación lógico jurídica a estas paradójicas contradicciones, para el extranjero, ya sea ciudadano de la Unión o de un tercer Estado, le resulta incomprensible; lo que

¹⁰⁴ Requejo Rodríguez, P., (2006). *El internamiento de extranjeros*. Valencia: Tirant lo Blanch.

¹⁰⁵ Martínez Pardo, V. J., (2006). *Detención e internamiento de extranjeros*. Cizur Menor: Aranzadi.

¹⁰⁶ Tomé García, J. A., (2014). *Internamiento preventivo de extranjeros conforme al nuevo reglamento de los CIE*. Madrid: Colex, pp. 65-85, 102-104, 123-142, 164-171, 193-194, 201-286.

¹⁰⁷ Lora Crovetto, M. J., (2017). *La realidad de los CIE en España: entre la ilegalidad y la ausencia de derechos*. Universidad del País Vasco: <http://hdl.handle.net/10810/24065>, recuperado 07-03-2016.

¹⁰⁸ González Belfas, M., (2017). “Los CIE: una realidad controvertida y compleja”, en *La inmigración en el ojo del huracán*. Arango Vila-Belda, J., (et al. Dirs.), (pp. 299-316). *Anuario de la inmigración*. Barcelona: CIDOB.

¹⁰⁹ Castilla Juárez, K.A., (2018). *¿Detención por motivos migratorios? Respuestas desde los derechos humanos para España y México*. México-Valencia: Tirnat lo Blanch, pp. 95-118, 143-252.

evidentemente, no contribuye a una mejor comprensión y/o socialización del sistema democrático.

V.- DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN.

Para poder llegar a lograr nuestros objetivos y las conclusiones que queremos obtener, el contenido de la investigación se desarrolla siguiendo un planteamiento por partes, haciéndoles corresponder a cada una de ellas una serie de contenidos como los que presentamos a continuación:

Una primera parte que se compone de seis capítulos, donde el objetivo fundamental es lograr una sistemática interpretativa de los derechos humanos en el sistema multinivel, conjugándolo con nuestro derecho interno y los presupuestos de las medidas cautelares para concluir esta primera parte con una aproximación teórica a las medidas cautelares en la especialidad, así como una aproximación a una definición de medidas cautelares ajustada a la presente materia.

En el primer capítulo se abordarán los principios y derechos humanos regulados en el derecho internacional, en su conformación dentro de la especialidad del derecho internacional del *ius migrandi*, y su correspondiente aplicación a las medidas cautelares en esta jurisdicción internacional.

En el segundo capítulo se analizará el CEDH y la interpretación de determinados derechos humanos y la jurisprudencia del TEDH; se distingue entre ellos el art. 13 CEDH y la interrelación de este con el recurso efectivo y eficaz, incluso la suspensión automática. Analizaré el denominado margen de maniobra que señala el TEDH que tienen los Estados contratantes respecto a las políticas migratorias. Con ello, nos permitirá delimitar el alcance y voluntad legislativa que puedan tener los Estados en su regulación migratoria.

El tercer capítulo que conforma esta primera parte está dirigido a abordar la temática del DUE. Donde se destacarán los derechos fundamentales de la CDFUE, los cuales estarán en correspondencia con el CEDH (de acuerdo con el art. 52 Carta) y con los derechos expuestos en el primer capítulo. Se destaca en el análisis el art. 47 CDFUE. En igual sentido se abordará la jurisprudencia del TJUE sobre la temática en estudio y el margen de apreciación de los EM a la hora de aplicar el DUE. Este margen de apreciación, margen de maniobra o autonomía procedimental permite a los Estados adecuar sus legislaciones de acuerdo con los respectivos sistemas de derechos y acceso a los recursos. Ello nos conduce al análisis del desplazamiento de los estándares de garantías de los derechos fundamentales, siendo la cuestión prejudicial el canal adecuado de reenvío para determinar dichos estándares, por lo que puede ser la misma en sí una causa de suspensión cautelar o de otorgamiento de cualquier otra medida cautelar, incluida la positiva.

El cuarto capítulo, estará conformado por el derecho interno español en el cual abordaré la concepción general de las medidas cautelares de acuerdo con la CE, por tanto, como derecho fundamental, la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). En igual sentido y en correspondencia con los capítulos anteriores se abordarán aquellos derechos fundamentales que inciden en las medidas cautelares y su aplicación directa en la jurisprudencia española sobre la materia. Se reflexiona sobre los cánones y estándares en los diferentes niveles de derechos fundamentales existentes en la región, CEDH, la CDFUE, así como la efectividad y eficacia de los recursos de las medidas cautelares¹¹⁰.

¹¹⁰ STC, Sala 1ª, nº 173/99, FJ 3.

En el capítulo quinto, nombrado control multinivel, constitucionalismo multinivel, repercusión en las medidas cautelares. No es más que la consolidación de la sistemática sostenida en el trabajo hasta ese momento sobre el comportamiento de los derechos humanos y derechos y libertades fundamentales en ese diálogo entre tribunales analizándose cómo pueden influir los principios (de atribución, subsidiariedad, margen de maniobra o apreciación, cooperación leal, equivalencia, efectividad, autonomía procedimental, proporcionalidad), en las medidas cautelares.

En el capítulo sexto de esta primera parte, se analiza concretamente el régimen jurídico actual de las medidas cautelares en nuestro derecho interno y su aplicación al Derecho de Extranjería. En él se expone todo lo antes analizado en los diferentes capítulos enunciados relacionándolo con los presupuestos de las medidas cautelares. Realizando una aproximación a la conformación de una teoría cautelar para las medidas cautelares en la presente especialidad. Dicha aproximación teórica se conforma precisamente a partir del sistema de fuentes actualmente existente, destacando el DUE, así como un nuevo enfoque integrador interpretativo del control de convencionalidad. A su vez, se tienen en cuenta en dicha aproximación configurativa todos los elementos positivos de los capítulos anteriores. Se destaca el derecho a una buena administración (art. 41 CDFUE), así como el *fumus boni iuris* y la existencia de un interés particular que en sentido general coincide con el interés general y con el interés de terceros. A su vez se fundamenta cómo en las medidas cautelares positivas existe una medida perfectamente ajustada a derecho, sin que sea un exceso de jurisdicción.

Finalmente, con la sistemática utilizada y como resultado de todos los elementos anteriores, se conforma una aproximación a la definición del concepto de medidas cautelares en el Derecho de Extranjería. Dicho concepto está en correspondencia con los presupuestos conocidos históricamente, así como la incorporación de otros requisitos que son el fruto de la presente investigación. Todos ellos, a su vez, en correspondencia con la legislación actual y con la doctrina jurisprudencial y científica actualmente vigente.

La segunda parte se conforma fundamentalmente por tres capítulos. Se realiza un análisis de las medidas cautelares en el procedimiento administrativo de extranjería. El objetivo fundamental de esta parte es dar a conocer el estado de la cuestión de la institución en estudio: las medidas cautelares en el procedimiento administrativo de extranjería. Por tanto, está dirigida en concreto a examinar la actuación administrativa. Dicho examen se realiza sobre la base los principios enunciados y estudiados en la primera parte.

En un primer capítulo se aborda el Derecho Administrativo actual, un Derecho Administrativo Global, retos del mismo respecto a un Derecho de Extranjería o migratorio global. Siendo ello la base teórica para luego descender a su aplicación en las medidas cautelares en el procedimiento administrativo. Destacándose el mencionado derecho fundamental a una buena administración, así como el interés general, donde se conforma una aproximación a la cuestión esencial de la definición de interés general para la presente disciplina. Aspecto este último que hasta el presente no ha sido estudiado por la doctrina científica al respecto. Se configura dicha aproximación a partir de la interpretación moderna de interés general. Con ello y a través de las reflexiones contenidas en el estudio se determina que el criterio de análisis y aplicación del interés general a las medidas cautelares en la presente materia es la concepción tradicional, no el criterio moderno de un interés general en función del ciudadano, en este caso del extranjero, como garantía de sus derechos fundamentales.

Se dedica un segundo capítulo a las medidas provisionales o cautelares. Suspensión de la ejecución de los actos impugnados en vía administrativa en el Derecho Extranjería. Régimen General y Régimen de Ciudadanos de la Unión y sus familiares. Para el estudio de los mismos se parte precisamente de toda la fundamentación doctrinal y jurisprudencial analizada en la primera parte. En él se abordan los diferentes supuestos específicos de adopción y denegación de la medida cautelar de suspensión, internamientos, su contexto general doctrinal, su naturaleza jurídica y requisitos. Se aportan los criterios rectores en cada ámbito de actuación. Se parte del art. 56 Ley 39/15 LPACAP¹¹¹, Medidas provisionales, y se hace especial referencia al art. 90.3 de la citada norma.

El capítulo tercero desgrana el art. 61 LO 4/00, medidas cautelares, en relación con el RD 557/11, estudiando otros tipos de medidas, como (p. ej.), las del art. 221, el decomiso. Se analizan especificidades en cuanto a la suspensión y medidas cautelares en los procedimientos sancionadores ordinarios y preferentes, en los procedimientos de prohibición entrada, denegación entrada, devolución, art. 58.3 y 60 LO 4/00. Se estudian determinadas medidas cautelares, como el internamiento, pero desde una nueva perspectiva, la de extranjeros enfermos psiquiátricos o de enfermedades contagiosas.

La investigación nos conduce a profundizar en aquellas medidas determinadas en el inciso f) del apartado 1 del art 61 LO 4/00 (cualquier otra medida cautelar que el juez estime adecuada y suficiente), atendiendo a este *numerus apertus* de medidas cautelares. Se realiza una aproximación al estudio de las medidas cautelares de anotación preventiva del recurso, demanda propiamente dicha y medida cautelar en el registro de extranjeros. Ello, a su vez, permite vincular y desarrollar la estrecha relación del régimen administrativo del extranjero en España y el desarrollo de la era tecnológica de la Administración. Todos los operadores jurídicos, pueden utilizar las herramientas informáticas y tienen un amplio acceso a ellas, convirtiéndose, como veremos, en una garantía y seguridad jurídica para la tutela administrativa y judicial efectiva.

Se profundiza en cuanto a las medidas cautelares a los transportistas del art. 61.2 LO 4/00 en relación con su Reglamento de desarrollo y art. 16 obligaciones de los transportistas, control de documentos, art. 17, remisión de información y art. 18, en casos de denegación de entrada. A su vez se estudian las medidas que se pueden adoptar a otras personas jurídicas como las entidades empleadoras.

La tercera parte está dedicada al análisis de los objetivos de estudio desde la perspectiva procesal en la jurisdicción contencioso-administrativa. Los principales problemas de fondo y procesales con los que se encuentra el recurrente al momento de la solicitud de las medidas cautelares. El acceso a la jurisdicción y al propio recurso cautelar. Esta parte está estructurada en seis capítulos.

Un primer capítulo dedicado de forma genérica a la vigente regulación de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo de la LJCA, el cual se entrelaza con el capítulo IV y VI de la primera parte. Se destaca en el mismo si la interpretación del *periculum in mora* y su naturaleza jurídica, debe continuar garantizando la efectividad del recurso y la sentencia o si debe ser una operación jurídica de determinación *prima facie* de la previsibilidad del peligro, daños y sus consecuencias. En igual sentido se

¹¹¹ Ley 39/15, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. BOE nº 236 de 02-10-2015.

realiza un análisis sobre la configuración y naturaleza jurídica del *fumus boni iuris* encaminado a desvirtuar la reticencia que se tiene sobre el citado presupuesto. Cerrando este capítulo el análisis de la proporcionalidad/razonabilidad de los intereses generales/terceros, intereses individuales, las obligaciones positivas del Estado y la determinación cuantificación de los daños, así como la irreversibilidad de los mismos. En dicho acápite se retoma la base teórica de la definición aproximativa del interés general realizado en la primera y segunda parte.

Un segundo capítulo dedicado a la legitimación, con especial referencia a los menores, cónyuge o persona unida por análoga relación de afectividad, descendientes, ascendientes, hermanos, así como lo relativo a los extranjeros privados de libertad. Se profundiza en la accesibilidad real al recurso cautelar. En este capítulo se profundiza en el conflicto de intereses (repatriación, devolución, determinación de la edad) de los menores, realizando una aproximación conformadora de solución, suspensión automática. Este capítulo sirve a su vez de base teórica al siguiente capítulo en el acápite dedicado a la determinación de la competencia, domicilio cuando el extranjero esta privado de libertad.

El capítulo tercero dedicado al cauce procesal cautelar nos hace llegar a través de sus diferentes acápites a las diferentes etapas del *iter* procesal, analizando (p. ej.), las características que adquiere la caución en la presente especialidad, así como lo relativo a la modificación, revocación o nuevas circunstancias del incidente cautelar, desarrollando este punto a partir de la interpretación del art. 132 LJCA.

Se dedica un amplio ordinal a las medidas cautelarisimas del art. 135 LJCA, que abarca desde la definición de la especial urgencia en relación con la LMAP pasando por el Servicio de Guardia, Juzgados de instrucción y contencioso administrativo, Reglamento 1/05 del CGPJ, Acuerdo de 2007 y su vigente legalidad, determinado la accesibilidad/admisibilidad del recurso cautelar, existencia de posibles rasgos de arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente. Se estudia una problemática que afecta a este tipo de medida, la determinación de la competencia territorial en dependencia del domicilio y del órgano autor del acto originario impugnado (art. 14.1 regla Segunda LJCA), cuando el extranjero se encuentra privado de libertad. En igual sentido se profundiza sobre la posibilidad de conocimiento o no por parte del juzgador de lo contencioso administrativo con efectos *ex tunc* para el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida de internamiento cuando conoce de ella a través de la medida cautelarísima, partiendo para ello del conocimiento previo que la regulación procesal existente legitima la jurisdicción penal. Sin embargo, se acredita a través de la jurisprudencia del TJUE que ello puede ser posible.

Seguidamente y en este propio capítulo tercero se estudia la inactividad/vía de hecho. Delimitando que es esta última es la que mayor presencia tiene en la materia investigada, por lo que se hace un análisis del comportamiento de los presupuestos y características de la misma, determinándose que debido a la configuración legal del art. 30 en relación con el art. 136 ambos LJCA hacen muy complejo la adopción de la citada medida.

Dando continuación al capítulo tercero de la tercera parte, se analizan las medidas cautelares positivas. En él se realiza un estudio sobre la concepción negativa existente sobre las mismas y la reticencia a su aplicación.

En igual sentido en este capítulo se fundamenta normativamente sobre la necesidad y justificación de la medida cautelar de anotación preventiva de la demanda y de la propia

medida cautelar en el Registro Central de Extranjeros (RCE) y Registro de Menores Extranjeros No Acompañados (REMENA).

Un cuarto capítulo dedicado a la prueba, en el cual se analiza el grado de exigencia sobre la prueba en la presente especialidad. Respecto del objeto de investigación, no se cumple la máxima teórica procesal que para las medidas cautelares puede valer una prueba indiciaria, una semi prueba, o no es necesario una prueba plena; aquí ocurre todo lo contrario, se exige una prueba plena, lo cual genera una contradicción interna en la propia sistemática interpretativa de la jurisprudencia cautelar en lo aquí investigado: por un lado, no se concede la medida cautelar porque con ella se puede entrar al fondo del asunto y por tanto, no se puede adelantar una solución que corresponde a aquel, y por otro, se exige una prueba que sea plena, la cual va dirigida al fondo del asunto.

El capítulo quinto de esta tercera parte va dirigido al estudio de la ejecución de las medidas cautelares y su ejecución provisional teniendo estrecha relación con el siguiente capítulo sexto los recursos impugnativos de los autos de medidas cautelares y de estos con la finalización del proceso, dictado de la sentencia y firmeza de la misma. Se analiza la doctrina de la perdida de objeto del recurso de apelación o casación por causa sobrevenida. En igual sentido se estudian las limitaciones interpretativas, normativas y jurisdiccionales respecto al recurso impugnativo de los autos del art. 135. 1-a)-b) LJCA. En este último capítulo sexto se realiza un análisis del recurso de casación respecto a los autos de medidas cautelares y su relación con art. 88.2-a-f) LJCA relativo a la interpretación de las normas de Derecho estatal o de la UE, así como la existencia de contradicción aparente con la jurisprudencia del TJUE en estrecha relación con la cuestión prejudicial y el carácter nomofiláctico y unificador de la jurisprudencia nacional desde una perspectiva *ius constitutionis*.

Esta nueva configuración del Recurso de Casación producto de la reforma en el año 2015 de la LJCA hace que el mismo esté abocado a realizar una nueva labor doctrinal sobre las medidas cautelares que ha de estar en correspondencia con el DUE y, en su caso, con el establecimiento de las cuestiones prejudiciales. Ese camino estará empedrado de luces y sombras, este es uno de los problemas actuales, debido a lo citado al inicio de esta Introducción, lo cambiante del sistema normativo y a la jurisprudencia que a su vez va creando el TJUE en la presente especialidad. No obstante lo anterior, he procedido a incorporar las sentencias más recientes en relación con la presente investigación. El estudio y comentario de las mismas me ha permitido perfilar hasta el presente la visión interpretativa del máximo tribunal ordinario respecto al Derecho de Extranjería y su doctrina sobre las medidas cautelares. Se observa y determina que su labor de reflexión, interpretación y unificación jurisprudencial durante un periodo de tiempo se vio en parte truncada de acuerdo con la propia regulación procesal, lo que trajo como consecuencia una dispersión interpretativa de conceptos y situaciones en todo el territorio nacional que afectaron el principio de unidad de doctrina y consecuentemente al de seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

VI.- DISPOSICIÓN DE LA BIBLIOGRAFÍA.

Para concluir con esta investigación se ha incluido un apartado en el que se recopilan todas aquellas obras que han sido consultadas para la elaboración de la misma. No pasa inadvertido, como he señalado desde el inicio de esta introducción, que uno de los perfiles a los que se refiere este estudio, es el análisis documental con una amplia fuente bibliográfica que, en relación con nuestro tema de estudio, ha visto la luz durante los últimos años. La misma está ordenada por orden alfabético correspondiente al primer

apellido del autor en cuestión. Asimismo, se hace necesario destacar que el criterio que he seguido para la disposición de obras que pertenecían a un mismo autor ha sido el correspondiente a la consecución cronológica progresiva, de manera que he dispuesto en primer lugar aquella obra más antigua y la más reciente al final.

Es interés aludir el espacio dedicado a la relación de sentencias, la cual está clasificada por tribunales, en este caso comenzando por el TEDH, las decisiones del CEDES, del Sistema Interamericano Comisión y CoIDH, la jurisprudencia del TJUE, luego la jurisprudencia del TC español, posteriormente la del TS, y más adelante la de los diferentes TSJ y juzgados contenciosos. Para ello también he aplicado el orden cronológico por fechas, en este caso de las más antiguas a las más recientes.

Entiendo que en este trabajo no es aséptico, hay valoraciones sobre cuestiones concretas, otras sobre cuestiones dogmáticas y teóricas que no serán compartidas, ello es fruto de una participación personal en el trabajo cotidiano y creador del derecho como operador jurídico sobre esta materia en general y en particular sobre de las medidas cautelares. Trabajo desarrollado en estos últimos años en los juzgados. Ello ha sido una de las motivaciones fundamentales que ha influido y decidido sobre la realización de la presente investigación. Llevar este tema a estos términos, para que pueda así dar una mejor idea de su contenido teórico-doctrinal-práctico-real y también de sus inevitables limitaciones que entrego al tribunal para su más estricta crítica.

No tengo dudas, por todo lo expuesto anteriormente, de que estamos ante un debate jurídico muy importante de estos tiempos; puede ser esta investigación un pequeño atisbo de conocimiento en un océano de dudas e incertidumbre sobre el devenir de la migración, puede ser la presente investigación protagonista de una guía que nos conduzca a una mejor solución de las circunstancias de fondo de la institución jurídica estudiada. La preocupación por la humanidad más desposeída y vulnerable es grande, sea este trabajo una pequeña contribución a que una parte de la justicia sea más efectiva y eficaz para solucionarlo.

PRIMERA PARTE.

RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS EXTRANJEROS RESPECTO A LAS MEDIDAS CAUTELARES. CONFIGURACIÓN INTERNACIONAL, REGIONAL Y NACIONAL.

I.- Configuración Internacional.

1.1- Consideraciones previas.

Se hace necesario en esta primera parte precisar tres campos fundamentales que conformaran el sustento de nuestra investigación.

Por un lado, la institución de las medidas cautelares o provisionales sus presupuestos y características básicas no han cambiado en el tiempo. El diccionario de la Real Academia de la lengua española, señala: cautelar (del latín *cautela*), es un verbo transitivo, indica “prevenir”, “precaver”; cauto (de *catus*), “precaución y reserva con que se procede”; adjetivo derivado de preventivo, precautorio. Son así las medidas cautelares reglas que se adoptan para prevenir, preservar el bien litigioso, la consecución de determinado fin o precaer lo que pueda dificultarlo en favor del actor y de la eficacia final de la sentencia. A partir de ello se empieza a elaborar toda una estructura dogmática entorno a la idea de la precaución o prevención a un posible daño. De esta manera se entiende que la palabra “cautelar”, es la forma que utiliza el proceso judicial o el procedimiento administrativo para avisarnos o advertirnos y el término “precaer, prevenir” para precisamente advertirnos de ello, de un riesgo, de un daño o peligro, para guardarse de él y evitarlo.

Como resultado de esta definición general se encuentran otras en diferentes diccionarios jurídicos, coincidiendo todos que las medidas cautelares son decisiones judiciales las cuales buscan efectividad en el inicio, durante y al finalizar un proceso (esto trasladable al procedimiento administrativo). Todo encaminado a garantizar el cumplimiento de la resolución final, ya sea judicial o administrativa. A su vez existen otros rasgos comunes en todas las definiciones, cumplimiento de las garantías constitucionales sustantivas y procesales, protección efectiva de los derechos subjetivos de las personas, es una anticipación a la garantía constitucional de defensa de esos derechos al permitir asegurar bienes, pruebas, mantener situaciones de hecho o para ayudar a proveer la seguridad de personas, o de sus necesidades urgentes. La finalidad de las mismas es evitar perjuicios eventuales a los litigantes, presuntos titulares del derecho subjetivo sustanciales, así como la de facilitar y coadyuvar al cumplimiento de la función jurisdiccional o administrativa según el caso. De modo que, si el objeto del proceso es resuelto conforme a derecho, garantiza que la resolución pertinente pueda ser eficazmente cumplida. Todas estas consideraciones las tendremos presente para más adelante realizar una aproximación de definición de medidas cautelares más ajustada para el ámbito sectorial en estudio.

Un segundo campo sería precisamente cómo se comporta la institución de las medidas cautelares, sus presupuestos y características en el plano internacional, regional y supranacional.

Un tercer campo abordaría los derechos humanos, derechos y libertades fundamentales, concebidos en el ordenamiento jurídico internacional, regional, supranacional y nacional, en su concepción de titularidad, como derecho subjetivo, su ejercicio y garantías en relación con la política migratoria, siendo estos aspectos llevados concretamente al primer punto señalado y ello a las medidas cautelares en el Derecho de Extranjería. Para luego analizar concretamente en el derecho interno si los primeros son apreciados de directa en

las medidas cautelares, o incluso como son interpretados los mismos en cuanto a las suspensiones por prejudicialidad interna heterogéneas (art. 4.1 LJCA) y la relación de estas con la prejudicialidad del art. 267 TFUE. Todo ello a través LO 4/00, su ROLEX y de la Ley 29/98.

En nuestro derecho interno lo anterior debe ser visto desde una nueva concepción, atendiendo fundamentalmente y a partir del TL (reconoce el mismo que la CDFUE tiene el mismo valor jurídico de los Tratados y efectos vinculantes). Los cánones y estándares de derechos fundamentales que en ella se estipulan son de aplicación directa cuando se actúa en base del DUE. Dicho lo cual, como se verá en la materia que abordamos dicho DUE tiene una incidencia¹¹² determinante, sin embargo, en la última reforma de la LO 4/00 no se hizo expresión de ello, art. 3.2 LO 4/00¹¹³.

Desde la LO 7/1985¹¹⁴ hasta la actual LO 4/00, (con sus diferentes reformas intermedias hasta la última LO 2/09 de 11 de diciembre), todas de una forma u otra han recogido en su articulado el Título I de la CE, plasmando los derechos fundamentales¹¹⁵ de los

¹¹² Alonso García, R., (2019). “La incidencia del Derecho de la Unión Europea en el proceso contencioso-administrativo español”, en R. Alonso García & J. I. Ugartemendia Eceizabarrena, (Dir.), *La incidencia del Derecho de la Unión Europea en la jurisdicción contencioso-administrativa. European Inklings* (EUI), nº 20. IVAP, pp. 7-19. En este sentido el profesor Alonso García ha venido insistiendo que el proceso de integración europea no obedece a la necesidad de salvar contradicciones con el DUE, sino una propuesta que va desde mejorar nuestro texto constitucional, adecuándolo a la realidad e incrementando la legitimidad democrática del proceso de integración y de sus decisiones, e incluso prever una cláusula constitucional que reconozca la vinculación a la CDFUE. Estas ideas también recogidas en el año 2014 en el *Informe para el debate*, que ha dado lugar a que García Roca, J. F., (2014). *Pautas para una reforma constitucional. Informe para el debate*. Cizur Menor: Thomson Reuters, Aranzadi, pp. 29-36. Criterios también compartidos por Freixes Sanjuán, T., (2016). “Los Derechos Fundamentales: el enfoque multinivel”, en T. Freixes Sanjuán & J. C. Gavara de Cara. *Repensar la constitución. Ideas para una reforma de la Constitución de 1978: reforma y comunicación dialógica*. (1ª Ed. Primera Parte, pp. 23-37). Madrid: CEPC, Agencia Estatal BOE. Previamente Informe del Consejo de Estado de febrero de 2006- nº E-1/2015, *Sobre la Modificación de la Constitución Española*.

¹¹³ Téngase en cuenta que después del año 2007, la LO 4/00 ha sido modificada por la LO 2/09, de 11-12-2009, BOE nº 299, de 12-12-2009. Ya en esa fecha como es conocido y veremos más adelante se había firmado por España su ratificación al TL y por ende la CDFUE (LO 1/08 BOE, nº 184 de 31-07-2008). Llama la atención que el Preámbulo de la LO 2/2009 donde se motiva o fundamenta la necesidad de la modificación de la citada ley atendiendo a un grupo de circunstancias, entre ellas, precisamente al número de normas del DUE que afectan al Derecho de Extranjería de los EM, y que no haga ni tan siquiera mención de la CDFUE. A su vez el TC también ya había invocado la Carta en temas relacionados con la materia de Asilo, STC Pleno, nº 53/02, de 27-02-2002, BOE nº 80 de 3-04-2002, FJ 3-b). Sobre la incorporación de la CDFUE, ver Ripol Carulla, S., (2010). “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el BOE (Consideraciones sobre el artículo 2 de la L.O. 1/2008, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa)”. RDCE, (nº 37), pp. 845-864.

¹¹⁴ Sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, BOE nº 158 de 3-07-1985.

¹¹⁵ Sobre el análisis, configuración, tratamiento y aplicación práctica de los derechos y libertades fundamentales de los extranjeros en España durante estos 40 años, existe una amplia y extensa bibliografía, como botón de muestra De Lucas Martín, J. F., (2019). “Migración y derechos humanos. Una perspectiva jurídica”, en VV.AA. *El fenómeno migratorio en España. Reflexiones desde el ámbito de la seguridad nacional*”. Comité especializado Inmigración. (pp. 207-219). Madrid: Presidencia del Gobierno. Fernández Pérez, A., (2018). *Derecho de Extranjería*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 15-25, 42-60, previamente, (2016). *Los derechos fundamentales y libertades públicas de los extranjeros en España: una visión desde la doctrina del Tribunal Constitucional*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 19-35, 44-99, 225-270. Fernández Segado, F., (2001). “El nuevo régimen jurídico de los derechos y libertades de los extranjeros en España”. *Teoría y Realidad Constitucional*, (nº 7), pp. 65-97, previamente el autor en (1993). “La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional”. *REDCE*, (nº 39), pp. 198 y ss.

extranjeros de acuerdo y en correspondencia con los Tratados y Convenios internacionales firmados por España (utilizando Tratados y Convenios, como concepto amplio que engloban Acuerdos, Resoluciones, Dictámenes, Informes, Memorándum), siendo el art. 10.2¹¹⁶ y art. 13 CE los ejes centrales de la materialización de dichos derechos. La LO 4/00 señala que lo dispuesto en ella se entenderá en todo caso, sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales y en los Tratados internacionales en los que España sea parte de conformidad con la efectividad del principio de dignidad de las personas, la igualdad, no discriminación y consecuentemente el reconocimiento de iguales derechos y obligaciones que los españoles¹¹⁷. Señalando a su vez, que las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros serán interpretadas de conformidad con la DUDH y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España¹¹⁸.

Como señalan las convenciones internacionales los derechos humanos hay que verlos a su vez en estrecha relación con la dignidad humana, con la igualdad, no discriminación y

¹¹⁶ Como cláusula de apertura (no aditiva), puerta de entrada de los derechos humanos, válvula de escape, canon privilegiado de interpretación, interpretaciones aditivas *praeter constitutionem* o *extra legem*. Permite el art. 10.2 CE ampliar el contenido de los derechos y libertades fundamentales recogidas en la CE, dando una eficacia cualificada a los mismos. Los derechos humanos actúan en conexión con los derechos y libertades fundamentales principales e incluso los de la Sección segunda Capítulo I o Capítulo II, todos del Título I CE. No actúan los derechos recogidos en los Tratados de forma autónoma, ni constitucionalizándose, pero sí dando esa eficacia cualificada antes señalada. El modelo monista adoptado por la CE a través del art. 10.2 permite que dichos Tratados ocupen una posición en el sistema de fuentes de nuestro derecho interno con independencia a la calificación que da la propia CE [art. 93, 94.1.2, en nuestro caso nos interesan los tratados del art. 94.1-c)] y el juego de los mismos como parámetros normativos y de interpretación de los derechos consagrados en la CE de acuerdo con la naturaleza jurídica de los Tratados, debiendo ser interpretados en ese sentido por los jueces y tribunales ordinarios, con los mecanismos legales al efecto (art. 96 CE). Sin embargo, la interpretación del TC al respecto dispone de un amplio margen de apreciación, muestra de ello, entre otras, SSTC Pleno, nº 36/91 de 14-02-1991, BOE nº 66 de 18-03-1991, FJ 5; Pleno, nº 91/00, de 30-03-2000, BOE nº 107 de 4-05-2000, FJ 3-7; Pleno, nº 140/18 de 20-12-2018, BOE nº 22 de 25-01-2019, FJ 6 (reafirman el amplio margen de apreciación al momento de acoger, o no, en qué medida y alcance del contenido de dichos derechos humanos en conexión con los derechos y libertades fundamentales de la CE). Esta diferencia interpretativa respecto de los derechos humanos entre tribunales ordinarios y el TC, como veremos, responden a funciones diferentes. En este sentido Pérez Tremps P., (2019). *Sistema de Justicia Constitucional*. (Ed. 3ª) Cizur Menor: Thomson Reuters, pp. 183-201. Matia Portilla, F. J., (2018). *Los tratados internacionales y el principio democrático*. Marcial Pons, pp. 115-120. Canosa Usera, R., (2015). *El control de convencionalidad*. Madrid: Civitas/Thomson Reuters, pp. 91 y ss. García Roca, J. F., (2014). *Pautas para una reforma constitucional...*, op. cit., p. 33, señala las razones de “pluralismo constitucional” europeo y el diálogo judicial constitucional europeo como causales fundamentales por las que se debería citar expresamente, tanto el CEDH, como la CDFUE.

¹¹⁷ En esencia, la inicial LO 4/00 pretendía que los extranjeros que se establecieran en España se equipararan a efectos constitucionales a los españoles, de conformidad con lo establecido en el art. 3 de la misma, «*los extranjeros gozarán en España, en igualdad de condiciones que los españoles, de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución y en sus leyes de desarrollo, en los términos establecidos en esta Ley Orgánica*». Dicha ley, sufrió una fuerte contra reforma por la LO 8/00, de 22-12-2000. En este sentido existe una amplia bibliografía, entre ella se puede consultar Tarabini-Castellani Aznar, M., (2002). *Reforma y contrarreforma de la ley de extranjería. (Análisis especial del trabajo de los extranjeros en España)*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 13-45.

¹¹⁸ Villán Durán, C., & Faleh Pérez, C., (2017). *El sistema universal de protección de los Derechos Humanos su aplicación en España*. Madrid: Tecnos, pp. 26-29. Bonet i Pérez, J., (2008). “Los convenios internacionales aplicables a la regulación jurídica de las migraciones y del régimen jurídico de extranjería”, en M. Balado. (Dir.). *Inmigración, Estado y Derecho. Perspectivas desde el siglo XXI*. (pp. 731-752). Barcelona: Bosch.

desarrollo de la personalidad. La naturaleza jurídica de los mismos, radica precisamente, en que son intrínsecos de cada individuo, con independencia de su nacionalidad, residencia, raza, cultura, creencias, etc., es decir, son derechos comunes y básicos de toda la humanidad, imprescriptibles, inalienables, universales, innatos, indivisibles e interdependientes. Estos derechos como es conocido conforman la base de la teoría general de los derechos fundamentales¹¹⁹. Dicha teoría general a su vez es el pilar de los derechos de los extranjeros explicitados en las normas de extranjería. A pesar de dicha sinergia o correspondencia teórica general, la misma presenta dificultades interpretativas y de aplicación práctico jurídica¹²⁰, cuestiones que veremos se reflejan concretamente en el ámbito de las medidas cautelares. Es conocido que dichos derechos no son absolutos y tienen sus limitaciones¹²¹, aunque tampoco son lista cerrada u exhaustiva, por lo que permitirá extender su sentido ante fenómenos imprevistos y de acuerdo con los momentos históricos en que se analicen. Dicha teoría general no reside en una voluntad especulativa, sino en el axioma teoría-práctica, que nos llevara a constatar dicha ejecución del derecho, que imponen en tales situaciones realizar un juicio de necesidad, proporcionalidad/razonabilidad¹²², con el correspondiente control de quienes realizan

¹¹⁹ Alexy, R., (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: CEC, (E. Garzón Valdés, R. Zimmerling, Trads.). pp. 39- 48, 70-72, 81-89, 106-109, 254-352 y ss.

¹²⁰ Vidal Fueyo, M. C., (2009). “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales de los extranjeros a la luz de la STC 236/2007”. *REDCE*, (nº 85), pp. 353-379. De la misma autora año (2006). “La sentencia del Tribunal Constitucional 72/2005, de 4 de abril, en materia de libertad de entrada y residencia de los extranjeros en España”. *Teoría y realidad constitucional*, (nº 18), pp. 429-444.

¹²¹ No es objetivo de este trabajo entrar en el análisis de la problemática de la doctrina sobre las teorías en torno al contenido esencial de los derechos fundamentales, (teorías absolutas y relativas). No obstante a ello, la jurisprudencia del TC se ha pronunciado SSTC, Pleno, nº 5/1981, de 13-02-1981, BOE nº 47 de 24-02-1981, FJ 20; Pleno, nº 11/1981, de 8-04-1981, BOE nº 99 de 25-04-1981, ambas sentencias distinguen entre los “límites necesarios” o que resultan de la propia naturaleza del derecho, “los límites que se producen por su articulación con otros derechos”, y los “límites establecidos por el legislador”. Es precisamente la existencia de los límites externos de unos derechos fundamentales respecto a otros, lo que nos generara los conflictos interpretativos que se irán exponiendo a lo largo de la presente investigación. Como se verá es el contenido esencial de los derechos fundamentales, lo que hace que se siga manteniendo la división de la doctrina al respecto, por un lado la teoría absoluta, (conforme a la cual existe un núcleo duro de derechos que deben ser protegidos siempre, y un núcleo blando que es disponible por el legislador), por otro lado, la teoría relativa (el contenido esencial es el que surge luego de aplicar el principio de proporcionalidad, idoneidad o adecuación, necesidad o indispensabilidad, y proporcionalidad propiamente dicha). Ambas reconocen y parten de los límites externos, cuestión que como he señalado desde un inicio se contrapone con la dignidad del ser humano y su desarrollo de la personalidad. Por tanto, dichos derechos en todo caso deben tener unos límites internos muy limitados. El contenido esencial de los derechos fundamentales se determina internamente a partir de la finalidad del derecho mismo, la dignidad humana. Es decir, una interpretación teleológica de dichos derechos es la que revela el verdadero contenido esencial interno de los derechos fundamentales. Otra cuestión es la regularización por las leyes de dichos derechos y su ejercicio razonable.

¹²² Arnold, R., Martínez Estay, J., & Zúñiga Urbina, F., (2012). “El Principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. *Centro de Estudios Constitucionales de Chile*. (Año 10, nº. 1, pp. 65-116). Abordan los autores el principio de proporcionalidad o juicio de proporcionalidad en Europa a través del TEDH, en la UE a través del TJUE, y en América Latina, a través de la CIDH. Determinan los requisitos fijados por las respectivas jurisprudencias, respecto a la proporcionalidad, i) debe perseguir una finalidad legítima, ii) debe ser adecuada o idónea para la promoción y/o realización de la finalidad legítima, iii) debe ser necesaria, y entre varias alternativas de intervención debe preferirse la que afecte menos a los derechos involucrados, iv) debe ser proporcional en sentido estricto. A su vez respecto a estos principios de proporcionalidad y razonabilidad, Alguacil González-Aurioles, A. J., (2010). “El Tribunal Constitucional, la ley y el principio de proporcionalidad”. *RGDC* (nº 10), pp. 5-36. Sapag, M. A., (2008).

dicha ejecución. Procediendo con dicho control a eliminar la arbitrariedad del poder público en la aplicación del mismo¹²³.

Condición humana, derechos humanos, límites de estos frente a otros, su posición o contraposición con el interés general, entre otros aspectos, como se verá hacen de las medidas cautelares en la presente especialidad unas medidas con características *sui generis*, por lo que se debe tener otra altura de miras en su apreciación a primera vista o *prima facie* en el momento de una adopción de una medida cautelar. En dicho contexto se analizarán disfunciones que van desde la desigualdad en el acceso a la jurisdicción hasta la efectividad y eficacia de los recursos impugnativos contra las resoluciones administrativas y judiciales al respecto. Ello en relación con la situación administrativa de regularidad o irregularidad del extranjero vulnerable. En definitiva lo anterior nos lleva a preguntarnos si existe una conexidad real, efectiva y eficaz de los derechos humanos (incluidos los sociales), basados en la dignidad y en el desarrollo de la personalidad aplicados de forma directa a las medidas cautelares en la materia de extranjería.

Al realizarse la reforma de la LO 4/00 por la LO 2/09¹²⁴ se incorporó no solo el DUE respecto de las Directivas que más adelante se dirán, sino que también la política de inmigración de la UE, conformándose así la política interna de integración social de los extranjeros inmigrantes¹²⁵. Se va anudando y entretejiendo de forma teórica y práctica, junto a la doctrina jurisprudencial del TEDH, TJUE, TC¹²⁶ y del TS un nuevo estatuto jurídico constitucional del extranjero en función de la residencia del extranjero y el tiempo

“El principio de proporcionalidad y el de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: Un estudio comparado”, *Dikaion, Revista de fundamentación jurídica*. (nº 17), pp. 157-198. Bernal Pulido, C., (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC, pp. 43-61, 81- 102, 162, 352-402, 508-616, 591-595, 692-798.

¹²³ Arzo Santisteban, X., (2014). *La concentración y actualización de los derechos fundamentales*. CEPC, p. 35.

¹²⁴ LO 2/09 de 11-12-2009, reforma LO 4/2000, BOE 299/2009, de 12-12-2009, en su título Preliminar señala novedades relevantes como las que reconoce el ordinal III, la inmigración es una realidad que está en constante cambio, que tiene repercusiones en el orden económico, social y cultural, por tanto, el legislador y los poderes públicos están obligado a adaptar su normativa reguladora, si quiere que la misma proporcione soluciones efectivas a los nuevos retos que se plantean. En este sentido existe una amplia bibliografía, se puede consultar, Monereo Pérez, J. L., & Triguero Martínez, L. Á., (2012). “Estudio preliminar. Avances, retrocesos y perspectivas de futuro inmediato en la regulación jurídico-legal de la inmigración extranjera en España”, en J. L. Monereo Pérez, J. A. Fernández Avilés & L. Á. Triguero Martínez. (Coord.). *Comentario a la Ley y al Reglamento de extranjería, inmigración e integración social*. (LO 4/2000 y RD 557/2011). (pp. 2-40). Granada: Comares. Triguero Martínez, L. Á., (2009). “La Nueva Reforma de la Ley Orgánica 4/2000...”, op. cit., pp. 347-362.

¹²⁵ Fernández Rozas, J. C., (2019). “Luces y sombras de veinte años de política común en materia de control de fronteras, asilo e inmigración ante la defensa de un dionisiaco estilo de vida europeo”. *Revista La Ley Unión Europea*. (nº 76). <https://www.wolterskluwer.es/>, recuperado 28-01-2020. De Lucas Martín, J., (2016). *Mediterráneo: el naufragio de Europa*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 75-96, 103-126.

¹²⁶ Gómez Fernández, I., (2017). *El derecho de negar derechos...*, op. cit. p. 17 y ss. Sobre ese estatuto jurídico del extranjero véase SSTC, Sala 2ª, nº 107/84, de 23-11-1984, BOE nº 305, de 21-12-1984, FJ 3-4; Sala 2ª, nº 99/85, de 30-09-1985, BOE nº 265 de 05-11-1985, FJ 2; Pleno, nº 115/87 de 7-07-1987, BOE nº 180 de 29-07-1987, FJ 3; Pleno, nº 120/90, de 27-06-1990, BOE nº 181, de 30-07-1990 FJ 4; Sala 1ª, nº 144/90, de 26-09-1990, BOE nº 254 de 23-10-1990, FJ 5; Pleno, nº 36/91, FJ 5; Sala 2ª, nº 57/94, de 28-02-1994, BOE nº 71 de 24-03-1994, FJ 3; Pleno, nº 91/00, FJ 7; Sala 1ª, nº 95/00, de 10-04-2000, BOE nº 119 de 18-05-2000, FJ 3; Sala 2ª, nº 137/00, de 29-05-2000, BOE nº 156 de 30-06-2000, FJ 1; Pleno, nº 95/03, de 22-05-2003, BOE nº 139 de 10 -06-2003, FJ 4; Pleno, nº 236/07, de 7-11-2007, BOE nº 295 de 10-12-2007, FJ 3-5, Pleno nº 17/13 de 31-01-2013, BOE nº 49 de 26 -02-2013 y Pleno, nº 172/20, FJ 8-C-a).

de la misma, donde los derechos económicos, sociales y culturales fundamentales¹²⁷ de los mismos juegan un decisivo. Estos aspectos serán esenciales a tener en cuenta a la hora de analizar y ponderar los presupuestos de las medidas cautelares, entre ellos fundamentalmente el *fumus boni iuris* y el interés general¹²⁸.

Dentro del catálogo de derechos humanos y fundamentales (partiendo de la indivisibilidad e interrelación de los mismos), que se abordarán se destacara el derecho a la tutela judicial efectiva¹²⁹ como expresión de la tutela cautelar y de este con la dignidad, la igualdad, la no discriminación, los derechos a la vida e integridad física, el derecho a la libertad de circulación, derecho a la intimidad familiar, los derechos económico sociales, (derecho a la educación, derecho al trabajo, la libertad de ejercer una profesión, derecho a un salario digno, dignas condiciones de trabajo, a la Seguridad Social, entre otros)¹³⁰.

Las dificultades que se plantearan para tener en cuenta en qué lugar o prioridad van a tener cada uno de esos derechos dentro de la apreciación y razonamiento judicial para la adopción de medidas cautelares, responderá en primer lugar, al propio criterio jurisprudencial interpretado, creado y asentado por el TC hace ya más 35 años. La clasificación de dichos derechos, sólo puede afrontarse y superarse a partir de un detallado estudio de la jurisprudencia de los mismos y de la doctrina actualizada al respecto.

A lo anterior a de agregarse un grado de complejidad más que se ha venido anunciando, es lo referente a la convergencia en nuestra región de tres sistemas de derechos, donde

¹²⁷ Este punto se acota señalando que se refiere fundamentalmente a los derechos sociales de prestación y dentro de ellos a los que se han calificado por la doctrina científica como derechos racimo, entre ellos, derecho al trabajo, la libertad de ejercer una profesión, derecho a un salario digno, dignas condiciones de trabajo. Al respecto Laporta, F., (2004) “Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema”, en J. Betegón, F. Laporta, J. R. De Páramo, L. Prieto (Coord.). *Constitución y derechos fundamentales*, (p. 300). Madrid, CEC. Con la anterior acotación se deja claro que no se refieren a otros derechos sociales de prestación que generan gastos. Distinguiré de lo anterior, como se verá, el derecho a la educación, regulado por el Derecho internacional como un *ius cogens* (en DUDHH art. 26, PIDES art. 13, CDN art. 28, CEDH en su art. 2 del Protocolo nº 1, CSE art 17, CDFUE art. 14), en nuestra CE art. 27.

¹²⁸ Anticipo mi toma de postura, que iré madurando a lo largo del trabajo que los derechos sociales referenciados pueden ser incorporados a los presupuestos de las medidas cautelares, fundamentalmente a través del *fumus boni iuris*, conformando la intensidad de este, ello a través de los propios mecanismo de protección indirecta e interpretación evolutiva que se ha realizado, (p. ej.), el TEDH, o también a través de los informes o dictámenes de organismos internacionales o de las propias obligaciones positivas. Bonet i Pérez, J., (2016). “La protección indirecta como instrumento de exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ante el Tribunal Europeo de derechos humanos.” *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. (nº 35), pp. 137-183.

¹²⁹ SSTC, Pleno, nº 9/81, de 31-03-1981, BOE nº 89 de 14-04-1981, FJ 4; Pleno, nº 160 y 161, ambas de 27-10-1987, BOE nº 271 de 12-11-1987, FJ 2, señalan la distinción y acotan las garantías de los derechos fundamentales y no fundamentales en nuestra Constitución. Esto ha sido ratificado en la STC, Pleno, nº 31/10, de 28-06-2010, BOE nº 172 de 16-07-2010.

¹³⁰ Arango Vila-Belda, J., Moya Malapeira, D., Oliver i Alonso, J. & Sánchez-Montijano, E., (2015). “La inmigración en 2014: atonía y quietud internas en un contexto agitado”, en VV.AA, J. Arango Vila-Belda, J., (et al. Dirs.). *Flujos cambiantes, atonía institucional. Anuario de la Inmigración en España 2014*. (pp. 13-24). Barcelona: CIDOB. Santolaya Machetti, P., & Díaz Ricci, S., (2012). “Los derechos económicos, sociales y culturales y la protección de grupos vulnerables”, en J. García Roca, P. A. Fernández, P. Santolaya Machetti & R. Canosa. (Eds.). *El diálogo entre los Sistemas Europeo y americano de Derechos Humanos*. Cizur Menor: Civitas/Thomson Reuters, pp. 274 y ss. Maestro Buelga, G., (2010). “Los derechos sociales de los emigrantes”. *Revista catalana de derecho público*. (nº 40), pp. 53-72.

van primando determinados principios, como el de equivalencia o efectividad¹³¹, que buscan una correspondencia material con la regulación interna¹³², pero a su vez con diferentes grados de interpretación¹³³, en cuanto a los estándares de garantías de los mismos. Es decir, actualmente se presentan divergencias interpretativas referente a los estándares de dichos derechos, tanto sustantivos, como procesales, no teniendo un grado

¹³¹ Arzoz Santisteban, X., (2019). “La resiliencia del procedimiento administrativo español ante la ejecución del Derecho de la Unión”, en R. Alonso García & J. I. Ugartemendia Eceizabarrena, (Dir.), *La incidencia del Derecho de la Unión Europea en la jurisdicción contencioso-administrativa. European Inklings* (EUi), nº 20 IVAP, pp. 20-66, previamente año (2013) el profesor Arzoz había ya abordado esta problemática “La autonomía institucional y procedimental de los Estados miembros en la Unión Europea: mito y realidad”. *RAP*, nº 191, pp. 159-197. Alonso García, R., (2014). *El Juez Nacional en la Encrucijada Europea de los Derechos Fundamentales*. Cizur Menor: Aranzadi, Thomson Reuters, pp. 31, 38, 76 y 144. Como veremos más adelante los principios de equivalencia y efectividad dentro del principio de cooperación leal, primacía y eficacia directa del DUE son determinantes en cuanto a la naturaleza autónoma de dicho Derecho, su influencia y determinación pero no obligación de los EM en cuanto a su autonomía procedimental, el deber del juez nacional ordinario de controlar en el caso concreto los derechos fundamentales bajo la compatibilidad de los mismos con el DUE (art. 19.1 TUE, art. 47 CDFUE, art. 267 TFUE), e incluso sí el mismo es una fuente del Derecho interno. La inexistencia de regulación procesal, unido a garantizar la tutela de los derechos, crear los mecanismos jurídicos necesarios para la protección y garantía las cuales nunca deben ser menos favorable que los referentes a los recursos semejantes de naturaleza interna (equivalencia), es decir, no hacer imposible o excesivamente difícil en la práctica el ejercicio de tales derechos (efectividad). La necesidad de activar la cuestión prejudicial con carácter previo a la activación de las cuestiones de inconstitucionalidad en relación con la legislación que responda a una transposición del DUE. Estos y otros aspectos, son los que se han de tener muy presentes por las características de la materia en estudio debido a su gran influencia y determinación por el DUE. Al respecto se debe tener en cuenta la jurisprudencia del TJUE desde su sentencia de 9-03-1978, asunto Simmenthal, C-106/77 (apts 21-24), hasta las más recientes al respecto, STJUE, GS, de 24-10-2018, asunto XC, YB, ZA c. Austria, C-234/17, apdo. 25 y ss. y 49 y ss.; GS de 6-10-2015, asunto Dragoș Constantin Târșia c. Rumanía, C-69/14, apdo. 27, 31; Sala 5ª de 11-09-2014, asunto A y B y otros. c. Austria, C-112/13, apdo. 46; Sala 2ª de 22-12-2010, asunto DEB, C-279/09, apto 32. STEDH GS, de 23-05-2016, asunto Avotiņš c. Letonia, C-502/07, apdo. 100-103, que interpreta el principio de protección equivalente respecto al régimen legal de la UE. Señalando que para que el mismo se configure deberán existir dos condiciones, i) ausencia de todo margen de maniobra por parte de las autoridades internas, ii) el pleno despliegue del potencial del mecanismo de control proporcionado por el derecho de la UE.

¹³² Díaz Crego, M., & García Vitoria, I., (2017). “Los derechos de los migrantes”, en F. J. García Roca & E. Carmona Cuenca. (Eds.). *¿Hacia una globalización de los derechos?: el impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*. (pp. 363-404). Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.

¹³³ Cruz Villalón, P., (2013). “La identidad constitucional de los Estados miembros: dos relatos europeos”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Ejemplar dedicado a Identidad, Derecho y Política*. (nº 17), pp. 501-514. Del mismo autor (2006). “Unos derechos, tres tribunales”, en M. E. Casas Baamonde, P. Cruz Villalón & F. Durán López, (Coord.). *Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución española: estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*. (pp. 1005-1025). Madrid: Wolters Kluwer, La Ley. En este sentido el autor, señalaba desde temprana fecha que la tarea de garantizar la recta aplicación del DUE por los poderes públicos nacionales era una tarea compleja, pues de acuerdo con la doctrina del TC en aquel entonces consideraba los derechos fundamentales de la Carta como “una cuestión de carácter infraconstitucional” (p. 1019). Así lo ha venido señalando reiteradamente el TC hasta hace muy poco, STC, Pleno, nº 26/14, de 13-02-2014, BOE nº 60, de 11-03-2014, (Sentencia Melloni, véase en este sentido los votos particulares de dicha sentencia). Dicho criterio interpretativo ha variado varias veces en el tiempo, siendo muestra de ello la STC Pleno, nº 37/19, de 26-03-2019, BOE nº 99, de 25-04-2019, (violación del art. 24.2 CE derecho/deber de plantear cuestión prejudicial, preterición del sistema de fuentes), en este sentido Huelin Martínez de Velasco, I., (2020). “La tormentosa relación del Tribunal Constitucional con el derecho de la Unión Europea (Comentario a la STC 37/2019)”. *RJD Recuperado*, 22-04-2020.

de homogeneización de los estándares de garantía¹³⁴, repercutiendo esto en cuanto a lo que aquí nos interesa, las medidas cautelares. Esto trae como consecuencia que en asuntos de la presente naturaleza jurídica tenemos diferentes matices y perspectivas¹³⁵, que pueden discurrir desde, si los mismos pueden influir o determinar sobre efectos suspensivos de las medidas cautelares solicitadas, hasta si las mismas pueden ser decisivas para que surtan efectos suspensivos automáticos, así como, si su conocimiento y aplicación deben ser tenidos en cuenta por la Administración encargada de estos procedimientos al momento de adoptar medidas cautelares o provisionales, o pueden ser utilizados por órganos dotados de independencia funcional de la Administración y que resuelvan los recursos interpuestos y medidas cautelares solicitadas, o tienen que seguir siendo los órganos jurisdiccionales los que deben continuar con su interpretación y aplicación de tales principios.

En todo este análisis tiene una especial relevancia la doctrina jurisprudencial del TC respecto del derecho al recurso, como acceso a la jurisdicción y el derecho al acceso al recurso propiamente dicho, como instrumento impugnatorio de configuración legal, integrando ambos, la tutela judicial efectiva del art. 24 CE¹³⁶ y dentro de ella, la cautelar. En este sentido recordar que el legislador no viene obligado a diseñar un sistema determinado de recursos, si bien, una vez que la ley ha establecido tal sistema, el derecho al recurso, en los términos y con los requisitos establecidos legalmente, pasa a integrar, en principio, el derecho a la tutela judicial efectiva, correspondiendo a los Tribunales ordinarios la interpretación y aplicación de los requisitos de acceso a los recursos previstos en las normas procesales¹³⁷.

Atendiendo a lo antes dicho, se pueden formular muchas de las preguntas de investigación enunciadas, que no requieren ser repetidas, pero todas enfocadas a determinar si las medidas cautelares en el Derecho de Extranjería requieren una nueva aproximación interpretativa respecto al acceso a la jurisdicción y al recurso cautelar propiamente dicho, partiendo de los principios y derechos enunciados, así como si luego al recurso cautelar contra el acto administrativo responde a esa nueva visión de las garantías y circunstancias de la tutela judicial efectiva, de un recurso suspensivo.

1.2- Configuración Internacional de los Derechos Humanos.

En pleno siglo XXI se podrá afirmar o no, que los Estados de la comunidad internacional han perdido la potestad absoluta de controlar el fenómeno migratorio, convirtiéndose en

¹³⁴ García Roca, J. F., (2014). *Pautas para una reforma constitucional...*, op. cit., p. 35. Con ello como señala el Informe en la ponencia del profesor García Roca, también acogida por Diego López Garrido, se impediría “*disfunciones y asimetrías en su exégesis*”.

¹³⁵ Chaves García, J. R., (2018). *El arte de la guerra en la justicia administrativa*. Madrid: Wolters Kluwer, pp. 105 y ss. Míguez Macho, L., (2015). “Autotutela administrativa y tutela judicial efectiva: nuevas perspectivas para el proceso contencioso administrativo”. *RGDA*, Iustel, (nº 38), pp. 1-30, <http://www.iustel.com/>, recuperado 14-11-2019. Santamaría Pastor, J. A. (2010). *La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Comentario*. Madrid: Iustel, p. 1263.

¹³⁶ Bellido Penadés, R., (2019). “El derecho de acceso al recurso no penal en el proceso español...”, op. cit. (pp. 117-169).

¹³⁷ STC, Sala 1ª, nº 173/99, FJ 3.

un tema globalizado¹³⁸, complejo de solución¹³⁹, pasando por los problemas de la pobreza¹⁴⁰, del desarrollo o del codesarrollo desigual¹⁴¹, todo ello debido a la transversalidad del mismo y mucho más, llegando a convertirse en una seria preocupación para la conciencia humana¹⁴².

Unido a esa realidad se encuentra que unos Estados tienden por medidas restrictivas y otros por la defensa de los derechos humanos¹⁴³ de las personas migrantes vulnerables¹⁴⁴. Los Estados que promueven esas garantías y derechos, desarrollan normas de protección jurídica, sustantivas y procesales, aceptando, tanto las normas de carácter internacional, como regional, creando sus propias normas nacionales¹⁴⁵, se constata así una mejor armonía en toda la integración del sistema de inmigración. En este supuesto, existe cada vez una mayor correspondencia integrativa de y con dicho fenómeno migratorio.

La universalización¹⁴⁶, internacionalización de los derechos humanos y la constitucionalización de los derechos sociales¹⁴⁷, constituyen realidades del derecho

¹³⁸ De Miguel Beriain, I., (2009). “Globalización e Inmigración”, en A. M. Marcos del Canon. (Coord.). *Inmigración, Multiculturalismo y Derechos Humanos*. (pp. 325-348). Valencia: Tirant lo Blanch.

¹³⁹ Abad Castelos, M., (2017). “La protección internacional de los derechos y libertades de la persona principales instrumentos regionales convencionales”, en F. M. Mariño Menéndez. (Dir.). C. Pérez González & A. Cebada Romero. (Coords.). *Instrumentos y regímenes de Cooperación Internacional*. (2ª Ed., pp. 63-81). Madrid: Trotta.

¹⁴⁰ Díaz Barrado, C. M., (2018). “La erradicación de la pobreza y los derechos humanos un laberinto sin salida”. *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. (nº 38), pp. 17-52. Previamente el profesor Díaz Barrado, (2008). “Los derechos humanos en el plano internacional: balance a los inicios de un nuevo siglo”. VV.AA. *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*. (Vol. III, pp. 481-502). Madrid: Dykinson.

¹⁴¹ Chueca Sancho, Á. G., (2006). “*Ius migrandi* y el derecho humano al desarrollo”. *Congreso Codesarrollo y Migraciones. El papel de la cooperación*, del 6 al 10 de noviembre. Instituto de Estudios para la Paz, Oviedo. Más tarde publicadas por Eikasía. (2007). “*Ius migrandi* y el derecho humano al desarrollo”. *Revista de Filosofía*. (nº 8), pp. 191-207 y en (2008). “El *ius migrandi* en el Derecho Internacional de las migraciones”, en M. Balado Ruiz-Gallegos. (Coord.). *Inmigración, Estado y Derecho. Perspectivas desde el siglo XX*. (pp. 753-778). Barcelona: Bosch.

¹⁴² Bea Pérez, E., (2013). *Conversación con Antônio Augusto Cançado Trindade...*, op. cit., pp 17-19.

¹⁴³ Programa de Acción de Viena, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, del 14-25 de junio de 1993, refuerzo de principios de la universalidad de los derechos humanos y la obligación de los Estados de acatarlos.

¹⁴⁴ Chueca Sancho, Á. G., & Ágüelo Navarro, P., (2013). “Contenido y límites del “*Ius migrandi*”. REIB. (Vol. 7, nº 2, pp. 6-15). <http://www.urjc.es/ceib/>, recuperado el 22-04-2015. Previamente, Chueca Sancho, Á. G., & Ágüelo Navarro, P., (2004). “El novísimo derecho humano de las personas a migrar”. *RDME*, (nº 5), pp. 291-292. También sobre el *ius migrandi*, Ágüelo Navarro, P., & Granero Sánchez, H.V., (2017). “Los muros fronterizos desde la perspectiva jurídica del *ius migrandi*”. *Revista Modulema: Revista científica sobre diversidad cultural*, pp. 61-94.

¹⁴⁵ Fernández de Casadevante Romani, C., (2011). “El derecho internacional de los derechos humanos” en C. Fernández de Casadevante Romani. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. (4ª Ed., pp. 67-98) Madrid: Dilex.

¹⁴⁶ Dorn Garrido, C., (2013). “Inmigración, multiculturalismo y universalidad de los derechos humanos”. *Revista de Ciencias Sociales*. (nº 63), pp. 53-86. Chile: Universidad de Valparaíso.

¹⁴⁷ Ferrajoli, L., (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. (4ª Ed.). Madrid: Trotta, pp. 355-392. Ha de recordarse que esta corriente de pensamiento consistente en justificar racionalmente de modo consistente la existencia y exigibilidad de los derechos fundamentales sociales, es también seguida y defendida por otros autores como Robert Alexy, John Finnis, Ronald Dworkin, Carlos Nino. Frente a ella se encuentra el nihilismo posmoderno, entre sus defensores Vattimo, G., (2004). *Nihilismo y emancipación*.

internacional contemporáneo¹⁴⁸ que hacen que hoy día resulte difícil comprender adecuadamente cuando los Estados pretenden reducir el alcance material de la protección de dichos derechos humanos/fundamentales, en un concreto ordenamiento jurídico nacional.

Por tanto, si el DIDH¹⁴⁹ tiene un significado preciso en el plano jurídico internacional, un código normativo *sui generis* compuesto de normas procesales y sustantivas que repercuten sobre los sistemas de derecho internos, estos deberán en correspondencia cumplir esos derechos. No obstante, y a pesar de todos los avances al respecto, atendiendo a las realidades migratorias citadas, existe una era de reajustes, reexamen de la evolución de dichos derechos, que pasan desde los cambios en el propio seno de las familias¹⁵⁰, hasta los propios derechos de los colectivos o de la colectividad¹⁵¹ y las políticas migratorias de los Estados. La recepción e interpretación de dichos cambios, no nos deben conducir al retroceso, sino a un análisis desde una amplia óptica que fortalezca el sistema internacional de los derechos humanos, de los derechos y de libertades públicas fundamentales¹⁵², tanto derechos civiles, como políticos, incluidos los sociales, económicos, culturales y colectivos, vistos todos como valor en la propia justicia, en la

Ética, política, derecho. (C. Revilla. Trad.). Barcelona: Paidós, p. 161, "el pensamiento que se percata de la insuperable falta de fundamentación que marca últimamente al derecho, haciendo inútil todo esfuerzo por legitimarlo como 'justo' puede decidir que su tarea es la de develar esta situación desenmascarando la impostura de cualquier pretensión fundamentadora". En igual sentido se puede ver la crítica realizada por Massini-Correas, C. I., (2009). "El fundamento de los Derechos Humanos en la propuesta positivista-relativista de Luigi Ferrajoli". *Persona y Derecho*, (nº 61), pp. 227-247. Señala el autor que si se pretende otorgar a los derechos humanos algún sentido valioso -en el sentido axiológico-práctico- y una fuerza deóntica que trascienda la mera facticidad de las fuentes sociales, resultará imprescindible remitirse a algún o algunos principios prácticos transpositivos que puedan otorgar sentido normativo a esos derechos, de lo contrario la otra alternativa real sería la ya citada de Vattimo, el nihilismo ético y del sinsentido definitivo de todo lo jurídico, (no se puede fundar absolutamente nada, pues nada tiene sentido).

¹⁴⁸ Pérez de la Fuente, O. I., (2009). "Inclusión, redistribución y reconocimiento...", op. cit., pp. 257-290.

¹⁴⁹ Domínguez Redondo, E., (2017). "El sistema universal de protección de los derechos humanos", en F. M. Mariño Menéndez. (Dir). C. Pérez González & A. Cebada Romero. (Coords.). *Instrumentos y regímenes de Cooperación Internacional*. (2ª Ed., pp. 19-39). Madrid: Trotta. Villán Durán, C., & Faleh Pérez, C., (2017). *El sistema universal de protección de los Derechos Humanos...*, op.cit., 7-35.

¹⁵⁰ Roca i Trías, E., (2016). *Familia y cambio social, (De la "casa" a la persona)*. Madrid: Civitas, pp. 62.

¹⁵¹ Felipe Pérez, B., (2019). *Las migraciones climáticas ante el ordenamiento jurídico internacional*. Cizur Menor: Aranzadi, pp. 20 y ss. Hidalgo García, M. M., (2019). "Cambio climático y migraciones", en VV. AA. *El fenómeno migratorio en España. Reflexiones desde el ámbito de la seguridad nacional. Comité especializado Inmigración*. (pp. 131-138). Madrid: Presidencia del Gobierno.

¹⁵² Peces-Barba Martínez, G., (1997). "Los derechos humanos del extranjero", en A. Marzal. (Ed.). VV. AA. *Derechos humanos del incapaz, del extranjero, del delincuente y complejidad del sujeto*, (pp. 120 y ss.). Barcelona: J. M. Bosch, Esade, Facultad de Derecho. Del mismo autor, año (1980). *Derechos fundamentales*. (3ª Ed.) Madrid: Latina, p. 21 y ss.

dignidad¹⁵³ (como principio, bien, valor, derecho, norma y límite) e igualdad humana, en fin cumplir el principio de progresividad y no de regresividad¹⁵⁴.

Estas consideraciones son tenidas en cuenta hasta el presente por los órganos, organismos, comités, tribunales internacionales y regionales de los derechos humanos, que hacen que al relacionarse a diferentes niveles¹⁵⁵ conformen un sostenido argumentario sobre los derechos humanos y su repercusión para la dignidad humana y el desarrollo de la personalidad. Estos en nuestro caso, deben ser tenidos en cuenta por nuestro derecho interno al momento de adoptar las medidas cautelares, ello a su vez con un análisis de convencionalidad diferente al existente en estos momentos¹⁵⁶, que comprenda las materias constitucionales no previstas en la Sección 1ª del Capítulo IIº de la CE, en relación con el art. 10.2 CE, reforzado por un control de constitucionalidad.

Es un consenso que los instrumentos internacionales y regionales que estudiaremos posteriormente recogen en síntesis un grupo de derechos humanos que han de ser cumplidos por los Estados firmantes, estableciendo así unos estándares mínimos, unido a sus propias limitaciones, al estar reconocido que dichos derechos no son absolutos, ni infinitos. Es decir, estipulan el respeto y garantía de los mismos, comenzando su

¹⁵³ De la amplia glosa ya citada sobre la materia se deberá ver: Dorn Garrido, C., (2011). “La dignidad de la persona: Límite a la autonomía individual”. *Revista de Derecho*. (nº 6), pp. 71–108. Fernández Segado, F., (1999). “La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico”, en A. López Moreno, *Teoría y práctica en la teoría y aplicación del derecho*. Madrid: Colex. Hervada Xiberta, J., (1991). “Los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana”. *Humana Iura suplemento de derechos humanos. Persona y Derecho*. (nº 1), pp. 345-349. González Pérez, J., (1986). *La dignidad de la persona*. Madrid: Civitas, pp. 94-98, del mismo autor año (1985). “La dignidad de la persona en la jurisprudencia constitucional”. *Anales*, (nº 62), pp. 136-137. SSTC, Pleno, nº 25/81, de 14-07-1981, BOE nº 193, de 13-08-1981, FJ 5, Pleno nº 53/85, de 11-04-1985, BOE nº 119 de 18-05-1985, FJ 8, la dignidad como valor espiritual y moral inherente a la persona ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, ratificada por STC, Pleno, nº 120/90, FJ 3-4, dignidad humana, valor espiritual y moral inherente a la persona, se proyecta sobre los derechos individuales. Interpretación diferente basada desde el punto del amparo constitucional ATC, Sala 1ª, nº 149/99, 14-06-1999, señalar la existencia de un pretendido derecho a la dignidad humana que opere de forma autónoma e independiente ex art. 10 CE, reitera a la vez que “la dignidad de la persona no se reconoce en nuestra Constitución como un derecho fundamental sino como «fundamento del orden político y la paz social”. STC Sala 1ª, nº 64/86 de 21-05-1986, BOE nº 144 de 17-06-1986, FJ 1, “la norma contenida en el artículo 10.1 de la Constitución con independencia de que pueda servir de criterio de interpretación de los derechos fundamentales y libertades públicas en general no puede servir de base a una pretensión autónoma de amparo, por impedirlo lo dispuesto en el art. 53 de la propia Constitución”.

¹⁵⁴ Sobre estos principios se ha instaurado los estándares de evaluación, “monitoring”, aspectos que se expondrán más adelante.

¹⁵⁵ Gómez Sánchez, Y., (2015). *Constitucionalismo Multinivel: Derechos Fundamentales*. (3ª Ed.). Madrid: Sanz y Torres, S.L., pp. 147-171. Muñoz Machado, S., (2015). “Los tres niveles de garantías de los derechos fundamentales en la Unión Europea: problemas de articulación”. *RDCE*, (nº 50), pp. 195-230.

¹⁵⁶ García Roca, J. F., (2014). *Pautas para una reforma constitucional...*, op. cit., p. 33, se señala como resultado del Informe la cada vez más “realista”, “reciproca fertilización” entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad. Téngase en cuenta que nuestro texto constitucional no contiene previsión expresa alguna relativa a la exigencia de que los jueces ordinarios formulen control de convencionalidad y tampoco existe esta previsión específica en relación con el TC. Es conocido que el control de convencionalidad no es considerado por nuestro TC, ni por otros de nuestro entorno, un problema de constitucionalidad, sino de selección de la norma aplicable (STC Pleno, nº 140/18, F 6). El control de convencionalidad que tiene cabida en nuestro ordenamiento constitucional debe ser un juicio de validez de la norma internacional, canon interpretativo, de valor vinculante de las mismas, de constitucionalidad mediata de la misma, y no un mero juicio de aplicabilidad de disposiciones normativas; de selección de derecho aplicable.

cumplimiento y aplicación “*a todas las personas bajo su jurisdicción*”, mientras que por otro lado, como ya se ha dicho, respecto a los extranjeros y personas vulnerables, los mismos no cumplen su misma funcionalidad con la misma intensidad en igualdad de condiciones, dependiendo de la situación administrativa de los extranjeros, se distingue entre los que tienen situación administrativa regular y los que no. Ello genera tratamientos jurídicos diferenciados que se traducen en una desprotección permitida en el mismo instrumento de protección, siendo una situación que genera como consecuencia un agravamiento de la vulnerabilidad.

No es discutida tampoco la facultad soberana que tiene cada Estado para diseñar sus políticas migratorias y el consecuente derecho a regular la entrada, permanencia y salida de personas de su territorio. Ello aunque sea una norma consuetudinaria de derecho internacional, no es absoluta, debido a que los Estados al firmar y ratificar los Tratados, asumen compromisos de respeto y garantía de los derechos básicos recogidos en los mismos, principio *pacta sunt servanda*¹⁵⁷. Este aspecto, como se verá más adelante, es de gran calado interpretativo por la doctrina científica y la jurisprudencia del TC (art. 10.2, 13, 93 y 96 CE), tal trascendencia, repercute directamente sobre la interpretación de los derechos y libertades fundamentales de los extranjeros, por tanto, entronca ello, en la forma de aplicar dichos derechos, al momento de la solicitud o adopción de una medida cautelar.

La ONU, (en especial la Comisión de Derecho Internacional, CDIONU), ha contribuido a la conformación de todo un andamiaje jurídico¹⁵⁸ relativo a los procesos migratorios, expulsiones¹⁵⁹, responsabilidad de los Estado por daños causados en su territorio a la

¹⁵⁷ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, art. 26 y 27, instrumento de adhesión de España, 2-05-1972, BOE nº 142, de 13-06-1980. El efecto de estas normas *self-executing* (ejecutables por sí mismas, autoejecutables o auto ejecutivas), se hace extensivo al DUE, a través del art. 10.2 y 93 CE. Sobre este aspecto de los tratados su interpretación y aplicación Pérez Tremps, P., (2019). *Sistema de Justicia Constitucional*. (Ed. 3ª), Cizur Menor: Thomson Reuters, pp. 183-201, previamente del mismo autor (2018). *Las reformas de la Constitución hechas y no hechas*. Valencia: Tirant lo Blanch. pp. 24-30. Matia Portilla, F. J., (2018). *Los tratados internacionales...*, op. cit. pp. 19-44, 48-80, 115-120. Jimena Quesada, L., (2018). “La Internacionalización de La Carta Magna Española de 1978: Signo de Madurez Constitucional”. *RDP/UNED*, (nº 101), pp. 819-866. Saiz Arnaiz, A., (2018). “La Interpretación de los Derechos Fundamentales y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, (art. 10.2)”, en VV.AA. *Comentarios a la Constitución Española. Conmemoración del XL Aniversario de la Constitución*, M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer & M. E. Casas Baamonde. (Dir.). (T-I, pp. 230-254). Madrid: Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia. Se ha de recordar que los arts. 93-96 CE, como precepto orgánico-procedimental reserva a los tratados internacionales -una vez ratificados- un rango jerárquico superior al de la Ley y pueden hacerse valer directamente ante los tribunales ordinarios de justicia a través del art. 10.2 CE. Al respecto también se han de tener presente las Declaraciones del Pleno del TC 1/04, de 13-12-2004, BOE nº 3 de 3-01-2005, FJ 2, previamente Declaraciones del Pleno 1/92, de 1-07-1992, BOE nº 117 de 24.07-1991, FJ 4. En este sentido Ley 25/14 de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales BOE nº 288, de 28 de noviembre de 2014.

¹⁵⁸ Rubio Fernández, E. M., (2014). “Crónica de Codificación Internacional: La Labor de la Comisión de Derecho Internacional, 66ª Sesión”, (nº 28). *ReEI*, <http://www.reei.org>, recuperado 11-06-2018. A su vez Resolución 40/144 de AGONU de 13-12-1985 “Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven”.

¹⁵⁹ Resolución A/RES/72/117 aprobada por la AGONU el 18-12-2017, sobre “Proyecto de articulado sobre la expulsión de extranjeros”. 72º período de sesiones ONU. Informe de la Sexta Comisión de fecha 7-12-2017, documento (A/72/461). En su 67ª Sesión Plenaria, Expulsión de extranjeros (proviene de Resolución 69/119, de 10-12-2014), decide incluir en el programa provisional de su septuagésimo quinto período de sesiones (2021-2022) el tema titulado “Expulsión de extranjeros”, con miras a examinar, entre otras cosas,

persona o bienes de los extranjeros cuando son expulsados¹⁶⁰), no ceja en el empeño de buscar soluciones colectivas al respecto¹⁶¹, continuando de forma lenta pero segura conformando un “Derecho Internacional de las Migraciones”¹⁶² (DIM). Este encomiable trabajo internacional va teniendo sus repercusiones en la actividad jurisdiccional, un botón de muestra puede ser la STEDH Sec. 3ª, de 3-10-2017, asunto N.D. y N.T. c. España, nº 8675/15 y 8697/15, la cual en sus apdo. 37, 103, hace referencia sobre expulsiones colectivas y al trabajo de la CDIONU y el “Proyecto de articulado sobre expulsión de extranjeros”¹⁶³.

1.2-1-Referencia a los Instrumentos Internacionales ONU.

Son varios los instrumentos internacionales de protección y garantías de los derechos humanos que tienen estrecha relación con el derecho de extranjería o el *ius migrandi*, los cuales en su articulado (protocolos facultativos, reglamentos, comités), recogen los procedimientos de queja o *cuasi* contenciosos donde se adoptan medidas provisionales¹⁶⁴ (se ha de recordar que existen ocho tratados con estos mecanismos, más los de la OIT).

la cuestión de la forma que pudiera darse a los artículos o cualquier otra medida apropiada. En este sentido el ATS Sala 3ª, Sec. 1ª, nº 2791/88 de 6-02-1988, FD Único, respecto los daños irreparables que se podrían causar al interesado, radicado desde hace varios años y en posesión de bienes inmuebles en España, ATS Sala 3ª, Sec. 4ª, nº 2062/1988 de 2-09-1988, FD 1.

¹⁶⁰ Documento A/CN.4/125 Responsabilidad internacional: Quinto Informe de F. V. García Amador, Relator Especial, Responsabilidad del Estado por daños causados en su territorio a la persona o bienes de los Extranjeros. Medidas que afectan derechos adquiridos y elementos constitutivos de la Responsabilidad Internacional. Interpretado fundamentalmente dichos daños en dos sentidos distintos, i) el daño irreparable como aquel imposible de ser compensado o restituido por el pago de una indemnización o cualquier otra fórmula, ii) el daño irreparable como aquel que convertiría la resolución judicial que ponga fin al proceso en inútil, al ser de imposible cumplimiento por la pérdida de su objeto.

¹⁶¹ Cano Linares Mª Ángeles., (2019). “El pacto mundial para una migración segura, ordenada y regular. Luces y sombras”, en M. Á Cano Linares & A. J. Muro Castillo. (Coords.). *Algunas reflexiones en torno al pacto mundial por una migración regular, segura y ordenada*. (pp. 9-38). Madrid: Dykinson. Juste Ruiz, J., (2019). “El Derecho internacional de las migraciones: entre la crisis y la renovación”. *Anuario español de derecho internacional*. (Vol. 35), pp. 535-551. Acuerdo no vinculante Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular, Marrakech, Marruecos, días 10 y 11-12-2018. Previamente en el 71 Periodo de Sesiones AGONU de conformidad con la Resolución 71/1 de 19-09-2016, Primea Cumbre Mundial, titulada "Declaración de Nueva York para los Refugiados y Migrantes", decidió iniciar un proceso de negociaciones intergubernamentales que conduzca a la adopción del Pacto Mundial sobre Migración. Las modalidades de la conferencia se detallan en las resoluciones 71/280, de 6-04-2017, 72/244, de 24-12-2017 y 72/L.67, de 31-07-2018, ratificado el 19-12-2018 en Nueva York, AGONU. En igual sentido 73 periodo de sesiones AGONU, 3-12-2018, la Tercera Comisión recomienda a la AG el Proyecto de resolución I “Asistencia a los refugiados, los repatriados y los desplazados en África” y Proyecto de resolución II a la Oficina del ACNUR. Solicitando al Secretario General que, en su 74 período de sesiones, en relación con el tema titulado “Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, cuestiones relacionadas con los refugiados, los repatriados y los desplazados y cuestiones humanitarias”. A/73/583ONUBIB.

¹⁶² Pérez González, C., (2017). “Régimen internacional de las migraciones. Extranjería y Derecho”, en F. M. Mariño Menéndez, (Dir). C. Pérez González & A. Cebada Romero. (Coords.). *Instrumentos y regímenes de cooperación internacional*. (2ª Ed., pp. 153-175), Madrid: Trotta.

¹⁶³ Soler García, C., (2019). *Los límites a la expulsión de extranjeros ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, pp. 229-258. STEDH, Sec. 3ª de 3-10-2017, asunto N.D. y N.T. c. España, nº 8675/15 y 8697/15. Esta sentencia ha sido revocada por STEDH GS de 13-02-2020, asunto N.D. y N.T. c. España (que comentare seguidamente).

¹⁶⁴ Villán Durán, C., & Faleh Pérez, C., (2017). *El sistema universal de protección de los Derechos Humanos...*, op. cit., pp. 81-110.

Evidentemente se hace muy extenso poderlos abordar todos, por ello, se referenciarán aquellos que en una *prima facie* pueden ser tenidos como aspectos, requisitos o elementos integradores de los presupuestos de las medidas cautelares. Otros, como la Convención de los Derechos del Niño (CoDN), sin que sea comentada en estos momentos, como se observa a lo largo del presente trabajo, es tenida en cuenta como una norma determinante para la fase cautelar.

1.2.1. a)- La Carta de las Naciones Unidas. La DUH.

La Carta de las Naciones Unidas en sus arts. 1.3, 13, 55-c, 62-2, entre otros, establece el principio de la cooperación internacional basado en el respeto “*a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión*”¹⁶⁵, por lo que es un punto de partida para definir las políticas migratorias y la protección internacional de los derechos humanos y derechos y libertades fundamentales de todos los ciudadanos extranjeros que emigran.

En similares términos la DUDH la cual parte, de que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Dichos derechos y libertades se aplican sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición¹⁶⁶. Es decir, la base fundamental esta dado en el derecho a la dignidad humana. Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por cimentación el reconocimiento de dicha dignidad, intrínseca de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.

Dentro del catálogo de derechos recogidos en la Declaración, destaco aquellos que influyen directamente al momento de solicitar o determinar la adopción de una medida provisional o cautelar. Ellos son, el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona (art. 3), a no ser sometido a torturas, ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, protección e igualdad ante la ley (art. 7), derecho a un recurso efectivo (art. 8), a no ser arbitrariamente detenido, preso, ni desterrado (art. 9), tribunal independiente e imparcial (art. 10), nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia (art. 12), derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado (art. 13), derecho asilo (art. 14), derechos en cuanto al matrimonio sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia con protección de la sociedad y del Estado (art. 16).

De los antes citados, distingo en lo que aquí nos interesa el art. 8, derechos a un recurso efectivo, art. 10, tribunal independiente e imparcial y art. 13, derechos a circular libremente y elegir su residencia toda persona, el resto de los citados desembocarían como piedra angular o punto de partida de la interrelación con el primero al momento de la solicitud o adopción de una medida provisional o cautelar. Cosa distinta como se ha señalado es el arbitrio de los Estados en la recepción de las personas en su territorio. En todo caso, el sentido de la DUDH es que una vez que las personas se encuentran en territorio de un Estado, es “facilitar” al extranjero migrante que su situación administrativa sea regular o pase de la irregularidad administrativa a regularidad y así poseer la libertad de movimiento y residencia. Es en ese punto, “facilitar”, es donde la

¹⁶⁵ Firmada en San Francisco, Estados Unidos el 26-06-1945 entrada en vigor: 24-10-1945.

¹⁶⁶ Gómez Montoro, Á. J., (2017). “Dignidad, autonomía y derechos humanos”. *Revista Nuestro Tiempo*. <http://www.unav.es/nuestrotiempo/>. Universidad de Navarra, recuperado 8-01-2018.

medida cautelar atendiendo a las descripciones iniciales juega un papel determinante, para que de forma provisional pueda en los supuestos que así lo requieran esa situación de regularidad administrativa, la cual en sentido general ha de ser directamente proporcional con el interés general de los Estados.

En correspondencia con lo anterior, de forma clara y meridiana la Declaración en su art. 22 señala que toda persona tiene derecho a obtener "*la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad*". Se proclama así, el derecho de toda persona a su propio desarrollo humano, a su desarrollo como individuo de forma integral con todos sus derechos indivisibles¹⁶⁷. Esto ratifica la posición anunciada en cuanto a los derechos sociales de prestación, su influencia y determinación como conformadores de los presupuestos positivos de las medidas cautelares.

La Declaración en su art. 29.2, señala que el ejercicio de los derechos citados "sólo" debe quedar sujeto a las limitaciones establecidas por la ley, con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos de los demás y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática. Esto nos conduce precisamente a otro aspecto que se abordará respecto a la ponderación de los intereses, como bien señala la Declaración, la única limitación deberá ser la afeción a otros derechos humanos o fundamentales, o aquellas situaciones de orden público y la moral.

La interpretación hermenéutica y axiológica de los artículos citados nos conduce a que se tenga en cuenta por los legisladores nacionales de los Estados parte, que la limitación de los derechos recogidos en dichos instrumentos solo puede ser posible cuando estos a su vez vulneren o restrinjan otros derechos humanos a terceros. Por ello, ese supuesto conflicto de intereses, como veremos, solo puede ser entre dos derechos humanos/fundamentales, los cuales deben ser examinados sobre la base de la proporcionalidad/razonabilidad y no desde la regla de la ponderación o *balancing test*, que puede traer indirectamente, como consecuencia el sacrificio de un derecho fundamental sobre otro.

Como se verá seguidamente sobre la base de las dos normas referenciadas anteriormente, de una forma u otra, el resto de los diferentes instrumentos jurídicos internacionales desarrollados por la propia ONU¹⁶⁸, recogen en su esencia el contenido de las mismas, haciéndose ello extensivo a los instrumentos jurídicos de carácter regional o territorial.

¹⁶⁷ Bea Pérez, E., (2013). *Conversación con Antônio Augusto Cançado Trindade...*, op.cit., p. 16.

¹⁶⁸ Toda la normativa internacional que se referenciará comprende una proliferación normativa de la ONU basada en los derechos recogidos, tanto en la Carta, como en la Declaración, ente ellas tenemos: Convención para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio (1948), Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1959), Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (1966), Convención Sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer (1979), Convención contra la Tortura y otros tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes (1984), CoDN, Convención Internacional sobre la protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (1990), Declaración sobre la Eliminación de todas las formas de Intolerancia y Discriminación fundadas en la Religión o las Convicciones (1981), Declaración sobre el Derecho al Desarrollo (1986), Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas (1992), Declaración sobre los Defensores de los Derechos Humanos (1999).

Los instrumentos jurídicos internacionales citados, destacan la interrelación compleja¹⁶⁹, poliédrica¹⁷⁰, entre dignidad humana y autonomía de las personas¹⁷¹, o como lo denominada DORN, “*la inversión del orden de los conceptos*”¹⁷², con la vida, la tortura, el trato degradante, la intimidación familiar, entre otros tantos derechos.

1.2.1-b)- Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

Los derechos reconocidos en el PIDCP (art. 2-1), son aplicados a los ciudadanos sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social¹⁷³. También recoge en su articulado el respeto y garantías a todos los individuos que se encuentren en el territorio del Estado parte y estén sujetos a su jurisdicción, siendo ello extensivo a los extranjeros¹⁷⁴. Destacando su art. 3 la obligación de los Estados parte a facilitar y desarrollar las posibilidades para la interposición de un recurso efectivo. Esto se entrelaza con la propia facultad que genera el art. 1 del protocolo facultativo del Pacto que permite al Comité tramitar las quejas individuales a través de los procedimientos de

¹⁶⁹ Rodotá, S., (2014). *El derecho a tener derechos*. (J. Manuel Revuelta, Trad.). Madrid, Trotta, pp. 135-273.

¹⁷⁰ Juste Ruiz, J., (2019). “El Derecho internacional de las migraciones...” op. cit., p. 543.

¹⁷¹ Prieto Álvarez, T., (2017). “Luces y sombras de la integración europea en derechos de la persona. En particular, el riesgo de que la base del sistema jurídico se traslade desde la dignidad humana a la autonomía personal”, en J. C. Laguna de Paz, Í. Sanz Rubiales & I. M. De los Mozos y Touya. (Coords.). *Derecho Administrativo e Integración Europea. Estudio Homenaje al profesor José Luis Martínez López-Muñiz*. (Vol. I, *El ser de la Administración pública*, pp. 187-206). Madrid: Reus. Del mismo autor, (2005). La dignidad de la persona: núcleo de la moralidad y el orden públicos, límite al ejercicio de libertades públicas. Cizur Menor: Civitas.

¹⁷² Dorn Garrido, C., (2011). “La dignidad de la persona...”, op. cit., p. 75.

¹⁷³ Es importante señalar que el Comité de Derechos Humanos de la ONU (CDHONU), ha señalado que el art. 2.1 PIDCP produce un efecto inmediato en todos los Estados parte, dicha obligación jurídica es tanto de carácter positivo, como negativo, expone “*deben abstenerse de violar los derechos reconocidos en el Pacto y la limitación de cualquiera de estos derechos se permitirá con arreglo a las disposiciones aplicables del Pacto. En los casos en que se apliquen tales restricciones, los Estados deberán demostrar su necesidad y sólo podrán tomar las medidas que guarden proporción con el logro de objetivos legítimos a fin de garantizar una protección permanente y efectiva de los derechos reconocidos en el Pacto. En ningún caso podrán aplicarse o invocarse las restricciones de manera que menoscaben el elemento esencial de un derecho reconocido en el Pacto*”. CDHONU 80º período de sesiones Observación General nº 31, la naturaleza de la adopción de las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos del Pacto no está sometida (la adopción), a condiciones y es de efecto inmediato. UNUBIB Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 225 (2004). Previamente Observación General 15 del 11-04-1986, punto 3 y 4 donde el Comité señala que el Pacto otorga plena protección a los extranjeros respecto de los derechos en él garantizados y sus disposiciones deben ser respetados por los Estados parte en su legislación y en la práctica, según proceda. Asimismo, desde dichas fechas señalo críticamente que eran pocas las Constituciones en el mundo, que otorgan la misma protección a los extranjeros que a los nacionales, invocando a que las legislaciones y la jurisprudencia deban convertirse en un vehículo para garantizar el pleno ejercicio de derechos de este colectivo. Un reflejo de ello a nivel regional es el Sistema Interamericano, los arts. 1 y 2 CADH y la jurisprudencia, tanto, de la CIDH, como COIDH, han establecido la obligación de aplicar directamente la Convención y sus Pactos complementarios por los jueces ordinarios o domésticos y ejercer, por tanto, un control de convencionalidad *ex officio*.

¹⁷⁴ Los artículos que se han de tener en cuenta fundamentalmente del PIDCP, para el presente estudio son los mismos citados y en correspondencia con los de la DUDH. En este caso serían el ya citado art. 2 y 3, así como, art. 6 derecho a la vida, art. 7, nadie será sometido a torturas, ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradante, art. 9 nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias, nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

queja o *cuasi* contenciosos, que es el que permite que se adopten directamente las medidas provisionales¹⁷⁵. Estas son adoptadas con un fin evidentemente preventivo, evitar daños irreparables, irreversibles o medidas de protección en aras de evitar otros tipos de daños, atendiendo a las características de estos tipos de procedimientos *ex post facto*¹⁷⁶, partiendo del agotamiento de los recursos efectivos y eficaces que tengan los derechos internos de los Estados parte. Como ha señalado el Comité en varias ocasiones, los Estados deben probar que existían posibilidades razonables de que los recursos sean efectivos.

El Pacto en su art. 12 referido a la libertad de circulación, a diferencia de la DUDH, define claramente que la misma está limitada y en relación con la situación administrativa de la persona, es decir, de la regularidad administrativa en que se halle en el territorio de un Estado y a partir de ello tendrá el derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él, su residencia. En su apartado 2 y 3, señala que la misma no podrán ser objeto de restricciones, salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto. En este caso remite directamente al legislador nacional a que las restricciones al respecto deben afectar en principio a otros derechos o libertades reguladas en el Pacto, es decir de igual rango normativo, o que dichas restricciones estén en correspondencia con una sociedad democrática.

El PIDCP en su art. 14 regula los requisitos del debido proceso, interposición de un recurso efectivo, igualdad de parte, contradicción, derecho a ser oído, entre otros derechos. Señalando que las autoridades judiciales, administrativas, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirán sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso y desarrollará las posibilidades de impugnación del mismo. Al respecto el CDHONU ha sostenido que el derecho a un recurso efectivo puede en algunas circunstancias hacer necesario que los Estados adopten y apliquen medidas provisionales para evitar violaciones constantes y para reparar lo más pronto posible cualquier daño que se pueda haber causado de no ser resultas de esas violaciones. Ha señalado además que dichos recursos pueden ser adecuados, pero a su vez no efectivos, al continuar produciéndose la violación/es de los derechos del Pacto, ello es atribuible probablemente a que los recursos no funcionan con la eficacia requerida en la práctica.

Dentro de la labor interpretativa del CDHONU, ha analizado el concepto referente a la seguridad personal (art. 9 del Pacto), el cual lo ha ampliado, señalando que la misma abarca adoptar medidas razonables y adecuadas para proteger a las personas que se encuentran en libertad. Los Estados tienen la “*obligación*” de proteger a dichas personas, (no solo en aquellas circunstancias de que se encuentran detenidas o presas), pues de lo contrario “*haría totalmente ineficaces las garantías del Pacto*”¹⁷⁷. Es decir, el Pacto permite que la seguridad personal pueda abarcar un *numerus apertus* de circunstancias,

¹⁷⁵ Arts. 84-104 del Reglamento, aprobado última versión durante el 71º período de Sesiones del Comité. CCPR/C/3/Rev.10, de 11-01-2012. ONUBIB. El art. 92 del reglamento regula lo relativo a las medidas provisionales.

¹⁷⁶ Villán Durán, C., & Faleh Pérez, C., (2017). *El sistema universal de protección de los Derechos Humanos...*, op.cit., p. 85.

¹⁷⁷ Decisión del CDHONU de 12-07-1990, Asunto Delgado Páez c. Colombia. Comunicación nº 195/1985: Colombia. 23/08/90- CCPR/C/39/D/195/1985. (Jurisprudencia). disponible en <http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/spanish/195-1985.html>, fecha de consulta 14-11-2016.

entre ellas, pueden ser aquellas en que el extranjero se encuentre en situación administrativa irregular encontrándose en libertad, cuya protección puede ser precisamente reconducir su situación administrativa a la regularidad, pues como mismo señala el Comité, de lo contrario sus derechos o libertades serían restringidas. Tal entendimiento se sostiene precisamente en que el Comité ha expresado que dicha garantía derechos o libertades está relacionada estrechamente con la igualdad y la dignidad de las personas, así como a un recurso efectivo para su reconocimiento. Esto no es más que una manifestación de las denominadas obligaciones positivas¹⁷⁸ que pueden asumir los Estados, (p. ej.), respecto a los denominados emigrantes establecidos, o personas inmigrantes bajo su tutela, las cuales, como veremos, también son reconocidas por la jurisprudencia del TEDH e incluso se puede encontrar una manifestación de las mismas en la Directiva 2008/115, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular¹⁷⁹, en su art. 5 (no devolución/*non-refoulement*¹⁸⁰, interés superior del niño, vida familiar y estado de salud y art. 6.4 (conceder un permiso de residencia autónomo u otra autorización que otorgue un derecho a permanecer por razones humanitarias o de otro tipo).

En cuanto a la expulsión, distingue el PIDCP a los extranjeros que se encuentran en situación administrativa regular y a los que no, (art. 13). Dicha distinción nace de su propia redacción al señalar, que “*sólo podrá ser expulsado del territorio de un Estado Parte el extranjero que se halle legalmente, en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello*”. Se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y

¹⁷⁸ Como es conocido en la actualidad los Estados ya no solo tienen las obligaciones de no hacer o de no injerir en actividades prohibidas contra los derechos humanos, sino también las obligaciones positivas de actuar para evitar violaciones o daños a los derechos por particulares o situaciones que los propios Estados podrían haber evitado o paliado. Es decir, responde de sus obligaciones u omisiones en el aseguramiento del disfrute de dichos derechos. Esto se potencializa cuando el individuo se encuentra directamente bajo la propia tutela o protección del Estado. Lo expuesto recobrará sentido cuando se aborde lo relativo a la ponderación de intereses en las medidas cautelares, en supuestos tales como, medidas cautelares en situaciones de los MENAS o donde se encuentren presentes situaciones de inmigrantes establecidos o temas relacionados con la salud pública, o aquellos supuestos del art. 59 y 59 Bis LO 4/00, entre otros. Sobre las obligaciones positivas: Sanz Caballero, S., (2013). “Obligaciones positivas del Estado (en derecho internacional público y derecho europeo)”, en M. I. Álvarez Ledesma & R. Cippitani. (Coords.). *Diccionario analítico de derechos humanos e integración jurídica*. (pp. 466-474). Roma: Perugia, Instituto per gli Studi Economici e Giuridici, Università degli Studi di Perugia. México: D. F., Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey.

¹⁷⁹ Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16-12-2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. DOUE L 348/98 de 24-12-2008.

¹⁸⁰ Convención de Ginebra de 1951, art. 33.1 “*Ningún Estado contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia determinado grupo social, o de sus opiniones políticas*”. Garantía imprescindible del derecho de asilo. Protocolo de 31-01-1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con el PIDCP, CEDH, CDFUE, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruces, Inhumanos o Degradantes (art. 3.1) prohíbe a los Estados parte expulsar, devolver o extraditar a una persona a otro Estado “*cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura*”, entre otras normas de carácter internacional. Resolución 52/103 de la AGONU, de 9-02-1998.

hacerse representar con tal fin ante ellas. Sobre estos particulares el propio CDHONU, y la Corte Internacional de Justicia, (CIJ), han realizado sus interpretaciones¹⁸¹, destacando desde muy tempranas fechas, que los derechos reconocidos en el PIDCP, deben ser aplicados a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, así como, que las deficiencias de las constituciones nacionales de los Estados, Altas Partes Contratantes sean superadas por el reconocimiento de los derechos fundamentales a los extranjeros, destacando que las expulsiones deben ser por razones imperiosas de seguridad nacional¹⁸², cuestiones que como veremos más adelante, continúan incumpléndose por las Altas Partes Contratantes, entre ellas España, siendo muestra de ello, las expulsiones por encontrarse simplemente el extranjero en situación irregular.

Sobre estos particulares el Comité se ha pronunciado y adoptado medidas provisionales, tanto de protección, como de prevención, las cuales de ser incumplidas suponen una violación grave de las obligaciones que impone el Protocolo facultativo a los Estados, debido a que si se incumplen, se pierde el efecto útil de la decisión del Comité, así como que se pueden causar daños irreparables desde el punto de vista del respeto efectivo de los derechos humanos. En este sentido los dictámenes, resoluciones, recomendaciones, decisiones del Comité pasan a conformar elementos de pruebas notorios de las violaciones que se constatan, siendo estos elementos probatorios, conformadores o integradores de los presupuestos de las medidas cautelares en nuestro derecho interno. Incluso en el caso que sean considerados como instrumentos internacionales *soft law*, alegándose que son reglas de conducta que en principio no tienen fuerza jurídica vinculante, no dejan por ello de producir determinados efectos jurídicos atendiendo a lo expuesto sobre los arts. 10.2 y 93-96, todos de la CE. Por tanto, han de ser motivos suficientes, como valor de cosa interpretada, (*res interpretata*), para que la Administración o el órgano jurisdiccional valoren dichos dictámenes o informes de acuerdo con que declaren la infracción de un derecho reconocido en el instrumento internacional en correspondencia y de conformidad¹⁸³ con la CE y procedan en su caso a la suspensión.

1.2.1-c)- Pacto Internacional de los Derechos Económico Sociales y Culturales.

El PIDESC al igual que las normas anteriores tiene un gran significado en la problemática migratoria, dicho significado lleva un “*plus*” añadido, impone a los Estados la obligación

¹⁸¹ La CIJ en fecha 19-06-2012 dicto el fallo condenando a la República Democrática del Congo por “*graves infracciones del derecho internacional*” contra la persona de un nacional de Guinea, el Sr. Ahmadou Sadio Diallo en cuanto a sus derechos arresto, detención, y expulsión. Violación del art. 13 PIDCP, en relación con art. 36-1 b), Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, reparación adecuada, en forma de una indemnización. Doc. A/CN.4/642, pp. 10-16.

¹⁸² Informe CDHONU Observación General No. 15, *La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto*, 27º período de sesiones de 22-07-1986, en relación con Observación General nº 27, período de sesiones 67º 1999. ONUBIB.

¹⁸³ Queralt de Jiménez A., (2017). “El efecto de cosa interpretada y la función de armonización de estándares del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en VV. AA. E. Ferrer Mac-Gregor, R. Flores Pantoja. (Coords.). *La Constitución y sus garantías. A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917. Memoria del XI Encuentro Iberoamericano y VIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*. (pp. 695-717). México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, UNAM, Instituto de investigaciones jurídicas. Fossas, E., (2008), “Cosa interpretada” en derechos fundamentales jurisprudencia del TEDH y jurisprudencia constitucional”. *RVAP*, (nº 82-2), pp. 165-180.STC, Sala 1ª, nº 116/06 de 24-04-2006, BOE nº 125 de 26-05-2006, FJ 5.

de realizar el ideal del ser humano, libre del temor, de la miseria, creando las condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, cada vez de forma creciente¹⁸⁴. Lo dicho conecta perfectamente con las características migratorias actuales, migraciones económicas, por miserias, hambrunas, migraciones medioambientales, desertificación, desastres naturales, etc. Estos derechos en la realidad práctica se interrelacionan estrechamente con la condición del extranjero. Por otro lado, se condicionan los mismo dependiendo del *status* migratorio que tengan, es decir con su regularidad administrativa¹⁸⁵.

Al igual que el anterior Pacto, el presente cuenta con un mecanismo de procedimientos de queja o *cuasi* contenciosos que son conocidos por su CDESC, el cual está facultado para la adopción directa de medidas provisionales. Más alejado de esa realidad práctica se encuentra la exigibilidad y garantías de los derechos recogidos en el mismo, cuando son alegados para su aplicabilidad antes los tribunales locales de los Estados parte, más distante aún es, cuando se invocan en una solicitud de medida cautelar de suspensión o en una medida cautelar positiva, -como se verá- las mismas son denegadas o desestimadas, considerando los órganos administrativos o judiciales que no conforman o integran los mismos, los presupuestos de las medidas cautelares y mucho menos del *fumus boni iuris*¹⁸⁶, se ven estos derechos sociales, como derechos de prestación y de gastos al erario público, obviándose su Protocolo Facultativo, el cual convierte al CDESC en la primera norma convencional internacional que reconoce expresamente la justiciabilidad de los DESC.

El art. 11 PIDESC, señala que los Estados parte "*reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora constante de las condiciones de existencia*"; además reconocen "*el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre*".

¹⁸⁴ Se ha señalado el controvertido principio de progresividad y no de regresividad. Sobre estos principios el PIDESC ha instaurado los estándares de evaluación, "*monitoring*". El análisis de estos resultados de evaluación de los estándares sobre vigilancia de la retracción, regresión de estos derechos sociales junto a las observaciones del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU (CDESCONU), han permitido medir el grado de regresión de dichos derechos. Una muestra de ello es la Observación general n° 14 del año 2000 [*El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud* (art. 12 del PIDESC). En este sentido ver Jimena Quesada, L., (2017). "Crónica de la Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales". *Revista Europea de Derechos Fundamentales*. (n° 30), pp. 1-41.

¹⁸⁵ Arango Vila-Belda, J., (2006). "Derechos sociales, ciudadanía e integración", en VV.AA *Inmigración y derechos de ciudadanía. III Seminario Inmigración y Europa*. G. Pinyol. (Coord.). (pp. 118-125). Barcelona: CIDOB.

¹⁸⁶ Como he expuesto -Vid. nota 128-, siguiendo la estela de lo allí dicho, es conocido en esta materia que desde hace mucho tiempo, tanto en la teoría jurídica general, como en los ordenamientos positivos, han identificado en el *fumus boni iuris*, o verisimilitud del derecho invocado, como uno de los presupuestos de la tutela cautelar. Chiovenda, G., (1936). "Instituciones de derecho procesal civil". *Revista de Derecho Privado*, (n° 16, Gómez Orbaneja. Trad.). Calamandrei, P., (1945). *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. (S. Sentís Melendo. Trad.). Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, pp. 31-45. Caponi, R., (2016). "Piero Calamandrei y la tutela cautelar: 80 años después". *Revista de la Maestría de Derecho Procesal*, (Vol. 6, n° 1), pp. 175-189. Sin embargo, como se verá en nuestra LJCA no tiene soporte normativo, jurisprudencialmente se ha ubicado en el art. 130 LJCA, considerado que el mismo no puede crear grados de efectividad, ya que el art. 24 CE no admite grados de "efectividad de la tutela judicial efectiva". Sin embargo, los derechos sociales aquí tratados conforman por lo general, como veremos, un buen derecho en correspondencia con el interés general.

De la interpretación del citado artículo el mismo se encuentra directamente vinculado, en estrecha conexión con la dignidad de las personas y el desarrollo de la personalidad. Dicho grado de conexión debe determinarse a partir de su contenido y naturaleza, que no es más que determinar, precisar en qué medida es imprescindible el derecho concreto para la dignidad de la persona, concebida como un sujeto de derecho. No tiene discusión que algunos de los motivos o circunstancias migratorias expuestas, definen la vida y sin esta, no hay dignidad, ni desarrollo libre de la personalidad. Esto nos conduce nuevamente a la posición interpretativa de los arts. 10.2 y 13 CE, por nuestro TC, siendo el presente art. 11 PIDESC, un límite infranqueable del legislador, que lo obliga a reconocer a favor de toda persona la titularidad contenida en el mismo, imprescindibles para garantizar la dignidad y desarrollo libre de la personalidad, entendiendo que no se puede condicionar su ejercicio a la residencia legal del extranjero. Visto así, este art. 11 del Pacto entraría de lleno en el primero de los grupos de la calificación dada por el TC¹⁸⁷, partiendo de su propio criterio, la dignidad y los derechos que se relaciona con ella no constituyen una lista cerrada u exhaustiva.

En estrecha relación con lo anterior se encuentra el art. 12 PIDESC en su inciso 2-b, en lo relativo al medio ambiente. En este caso visto desde la posición de la migración medioambiental, o migrantes por causas ambientales¹⁸⁸, ya sean a tipo individual o migraciones forzadas¹⁸⁹ por causas ambientales¹⁹⁰, (cambio climático, sequías, desastres naturales). En estos supuestos en los instrumentos jurídicos internacionales sobre movimientos migratorios, refugiados¹⁹¹, apátridas, etc y en nuestro derecho interno existe una laguna jurídica¹⁹². Ello hace necesario replantear la cuestión para dar a los mismos

¹⁸⁷ Como se ha expuesto e insistirá más adelante el TC ha definido jurisprudencialmente una clasificación de los derechos fundamentales para los extranjeros, la misma presenta ciertas dificultades en su operación definitoria del criterio a seguir, debido a que todos los derechos fundamentales tienen vinculación con la dignidad humana. STC, Sala 2ª, nº 107/84; Pleno nº 115/87 y Pleno, nº 236/07.

¹⁸⁸ Organización Internacional para las Migraciones, nº 25, OIM, Ginebra. Nonagésima cuarta Reunión del Consejo de la OIM en 2007. En este sentido se puede ver Migración y cambio climático, nº 31 (Serie de estudios de la OIM sobre la migración, Oli Brown 2008 y el Glosario sobre migración de la OIM de 2011 (segunda edición, únicamente en inglés). En la actualidad, no existe un marco jurídico único que contemple de forma explícita los derechos y las necesidades de los migrantes ambientales. Diálogo Internacional Sobre La Migración, nº 18, OIM, Ginebra, 2012.

¹⁸⁹ Se distinguen entre las migraciones “forzadas” (que afectan a las víctimas de situaciones de peligro o coacción) y las migraciones “forzosas” (en las que el desplazamiento de las personas se ve obligado por la fuerza de circunstancias insuperables de orden predominantemente social y económico). En este sentido García Picazo, P., (2006) “Migraciones: entre la intolerancia y la utopía. Sobre la globalización de la cultura de la pobreza”. *ReEI*, nº 11/2006, <http://www.reei.org/>, recuperado 11-06-2018.

¹⁹⁰ Felipe Pérez, B., (2019). *Las Migraciones climáticas...* op. cit., Mar Hidalgo, (2019). “Cambio Climático y Migraciones”...op. cit., pp. 131-138. Solà Pardell, O., (2012). “Desplazados medioambientales. Una nueva realidad”. *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*. (nº 66), pp. 37-46. Egea Jiménez, C; & Soledad Suescún, J. I., (2011). “Los desplazados ambientales, más allá del Cambio Climático. Un debate abierto.” *Cuadernos Geográficos*. (Vol. 49, nº 2), pp. 201-215.

¹⁹¹ Lo importante de estos casos y probablemente en casos venideros, es el planteamiento judicial de cómo proteger a las víctimas que son migrantes a consecuencia de una alteración ambiental, mediante las medidas cautelares. Las resoluciones de estos casos, en particular ejemplifican, que la ruta legal resulta infructuosa para víctimas del calentamiento global, porque la amenaza del cambio climático, como cualquier otra modificación ambiental, no encaja dentro de los confines de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951.

¹⁹² Borrás Pentinat, S., (2016). “La migración ambiental: entre el abandono, el refugio y la protección internacional”. *Revista papeles de relaciones eco social y cambio global*. (nº 132), pp. 31-49.

una respuesta jurídica, ya sea de ampliación, adaptación o sistematización en esta nueva realidad migratoria. No obstante, existe una base sólida, la existencia del derecho humano¹⁹³ a un derecho al medioambiente sano, a la vida humana de forma digna, entendiéndose todos ellos en posibles solicitudes de protección humanitaria¹⁹⁴. Dichas solicitudes han de ser analizadas bajo el criterio de otros enfoques del principio de no devolución, por existencia de situación de riesgo real, de situaciones excepcionales, muerte real, hambruna, etc. Es decir, dentro de ese proceso de ponderación del interés general y el particular, determinar cómo se ponderaría dicha situación medio ambiental y el interés individual, al ser posibles daños o riesgos reales y previsibles de muerte, o afección grave a vida con efectos irreversibles. Lo antes expuesto es una clara manifestación del cambio de concepción e interpretación que se ha detenido en cuenta al interés general e individual. En igual sentido esta nueva problemática lleva precisamente una amplitud de miras del derecho medioambiental relacionado con el derecho a una buena administración¹⁹⁵.

El art. 13 del Pacto, derecho de toda persona a la educación, es un derecho que *prima facie* debe tener una fuerte incidencia en una solicitud de una medida cautelar, teniendo estrecha relación con los presupuestos de las mismas, en especial con el presupuesto del *fumus boni iuris*. Esto no debería ofrecer ningún género de duda en los casos de niños menores de edad, en etapa escolar obligatoria, sin embargo, como se verá no siempre ello es así. Cosa distinta son aquellos supuestos en que la educación no es obligatoria que ha llevado a serias interpretaciones¹⁹⁶.

¹⁹³ Un ejemplo de forma concreta es la OC-23/17 de 15-11-2017 de la COIDH solicitada por la República de Colombia sobre medio ambiente y derechos humanos, párrafos 108-115 (Los derechos a la vida y a la integridad personal en relación con la protección del medio ambiente). Disponible en dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/5ade36fe4>, recuperado 21-02-2018.

¹⁹⁴ Protección humanitaria en virtud de que los ciudadanos de determinados países tienen derecho a permanecer en el país de destino, si su regreso al país de origen se considera peligroso por causa de una catástrofe ambiental. La protección temporal no se ofrece a las personas que abandonan su país como consecuencia de un desastre natural, sino a quienes ya se encuentran en el extranjero. No obstante, esa norma permite ofrecer protección, pues evita que la población tenga que regresar a situaciones de riesgo y vulnerabilidad extremas. También permite facilitar la reconstrucción de los países, al frenar el flujo de retornados y apoyar a los países a través de las remesas que envían los emigrantes que trabajan en el extranjero.

¹⁹⁵ Ponce Solé, J., (2020). “Una histórica sentencia del Tribunal Supremo Holandés de 20 de diciembre de 2019 obliga al Estado a reducir las emisiones de gases invernadero en un 20% a partir de 2020. Lecciones para el caso español: calentamiento global y derecho a una buena administración”. *Revista Electrónica Administración al día*. INAP. <http://laadministracionaldia.inap.es/>, recuperado 18-01-2020

¹⁹⁶ STC, Pleno, nº 155/15, de 9-07-2015, BOE nº 194, de 14-08-2015, derecho a la educación, FJ 4-6 y Pleno, nº 236/07, FJ 8. STEDH, Sec. 2ª de 2-04-2013, asunto Tarantino y otros c. Italia, nº 25851/09, 29284/09, 64090/09, análisis protocolo nº 1, art. 2, derecho a la instrucción, apdo. 44, 45, tiene su antecedente en STEDH, Sec. 4ª de 21-06-2011, asunto Ponomaryovi c. Bulgaria, nº 5335/05, apdo. 55, 56 y 60, donde aflora un estándar al alza sobre el derecho a la educación de menores inmigrantes sin permiso de residencia. Al respecto también se puede ver la Decisión de fondo del CEDS de 3-06-2008, sobre la Reclamación nº 41/2007 (Mental Disability Advocacy Center vs Bulgaria. Más recientemente Decisión de fondo del CES reclamación nº 114/2015 de 24-01-2018 contra Francia. Ambas señalan la necesidad de tomar medidas para garantizar la igualdad de acceso a la educación a los niños extranjeros en condición de asilados, refugiado, MENAS o en cualquier situación de vulnerabilidad o incluso en situación administrativa irregular. A su vez este tema de la escolarización, lo veremos más adelante su comportamiento en nuestro derecho interno, tanto en la escolarización propiamente dicha de menores, como en relación con la suspensión de determinados actos sancionadores, expulsión, art. 246-2 párrafo tercero ROLEX, en relación con el art.7-2 Directiva 2008/115/CE, existencia de niños escolarizados.

Por último, destacar el art. 14, igualdad de todos ante los tribunales. Ello tiene estrecha interrelación con el acceso y eficacia de la tutela cautelar, las garantías procedimentales, el derecho a ser oído y el debido proceso. Cuestión que como veremos se expresa desde los primeros instantes de la detención y precisamente de la asistencia consular.

1.2.1-d)- Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

Una norma que no se puede dejar de mencionar en el presente estudio por su importancia y a su vez por la regulación de su materia es, la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares¹⁹⁷, concretamente en su art. 36.1-b) y c). El inciso 1-b, el derecho a ser informado sobre la asistencia consular, conforma el contenido esencial del derecho fundamental de defensa, debido proceso del extranjero, que va más allá del carácter eminentemente interestatal de dicha Convención, que sin llegar a ser o conformar un artículo de tratado internacional de derechos humanos tiene estrecha relación con el art. 14 PIDCP, derecho al debido proceso¹⁹⁸.

La importancia y la singularidad de mencionar de forma separada dicha Convención, responde a varias razones, entre ellas, a su apreciación y su contenido en nuestro derecho interno, en este caso, está estrechamente relacionado con el inicio del procedimiento sancionador de extranjería y las medidas cautelares de detención¹⁹⁹ e internamiento²⁰⁰ (art. 62.5 LO 4/00 y art. 237 ROLEX), por ende, lleva al cumplimiento de su contenido. De no cumplirse el mismo, es un motivo de nulidad, es un acto preclusivo, invalidante

¹⁹⁷ Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares de 24-04-1963. BOE nº 56, de 6-03-1970.

¹⁹⁸ Villegas Delgado, C., (2020). “La Corte Internacional de Justicia y la paulatina humanización del Derecho Consular: De Breard a Jadhav”. *ReEI*, (nº 39), <http://www.reei.org/10.17103/reei.39.04>, recuperado 11-06-2020. Petit de Gabriel, W. E., (2017). “Los Derechos Consulares de los Extranjeros Detenidos: ¿Nuevas Cartas en la Baraja de los Derechos Fundamentales?”. *ReEI*, (nº 33), pp. 16, 24-26, <http://www.reei.org/>, recuperado 11-06-2018. COIDH, OC-16/99 de 1 de Octubre de 1999, Solicitada por Los Estados Unidos Mexicanos. “El Derecho a la Información Sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal”, (párr. 110-124. Serie A nº. 16). <http://www.corteidh.or>

¹⁹⁹ Soler García, C., (2019). *Los límites a la expulsión de extranjeros...*, op. cit., pp. 191-205. Sobre las garantías diplomáticas y consulares, STEDH Sec. 5ª, de 19-10-2018, asunto Lebois c. Bulgaria, nº 67482/14. Interpretación e interrelación de los art. 5, 6 y 8 del CEDH, en relación con art. 36.1-b) Convención Viena de Relaciones Consulares, así como STEDH GS, de 13-12-2012, asunto El-Masri c. Ex-República Yugoslavia de Macedonia, nº 39630/09, apdo. 93, 236-237.

²⁰⁰ Fernández Arévalo, L., Rodríguez Candela, J. L., Solans Poyuelo, F., Núñez Herrera, V. E., (2013). “De las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador”, en VV.AA. L. Fernández Arévalo. (Coord.). & P. Águelo Navarro, (Dir.). *Comentarios a la Ley de Extranjería. Referencias Normativas, Jurisprudencia, Comentarios.* (pp. 415-655). Madrid: Colex. En estrecha relación con la detención y la comunicación consular, Resolución 43/173, de 9-12-1988, AGONU, Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión. Concretamente Principio 16 apdo. 2, detención o prisión de un extranjero será informada prontamente de su derecho a ponerse en comunicación por los medios adecuados con una oficina consular o la misión diplomática del Estado del que sea nacional. ONUBIB.

que causa indefensión²⁰¹. Ello repercute en la medida cautelar que se adopte²⁰², aspectos sobre lo que se profundizara en la segunda parte de la presente investigación, en lo que respecta a la medida cautelar de detención e internamiento.

Otra razón que destaca su importancia, es la interrelación de la Convención con la Directiva 2008/115, con la Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2013 “Sobre el Derecho a la Asistencia de letrado en los Procesos Penales y en los procedimientos relativos a la Orden de Detención Europea, y sobre el Derecho a que se Informe a un Tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con Autoridades Consulares durante la privación de libertad” y con la Directiva (UE) 2015/637, sobre las medidas de coordinación y cooperación para facilitar la protección consular de ciudadanos de la Unión no representados en terceros países (sobre estos aspectos se volverá más adelante capítulo III, punto 3.2.3 *infra*). La interrelacionalidad hermenéutica está dada en la detención y en el art. 8 de la Convención sobre el ejercicio de funciones consulares por cuenta de un tercer Estado, pudiendo ser motivo de responsabilidad del Estado su no cumplimiento. Esto pivota definitivamente en el debido proceso cautelar.

La garantía de asistencia consular y el debido proceso, son directamente proporcionales y compatibles, debiendo ser el segundo a través de la autoridad actuante la que garantice el cumplimiento de la primera, en este caso informar a los detenidos extranjeros acerca de los derechos que les amparan en virtud del texto convencional; para que así los mismos soliciten el ejercicio de la protección consular²⁰³. De no aplicar lo dispuesto en el art. 36 de la Convención, puede traer consecuencias jurídicas, como he expuesto de nulidad del acto y la suspensión del mismo. En otras palabras, cuando se viola el art. 36 de la Convención por falta de una notificación efectiva consular, el detenido deja de tener recursos efectivos a su alcance para combatir un cargo en su contra, es un efecto preclusivo invalidante.

²⁰¹ Sobre las nulidades se ha de tener presente LO 6/07 de 24 mayo de reforma de la LOTC, BOE nº 125, de 25-05-2007 que trajo consigo la reforma el incidente de nulidad de actuaciones regulado en el art. 241.1 LOPJ, materia exclusiva y excluyente que ha de ser sobre la vulneración de un derecho fundamental, no cualquier infracción legal. Al respecto se ha de distinguir que la norma señala que la función de la protección y garantía de los derechos fundamentales no es una tarea única del TC, sino que los tribunales ordinarios. (SSTC Sala 1ª, nº 43/10, de 26-07-2010, BOE nº 195 de 12-08-2010, FJ 4-5; Sala 2ª, nº 101/15 de 25-05-2015, BOE nº 159 de 4-07-2015, FJ 4-6, y ATC, Sala 1ª nº 65/18, de 18-06-2018, FJ 2-5, señalan que los tribunales ordinarios deben realizar una interpretación no restrictiva de las causas de inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones). Sobre la nulidad en relación estrecha con la obligación de comunicación a las autoridades consulares, STS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 1256/07 de 9-02-2007, Rec. 9833/03, FD 3.

²⁰² Abad Castelos, M., (2002). “Efectos jurídicos de las medidas provisionales adoptadas por el Tribunal Internacional de Justicia: el antes y el después del asunto Lagrand”. RAFDUC, (nº 06). Universidade da Coruña, pp. 53-74. De la misma autora (2002). El Tribunal Internacional de Justicia y la Protección Cautelar de los Derechos de los Estados, Madrid: Dykinson, pp. 48-58, 113-151. Casado Raigon, R., (1987). *La jurisdicción contenciosa de la Corte Internacional de Justicia. Estudio de las reglas de su competencia*. Córdoba: Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones, pp. 27. En este sentido como veremos en el capítulo dedicado a las medidas cautelares en el TEDH, estas sentencias tuvieron una influencia notable en el cambio del criterio de dicho tribunal sobre la obligatoriedad de las medidas cautelares.

²⁰³ Torrecuadrada García-Lozano, S., (2004). “La sentencia de la Corte Internacional de Justicia del 27 de junio de 2001, en el caso LaGrand”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, (nº 109), <http://dx.doi.org/>, pp. 207-260, recuperado 27-11-2017. Del mismo autor, año (2000). “La Indicación de medidas cautelares por la Corte Internacional de Justicia: el asunto Breard (Paraguay c. Estados Unidos). Themis: Revista de Derecho, (nº 40), pp. 277-287.

La aplicación de la doctrina de la preclusión procesal, cuando se han violado los derechos consulares de un detenido, tiene un impacto directo en la reparación que deba ser ordenada²⁰⁴. La causalidad es evidente: la falta de notificación consular impide la interposición de recursos de defensa en el debido tiempo y en la debida forma; ello conlleva a que la defensa no pueda hacer valer recursos efectivos en favor del detenido, lo que implica una clara violación al debido proceso, en consecuencia, la reparación, debe subsanar dichas violaciones. Llevado ello a una detención para la incoación de un procedimiento sancionador (una expulsión o la ejecución de la misma), causa un perjuicio directo, por lo que la no comunicación consular es otro elemento o circunstancia a tener en cuenta al momento de la adopción de una medida cautelar o la revocación de la misma, atendiendo a su nulidad o en cumplimiento del principio de garantía de no repetición²⁰⁵.

La dificultad práctica forense del tema está dada precisamente en ese momento exacto de la asistencia letrada al detenido extranjero y su lectura de derechos. En dicha lectura siempre se informa que se ha realizado la comunicación consular o que el detenido ha renunciado a ella. En todo caso, el derecho en estudio siempre podrá ser un motivo de nulidad y por ende puede a su vez ser un aspecto a tener en cuenta al momento de la solicitud de adopción, modificación o levantamiento de una medida cautelar relacionado con los presupuestos de las medidas cautelares y el debido proceso.

1.2.1-e)- Convención Internacional Sobre la Protección de los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.

²⁰⁴ Serna Londoño, T., (2015). “El Caso Avena, diez años después: problemas relativos a la efectividad de las sentencias de la Corte Internacional de Justicia”. *CEI Internacional Affairs* (nº 8). Colección trabajos de investigación del Máster en diplomacia y función pública internacional. Sepúlveda Amor, B., (2013). La Corte Internacional de Justicia y la protección de los derechos del individuo: el caso Avena”. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación Arrocha Olabuenaga, P. A., (2009). “Caso Medellín vs. Texas. Comentarios al fallo de la Suprema Corte de los Estados Unidos, así como a la solicitud de interpretación del fallo Avena del 31 de marzo de 2004, presentada a la Corte Internacional de Justicia por México en junio de 2008”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, (nº 9), pp. 677-705.

²⁰⁵ Como veremos *infra* sobre resoluciones de medidas cautelares de no repetición adoptadas por la CIJ, luego han sido aplicadas por el TEDH en el asunto G.V.A c. España, nº 35765/14, de 17-03-2015, (Caso Albarracín), declaración unilateral propuesta por el Reino de España en la que reconoce inequívocamente la vulneración de los arts. 8 y 13 CEDH, señalando que los tribunales ordinarios acogerán dichas medidas de no repetición.

La CIPDTMF²⁰⁶ es una norma que tiene una trascendental importancia²⁰⁷, al ser el primer instrumento internacional legalmente vinculante, que después de tantos años²⁰⁸, incorpora la serie completa de derechos humanos -derechos civiles y políticos, así como también económicos, sociales y culturales- para todos los trabajadores migratorios y sus familiares²⁰⁹, garantizando los estándares²¹⁰ universales mínimos sobre los mismos para todos los trabajadores migratorios, tanto documentados como indocumentados (art. 5)²¹¹.

Las realidades señaladas al inicio de esta investigación hacen que dichas circunstancias y motivos internacionales lleven a los Estados a seguir teniendo sus reticencias en cuanto a la ratificación de esta Convención, no obstante, a ello, entre los equívocos y esas otras múltiples circunstancias e interpretaciones, hace que progresivamente se vaya ratificando la misma. En el caso concreto de la UE no parece hasta el presente que exista una voluntad para ello, llegar a través de la Convención al socorrido equilibrio entre el control

²⁰⁶ Adoptada por la AGONU en su Resolución 45/158, de 18-12-1990, 45 período de sesiones. Entro en vigor el 1-07-2003. No ha de causar sorpresa el hecho de que la Convención haya atravesado trece años de trabajoso camino hacia su entrada en vigor y que la abrumadora mayoría de los países receptores de flujos migratorios no hayan realizado su ratificación, entre ellos, los EM de la UE. De los países que han ratificado un grupo de ellos conforman el Consejo de Europa, entre otros (Albania, Armenia, Arzeibaiyan, Bosnia y Herzegovina, Montenegro, Serbia). En el caso de Albania, Montenegro, Serbia son candidatos oficiales a pertenecer la UE, mientras que (p. ej.), Bosnia y Herzegovina es un candidato potencial a pertenecer a la UE, cuestiones que en un futuro han de estar presentes para el análisis jurídico multinivel que pueda generar en la aplicación del Convenio.

²⁰⁷ Gil Gil, J. L., (2010). “Los trabajadores migrantes y la Organización Internacional del Trabajo. Inmigración y movilidad de los trabajadores”, en R. Escudero Rodríguez. (Coord.). *Inmigración y movilidad de los trabajadores*. (pp. 221-264). Madrid: Wolters Kluwer. La Ley. Jover Gómez-Ferrer, R., Ortega Carballo, C., & Ripol Carulla, S., (2010). *Derechos Fundamentales de los extranjeros en España*. Lex Nova, pp. 61-63.

²⁰⁸ Bonet i Pérez, J., (2004). “La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares”, en F. Gómez Isa. (Dir.) & J.M. Pureza (Coord.). *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*. (pp. 309-350). Bilbao: Universidad de Deusto. Álvarez Rodríguez, A., (2003). “La entrada en vigor de la Convención Internacional Sobre la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, de 18 de diciembre de 1990”. *Revista Española de Derecho Migratorio y Extranjería*, (nº 2), pp. 9-51. Anteriormente de la misma autora (1999) “Contenido jurídico de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante la Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990”. *Migraciones, Revista del Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones*, (nº 5), pp. 121-160.

²⁰⁹ Camós Victoria, I., & Rojo Torrecilla, E., (2004). “La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y de sus Familias”. *Revista de Estudios sobre Migraciones*, (nº 16), pp. 7-40. A su vez señalar (p. ej.), que el art. 7.a) de la Convención está en correspondencia con la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, el art. 22 en contra de las expulsiones colectivas.

²¹⁰ Sarrión Esteve, J., (2014). “Sobre la necesidad de buscar el estándar o nivel más alto de protección de los derechos fundamentales en el sistema multinivel de la Unión Europea”. *CEF Legal. Revista práctica de derecho*. (nº 162), pp. 155-184.

²¹¹ Un reflejo real de la utilización de la Convención es la OC-18/03 de 17-9-2003, COIDH. Serie A nº 18. Solicitada por Los Estados Unidos Mexicanos sobre la “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”. http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf. La CIDH decretó (párrafos 128-160), que: “[...] la situación regular de una persona en un Estado no es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice el principio de la igualdad y no discriminación, puesto que dicho principio tiene carácter fundamental y todos los Estados deben garantizarlo a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio, independiente de su situación migratoria, puesto que el respeto y garantía de goce y ejercicio de esos derechos deben realizarse sin discriminación alguna”. Ver Voto Concurrente del Juez A.A. Cançado Trinidad.

migratorio que promulga la UE, (en realidad cada vez más restrictivo) y el alarde de la defensa de los derechos humanos, parece ser cada día categorías más alejadas la una de la otra.

En este siglo XXI, la presente etapa de la CIPDTMF es decisiva para la ratificación de la misma, fundamentalmente por aquellos países de destino de la migración. Dicha ratificación aportaría una mayor seguridad jurídica al derecho migratorio al extender más derechos a trabajadores migratorios documentados y a sus familiares potenciando notablemente la igualdad de trato con los nacionales de los estados de empleo en una serie de áreas legales, políticas, económicas, sociales y culturales y reforzaría las garantías de aquellos extranjeros en situación administrativa irregular.

La Convención en sus arts. 76-77, regula la admisión de quejas o procedimientos de queja, *cuasi* contenciosos que permite la aplicación directa para que a través del mismo se adopte las medidas provisionales. Un botón de muestra sería su propio art. 20.2, que señala que no se podrá expulsar a un trabajador migratorio o familiar por el mero hecho de incumplir una obligación laboral, (incumplimiento de cotización de seguridad social, causa sobrevenida irregularidad administrativa), deberá motivarse en otro tipo de incumplimiento, pero tal motivo no bastaría para justificar una expulsión. El ejemplo señalado en nuestro derecho interno se suscita con mucha frecuencia, trayendo como consecuencia situación de irregularidad administrativa, causa sobrevenida, colocando al extranjero en dicha situación de irregularidad, lo cual lo hace sujeto activo del art. 53.1-a) LO 4/00, situación de irregularidad, estancia irregular, por ende expensas de incoación de un procedimiento sancionador de expulsión.

De la interpretación sistemática del CIPDTMF, llevaría indudablemente a la solicitud de una medida cautelar positiva, ya que los argumentos a utilizar, todos serían los derechos humanos recogidos en la Convención, por tanto, conformarían íntegramente el presupuesto del *fumus*. Sin embargo, como se viene sosteniendo con la concepción actual del citado presupuesto, dicha medida tendría un alto por ciento de fracaso.

En igual sentido existe otro grupo derechos de la CIPDTMF, que por su importancia debemos destacar, entre ellos tenemos, el art. 21 referido a la “Protección de la Confiscación y/o destrucción de los Documentos de identidad y de otra índole”. El mismo tiene estrecha relación con el art. 4 LO 4/00, “Derecho a la documentación”, así como con la medida cautelar administrativa del art. 61.1-c), LO 4/00, “Retirada del pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad, previa entrega al interesado del resguardo acreditativo de tal medida”. Sin embargo, como veremos en la segunda y tercera parte de la presente investigación, se presentan actuaciones materiales que constituyen vía de hecho que atentan contra lo antes señalado.

La CIPDTMF en su art. 69, exhorta a los Estados partes a que los trabajadores migratorios y familiares en situación irregular que se encuentren en su territorio tomen las medidas apropiadas para asegurar que esa situación no persista. En igual sentido estimula a los Estados partes interesados a que consideren la posibilidad de regularizar la situación de dichas personas de conformidad con la legislación nacional y los acuerdos bilaterales o multilaterales aplicable. Se tendrán debidamente en cuenta las circunstancias de su entrada, la duración de su estancia en los Estados de empleo y otras consideraciones pertinentes, en particular las relacionadas con su situación familiar. En este sentido, se vuelve a manifestar la existencia de una estrecha relación con la interpretación de la Directiva 2008/115/CE, en su art. 5 y 6.4.

A su vez no se puede dejar de exponer lo relativo al art. 9 CIPDTMF “*Ningún extranjero será privado arbitrariamente de sus bienes legítimamente adquiridos*”. Como he venido exponiendo, este aspecto previsto en los diferentes instrumentos internacionales antes citados, es una cuestión totalmente ignorada en las medidas cautelares en estudio, dicha ignorancia se produce en dos vertientes, i) precisamente en cuanto a la ponderación de intereses y cuestiones de buen derecho y ii) en cuanto a la indemnización respecto a los daños causados sobre los mismos.

Es de mencionar respecto a la CIPDTMF que en el caso de España -si realizase aunque fuese su firma²¹²- comportaría indudablemente, la necesidad de proceder a una reforma del marco jurídico en materia de extranjería, reforma que debería ir incluso más allá de los postulados contenidos en la LO 4/00.

1.3- Conclusiones parciales.

De lo expuesto sobre las normas de carácter internacional citadas se extraen las siguientes conclusiones parciales:

1.- El DI confiere en la actualidad al extranjero un estándar mínimo de garantías que han ido conformando un DIM, el cual es parte de un DIDH. La calificación de estos derechos en su conjunto, como derechos humanos es inequívoca, nos encontramos pues con un sistema de derechos atribuido a todas las personas humanas, la cual es el sujeto central del desarrollo, su protagonista, su participante activo y beneficiario principal.

2.- La ONU ha desempeñado un encomiable esfuerzo por conformar un sistema de protección y regulación sobre los migrantes, su colofón lo ha materializado en la CIPDTMF, al ser el primer instrumento internacional legalmente vinculante al incorporar la serie completa de derechos humanos, ratificando la posición de que los derechos humanos son inalienables.

3.- En el contexto actual, el catálogo de derechos fundamentales (humanos) y libertades fundamentales, se amplía a categorías como el derecho humano al desarrollo, a la buena administración, al medio ambiente (visto desde la posición de la migración medioambiental), entre otros, siendo categorías de derecho de última generación que integran la dignidad de las personas.

4.- La CIJ, ha señalado que los derechos consagrados en los Tratados, Convenciones y Pactos Internacionales, están vinculados directamente con el debido proceso del detenido.

5.- La CIJ ha consolidado en su jurisprudencia que la preclusión procesal *per se*, es violatoria del derecho fundamental de defensa, pues invalida la posibilidad de poder presentar un recurso en tiempo, forma, eficaz y efectivo. La aplicación de dicha preclusión se materializa en aquellos casos de detenidos extranjeros que no se les informe adecuadamente de sus derechos de asistencia consular (Convención de Viena sobre Relaciones Consulares), o no se le informa de sus derechos de defensa, con ello se impide presentar un recurso o queja en contra del fondo del asunto. Teniendo ello un impacto

²¹² En el año 2003 el Grupo parlamentario socialista presentó una proposición no de Ley relativa a la firma y ratificación por parte de España de la CIPDTMF Boletín Oficial del Congreso de los Diputados (BOCD), 9-12-2003, Serie D. N° 636, pp. 10-12. Posteriormente se han realizado otros intentos legislativos sin resultados. Sobre esta Convención ya en el 2004 y en enero del 2019, dos Relatores Especiales de la ONU, indistintamente han señalado en sus informes al Estado Español, el no reconocimiento y firma de tan importante norma jurídica a nivel internacional en cuanto a la garantía de los derechos fundamentales de los trabajadores migrantes y sus familiares.

directo en un daño que puede ser irreversible, la reparación del mismo debe ser ordenada por ese Estado.

6.- Las medidas provisionales adoptadas y aquellas medidas definitivas de no repetición que se han dictado por los tribunales internacionales y los comités, sobre los Estados parte por violaciones en los cumplimientos de los derechos convencionales, son medidas de obligatorio cumplimiento por los mismo y por sus tribunales ordinarios.

7.- De la normativa internacional mencionada se determina la responsabilidad de reparación de los Estados parte en los casos de incumplimiento de las mismas, máxime cuando el extranjero es privado arbitrariamente de sus bienes legítimamente adquiridos. Esto es una cuestión totalmente ignorada en las medidas cautelares en nuestro derecho interno.

8.- De los instrumentos internacionales citados prima en sentido general que las expulsiones por encontrarse el extranjero simple y exclusivamente en situación irregular, no pueden ser motivo suficiente para ello. Esto se encuentra en estrecha relación con la interpretación de la Directiva 2008/115/CE, art. 5 y 6.4, donde los Estados deben tomar las medidas apropiadas para asegurar que esa situación no persista y el art. 53.1-a) LO 4/00 y la jurisprudencia del TJUE (sentencia Sala 6ª de 8-10-2020, asunto MO c. España C-568/19). Siendo ello así, el hecho de alegar en una solicitud de medida cautelar su suspensión con dicho argumento, es motivo suficiente para que la Administración o el órgano jurisdiccional procedan a su suspensión.

CAPITULO- II. Configuración Regional. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos. Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Carta Social Europea. Comité Europeo de Derechos Sociales.

2.1- Consideraciones previas.

En el presente capítulo se analizan los objetivos generarles expuestos, así como lo referente a las preguntas de investigación antes expuestas en el contexto internacional, vistas ahora en el marco regional de América latina y luego en el europeo. Teniendo como base la regulación internacional de los derechos humanos en relación con los extranjeros y su migración²¹³.

América Latina cuenta con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos²¹⁴, se ha de partir del art. XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y deberes del Hombre, el cual en lo que aquí nos interesa recoge el derecho de toda persona a que pueda concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos, destacándose lo referente a que se debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen los mismos. La Convención Americana sobre Derechos

²¹³ No abordare otras regiones como la africana, Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y su Protocolo, así como su Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, teniendo esta última las competencias en materia de aplicación e interpretación de la CAFDH.

²¹⁴ González Morales, F., (2017). “Sistemas Interamericano y Africano de Derechos Humanos”, en F. M. Mariño Menéndez. (Dir). C. Pérez González & A. Cebada Romero. (Coords.). *Instrumentos y regímenes de cooperación internacional*. (2ª Ed., pp. 41-62). Madrid: Trotta.

Humanos (Pacto de San José)²¹⁵, (CADH), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos²¹⁶, (CIDH) y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos²¹⁷, (COIDH), han ido conformando dicho sistema para la protección de los derechos humanos en la región, que se caracteriza por un control difuso, de oficio por los órganos jurisdiccionales ordinarios de los mismos, existiendo a su vez los mecanismos constitucionales de protección especial de los derechos fundamentales a través de las acciones de tutela en dicha jurisdicción.

Seguidamente, pero de forma más detenida en Europa, el Consejo de Europa, el CEDH, la jurisprudencia del TEDH, así como la Carta Social Europea y su Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS).

2.2- Sistema Regional Interamericano de Derechos Humanos. Convención Americana Derechos Humanos. Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos.

2.2.1- La Convención Americana Derechos Humanos.

Como se ha señalado el Sistema Interamericano de Derechos Humanos parte de los instrumentos internacionales citados. Se pronuncia respecto a la regulación y codificación de los mismos la CADH. Los arts. 1º y 2º de la misma exponen claramente que los Estados parte se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Siendo de aplicación a toda persona, a todo ser humano. Compulsa a los Estados parte el deber de adoptar las disposiciones de la CADH al derecho interno en el caso de que no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter en su derecho. En todo caso, los Estados parte tomarán las medidas legislativas que fueren necesarias para hacer efectivos dichos derechos²¹⁸. La

²¹⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada el 22-11-1969, San José, Costa Rica, entró en vigor el 18-07-1978.

²¹⁶ Resolución de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores en Santiago de Chile en 1959. La CIDH fue formalmente establecida en 1960.

²¹⁷ Creada a partir del Séptimo Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General Organización de Estados Americanos (AGOEA) de 22-05-1979.

²¹⁸ Un botón de muestra de ello en lo que nos interesa es Ley 1437/11, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Colombiano, art. 229, define las medidas cautelares, señala que podrán ser decretadas y modificadas de oficio por el juzgador, no implican prejuzgamiento; art. 230 prevé entre otras medidas cautelares, las preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión las que deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda, se podrán decretar una o varias medidas, impartir órdenes o imponer a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer (las denominadas medidas atípicas o innominadas); art. 231 requisitos, se destacan dentro de los mismos que para la adopción de las medidas cautelares dependerán o varían atendiendo a la naturaleza del asunto, dependiendo del medio de control invocado por el accionante al dar inicio al proceso, nulidad del acto, violaciones que surja del análisis del acto demandado, restablecimiento de un derecho, indemnización de perjuicios por los anteriores actos y demás casos. Para la toma de la decisión cautelar primara el juicio de ponderación de intereses. El margen de discrecionalidad del Juez está controlado en la misma norma al exigirle que la adopción de una decisión judicial debe estar suficientemente motivada conforme a los materiales jurídicos vigentes y de acuerdo con la realidad fáctica que la hagan comprensible intersubjetivamente para cualquiera de los sujetos protagonistas del proceso, deberá el mismo llevar a cabo un estudio de ponderación y sus sub principios integradores de idoneidad, necesidad y proporcionalidad realizando un ejercicio de razonabilidad. Como señala la doctrina científica colombiana, se trata de una

CADH en su art. 25 regula la protección judicial, señala que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

En lo que concierne a las medidas provisionales²¹⁹, las mismas no se encuentran recogidas expresamente en la CADH. La CIDH las adopta en virtud de las amplias facultades que así se le confiere para la protección de los derechos humanos, (art. 41 de CADH). La COIDH, tiene su regulación específica, (art. 63.2 CADH), ambas, son denominadas como un sistema de medidas urgentes²²⁰. Las medidas son denominadas, respectivamente, medidas cautelares en la CIDH y medidas provisionales de la COIDH.

2.2-2- La Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

La CIDH en su Reglamento²²¹ art. 25, permite la adopción de las medidas cautelares. La amplia redacción del mismo establece la posibilidad de intervención individual directa (como sujeto *legitimatío ad causam* de los individuos en el derecho internacional, subjetividad activa²²²) o plural, o incluso de una Comunidad, que se vean afectados por la violación de los derechos humanos. A su vez establece que las decisiones de otorgamiento, ampliación, modificación y levantamiento de medidas cautelares serán emitidas mediante resoluciones fundamentadas.

Como ha reconocido CANÇADO TRINDADE, en el sistema de medidas cautelares interamericano, las mismas generan obligaciones de protección *per se*, al constituir estas un instituto jurídico dotado de autonomía propia y su incumplimiento genera responsabilidad del Estado, sin perjuicio del examen y resolución del caso en cuanto al

concepción realmente material, sustancial y positiva de la discrecionalidad en cuanto norma habilitante del juez administrativo para adoptar decisiones acordes con los preceptos del Estado social y democrático de derecho, en contra de posturas estrictamente formales o negativas, desconocedoras de parámetros de racionalidad y justificación para la decisión discrecional, fundadas por fuera de la racionalidad. Vidal Vega, J. M., (2016). “Medidas Cautelares de Urgencia en el Proceso Contencioso Administrativo Colombiano-Ley 1437 de 2011”. Universidad La Gran Colombia, repositorio. www.ugc.edu.co, recuperado 27-11-2017. Rincón Martínez, K., (2015). “Medidas Cautelares Innominadas en el Proceso Contencioso Administrativo Colombiano”. *Revista Cultural Unilibre* (Sede Cartagena), pp. 59-62.

²¹⁹ González Morales, F., (2010). “Las medidas urgentes en el Sistema Interamericano”. *Sur, Revista Internacional de Derechos Humanos*. (Vol. 7, n° 13). pp. 51-73. Secretaría Ejecutiva de la CIDH sobre el tema “*Medidas Cautelares*”. Reunión del Grupo de Trabajo del 29-11-2011, GT/SIDH/INF. 43/11. Disponible en la página del Grupo de Trabajo: <http://www.oas.org/consejo>.

²²⁰ En efecto, el art. 63-2 CADH dispone: “*En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento podrá actuar a solicitud de la Comisión.*”

²²¹ Reglamento de la CIDH aprobado en el 137° Período Ordinario de Sesiones de la Comisión, celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009. Última modificación entrada en vigor 1-08-2013.

²²² Cançado Trindade, A. A., (2007). “La persona humana como sujeto del derecho internacional: avances de su capacidad jurídica internacional en la primera década del siglo XXI”. *RIIDH*. (n° 46), pp. 273-329. Previamente el mismo autor, (2004), “Reflexiones sobre el desarraigo como problema de Derechos Humanos frente a la Conciencia jurídica Universal”, en A. A. Cançado Trindade & J. Ruiz de Santiago. *La nueva dimensión de las necesidades de protección del ser humano en el siglo XXI*. (3ª Ed., pp. 34-46). ACNUR, CIDH.

fondo, aunque han existido Estados parte que han cuestionado el carácter obligatorio de las medidas cautelares de CIDH²²³.

La procedibilidad y el procedimiento para el otorgamiento de las medidas cautelares en la CIDH tiene en cuenta tres circunstancias fundamentales, i) de carácter general referida a la prevención de daños irreparables a las personas en el contexto de casos en trámite en la CIDH, ii) concerniente a la salvaguarda del asunto objeto del litigio ante la propia Comisión, y iii) relativa a evitar daños irreparables fuera del sistema de casos. Para todas estas hipótesis reglamentarias se señala que se atenderá además al contexto en que suceden. Distingue este procedimiento que cuando no existe una denuncia en trámite ante la CIDH, no es obstáculo para que la misma tome iniciativa propia una medida cautelar, es decir, la CIDH como órgano semi-jurisdiccional del Sistema puede emitir medidas urgentes en ausencia de una denuncia, de oficio²²⁴.

Igualmente el Reglamento recoge la forma de la solicitud de la medida cautelar, los criterios para la concesión de medidas cautelares: la “gravedad”, “urgencia”, “contexto” e “inminencia del daño”, comunicación y fundamentación, así como medidas a adoptar, entre ellas, medidas de protección y no repetición, así como el carácter vinculante de las mismas.

Se prevé también las medidas cautelares de carácter colectivo, con la finalidad de prevenir un daño irreparable a las personas debido a su vínculo con una organización, grupo o comunidad de personas determinadas o determinables medidas de protección de carácter colectivo²²⁵, entre ellas, sobre colectivos de personas enfermas, medidas cautelares, sobre personas con discapacidad mental (Pacientes del Hospital Neuropsiquiátrico Paraguay, con resoluciones intermedias en los años 2007 y 2008, sobre el mismo hospital, por otros incidentes con pacientes, dichas medidas cautelares fueron levantadas en julio de 2010; más tarde en el 2012 respecto a los pacientes del Hospital Federico Mora en Guatemala²²⁶), exigiendo en ambos casos a los respectivos Estados de Paraguay y Guatemala, que adoptara todas las medidas necesarias para proteger la vida y la integridad personal de los y las pacientes del Hospital Neuropsiquiátrico, en especial para prevenir

²²³ Cançado Trindade, A. A., (2005). “El nuevo Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000): la emancipación del ser humano como sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en A. A. Cançado Trindade, M. E. Ventura Robles. *El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. (3ª Ed., pp. 11-108). San José C.R.: CIDH/UNHCR/ACNUR. CIDH. *Eloisa Barrios y otros v. Venezuela*, resolución sobre medidas provisionales de 29-06-2005. Opinión del Juez Cançado Trindade, párr. 7 y 8.

²²⁴ La AGOEA en el primer trimestre de 2013 tuvo en consideración el Informe del Grupo de Trabajo Especial de Reflexión sobre el Funcionamiento de la CIDH redactado por el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) respecto a las medidas cautelares de la CIDH, previamente aprobado por el Consejo Permanente de la OEA el 25-01-2012, dicho informe analiza y reflexiona sobre las medidas cautelares dictadas por la CIDH. Reunión del Grupo de Trabajo del 29-11-2011 GT/SIDH/INF. 43/11, disponible en la página del Grupo de Trabajo: <http://www.oas.org/consejo>. En igual sentido CIDH. OEA/Ser. L/V/II. Doc. 66. Segundo Informe sobre la Situación de Defensores y Defensoras de Derechos Humanos, 31 de diciembre de 2011, párrafos 422-431. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/defensores/docs/pdf/defensores2011.pdf>.

²²⁵ Fernández de Casadevante Romani, C., (2011). “El sistema americano la Convención americana de 22 de noviembre de 1969”, en C. Fernández de Casadevante Romani. (Dir.). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. (4ª Ed., pp. 255-276), Madrid: Dilex.

²²⁶ Galván Puente, S., (2016). “La protección de los derechos de las personas con discapacidad en instituciones psiquiátricas, a la luz de las medidas cautelares dictadas por la CIDH”. *Colección Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. CNDH, México, pp. 30-35.

la ocurrencia de nuevos actos de violencia física y sexual al interior del Hospital. Este tipo de medidas, en lo que aquí nos interesa se relaciona con lo previsto en el art. 62.6 LO 4/00 que establece las facultades del Juez competente (Juez de Instrucción), para el control de la estancia de los extranjeros en CIE y en las Salas de Inadmisión de fronteras, el cual conocerá, sin ulterior recurso, de las peticiones y quejas que planteen los internos en cuanto afecten a sus derechos fundamentales, igualmente podrá visitar tales centros cuando conozca de algún incumplimiento grave o cuando lo considere conveniente. Se faculta al citado Juez a incoar expedientes de oficio sobre situaciones de insalubridad, seguridad, salud, asistencia sanitaria, derechos conectados con dicha asistencia, que sea efectiva, confección historial médico, entrega al interno copia firmada por el personal sanitario de la asistencia médica concreta recibida y del historial médico que se confeccione, etc. Asimismo, las personas internadas deberán ser informadas de estos derechos en su idioma o aquel que les sea comprensible y dicha información se les deberá proporcionar por escrito²²⁷. (Sobre estos aspectos se profundizara en la segunda parte).

En cuanto a la “gravedad” que señala el Reglamento para la solicitud de una medida cautelar se ha de tomar en cuenta los “aspectos contextuales” de la misma, entre ellos: a) el tenor de las amenazas recibidas (mensajes orales, escritos, simbólicos etc.); b) los antecedentes de actos de agresión contra personas similarmente situadas; c) los actos de agresión directa que se hubieren perpetrado contra el posible beneficiario; d) el incremento en las amenazas que demuestra la necesidad de actuar en forma preventiva; e) elementos tales como la apología e incitación a la violencia contra una persona o grupo de personas.

Para la “urgencia”, se tendrá en cuenta que ésta corresponde a la inminencia del riesgo o amenaza, por lo que requiere una respuesta inmediata; tipificando sus elementos como: a) derechos humanos o fundamentales en conflicto, vida, salud, interés superior del menor, entre otros; b) existencia de ciclos de amenazas y agresiones que demuestran la necesidad de actuar en forma inmediata; c) la continuidad y proximidad temporal de las amenazas, entre otros, d) los “elementos propios del país” o estado (la existencia de un conflicto armado, vigencia de un estado de emergencia, los grados de eficacia e impunidad en el funcionamiento del sistema judicial, los indicios de discriminación contra grupos vulnerables, y los controles ejercidos por el Poder Ejecutivo sobre los demás poderes del Estado, entre otros).

Otro elemento distintivo de las medidas cautelares en la CIDH es que se configuran en un *numerus apertus* de circunstancias y particularidades, por lo cual no es viable establecer una lista cerrada de criterios que justifiquen la procedencia de las medidas, en tanto no sería posible reflejar la diversidad de situaciones de riesgo que pueden dar lugar a ellas. Lo anterior fundamentado en la discrecionalidad que se tiene para poder adaptar en su práctica las medidas adecuadas a los diferentes contextos y cambios de realidades. Señala la CIDH que una reglamentación estricta de los criterios acabaría limitando la capacidad de respuesta adecuada de la Comisión en este tipo de situaciones.

El propio art. 25 del Reglamento en sus apdo. 9 y 11 regula lo relativo al levantamiento de las medidas cautelares, siendo una causa del mismo la pérdida de su objeto cuando

²²⁷ AJI n° 3 de Valencia, S/N de fecha 13-03-2020, medidas sobre control pandemia Coronavirus, anteriormente el auto n° 50/19 de 25-07-2019. AJI n° 1 de Algeciras (Cádiz), de 9-05-2017, (31 medidas "urgentes", entre ellas, la realización de pruebas sanitarias en el momento del internamiento). AJI n° 6 Madrid del 20-12-2016.

haya dejado de existir la situación grave y urgente que generó el riesgo inminente de daño a los derechos de la persona o el colectivo y la falta de interés de los beneficiarios. Para ello, aplica la evaluación de las medidas cautelares de forma periódica. Respeto a la pérdida de interés de los beneficiarios, ha señalado que no puede presumirse sólo la pérdida del mismo porque los interesados se hayan negado a recibir un tipo particular de medidas o hayan perdido interés, sino que se deben valorar otros argumentos. En estos tipos de supuestos, el levantamiento no debe ser de forma automática, sino que se debe realizar una valoración previa del contexto en el que se encuentran los beneficiarios y/o sus representantes y las razones por las que no han brindado la información correspondiente, es decir, que el análisis debe realizarse caso por caso, pues el levantamiento prematuro de las medidas puede hacer resurgir el riesgo u ocasionar la consumación de la violación. Permite así el art. 25 del Reglamento la posibilidad de solicitar nuevamente las medidas atendiendo a cambio de circunstancias y a que el riesgo que motivó las medidas surja nuevamente a raíz de incumplimiento del Estado.

2.2.3-La Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Las medidas provisionales de la COIDH se regulan en el art. 63.2 CADH, solo se aplican a los Estados partes, en forma muy amplia, que comprende entre otras, las de oficio, o las que son a solicitud de la Comisión. En el amplio art. 27 del Reglamento de la Corte de 2009²²⁸ se precisa que las medidas “deberán tener relación con el objeto del caso”. Desarrolla la forma en que se deben solicitar y adoptar las medidas, así como su seguimiento y trámite de audiencia. Contienen las principales reglas procedimentales sobre la materia, otras reglas o estándares que rigen el procedimiento han sido desarrolladas a través de las resoluciones de la Corte²²⁹.

Señala FAÚNDEZ LEDESMA que las medidas provisionales no forman parte de la competencia contenciosa de la Corte, sino de sus competencias como órgano de protección de los derechos humanos; en este sentido, no puede perderse de vista que la Corte ha señalado reiteradamente que, en el DIDH, el propósito de las medidas provisionales, además de su carácter esencialmente preventivo, es proteger efectivamente derechos fundamentales, en la medida en que buscan evitar daños irreparables a las personas²³⁰.

Para la protección efectiva de dichos derechos fundamentales en la materia migratoria la Corte tiene entre sus mecanismos de control, la doctrina del control difuso, la cual ha desarrollado a lo largo de su jurisprudencia²³¹. Por lo que los jueces ordinarios la deben

²²⁸ Reglamento de la COIDH, aprobado en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones, del 16 al 28 de noviembre de 2009. Entró en vigor el 1 de enero de 2010.

²²⁹ COIDH, Ministerio Asunto Exteriores y Cooperación España, Agencia Española de Cooperación Internacional. (2017). “Sistematización de las resoluciones sobre medidas provisionales emitidas por la COIDH”. (Arts. 63.2 CADH y 27 Reglamento COIDH). Se ha de tener en cuenta además que la Corte ha señalado que el objeto de las medidas provisionales coincide con muchos de los aspectos del fondo de la controversia. De tal manera, los escritos y documentación presentados en el procedimiento de medidas provisionales serán considerados parte al acervo probatorio, según hayan sido oportuna, específica y debidamente referidos o identificados por las partes en relación con sus alegatos.

²³⁰ Faúndez Ledesma, H., (2004). *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Aspectos Institucionales y Procesales*. (3ª Ed., pp. 518-547). San José de CR: IIDH.

²³¹ Castilla Juárez, K. A., (2017). "La protección de los derechos de las personas migrantes extranjeras en treinta y cinco años de jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en A. Saiz Arnaiz (Dir.). J. Solanes Mullor, & J. Ernesto Roa Roa, (Coords), *Diálogos Judiciales en el Sistema*

aplicar *ex officio*, junto a sus Pactos complementarios, ejerciendo así, un control de convencionalidad *ex officio*²³². Manifestándose dicho control concretamente en la materia objeto de estudio, (p. ej.), en las garantías de los derechos humanos previstas en la CADH las cuales no están reñidas a la determinación de la situación administrativa de un ciudadano extranjero, (regularidad o irregularidad), sino que debe primar el principio de previsibilidad, igualdad y no discriminación²³³, entre otros.

Lo expuesto es una clara manifestación de la diferencia interpretativa en cuanto al control de convencionalidad de los derechos humanos, en comparación con otros sistemas

Interamericano de Derechos Humanos. (pp. 357-381). Valencia: Tirant Lo Blanch. SSCOIDH de 1-07-2006, caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia, párr. 212; de 26-09-2006, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Serie C n° 154, párr. 124; de 29-11-2006, Caso La Cantuta vs. Perú, fondo, reparaciones y costas, Serie C n° 162, párr. 173; de 20-11-2007, Caso Boyce y otros vs. Barbados, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Serie C n° 169, párr. 78; de 30-11-2007, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, solicitud de interpretación de la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Serie C n° 174, concretamente el párr. 45 del voto disidente del juez A.A. Cañado Trindade, previamente a esta última sentencia se había dictado Sentencia de 24-11-2006, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Serie C n° 158, párr. 128; de 23-11-2010, caso Vélez Loor vs. Panamá, párra. 307; de 25-11-20013, caso familia Pacheco Tineo vs. Bolivia, párr.150-154; de 28-08-2014, caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana, esta última, referida al debido proceso debe ser garantizado a toda persona independientemente del *estatus* migratorio, o solo *ratione materiae*, sino también, *ratione personae*, sin discriminación alguna, párr. 350-402.

²³² Olano García, A. H., (2016). “Teoría del Control de Convencionalidad”. Centro Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. (Año 14, n° 1 <http://dx.doi.org/10.4067/S0718>, recuperado el 25-08-018. Como he señalado en nuestro derecho interno se adopta una doctrina del control concentrado de convencionalidad por el TC, (ver concretamente, la STC, Pleno n° 270/15). En los votos particulares de la misma se señala que la doctrina al respecto debería ser sometida a una reconsideración más profunda por el Tribunal para evitar determinadas situaciones paradójicas que se plantean en el ordenamiento jurídico español. Una expresión de dichas manifestaciones paradójicas en la disciplina en estudio es el art. 57.6 LO 4/00, principio de no devolución, y las circunstancias humanitarias, como causales de suspensión de la expulsión, principio que también está recogido en el DUE, derecho que si es controlado por los tribunales ordinarios. Sobre estos aspectos se profundizará más adelante.

²³³ De Figueiredo Caldas, R., (2017). “Estructura y funcionamiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Sus herramientas para un efectivo diálogo judicial”, en A. Saiz Arnaiz (Dir.). J. Solanes Mullor, & J. Ernesto Roa Roa, (Coords), *Diálogos Judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. (pp. 27-44). Valencia: Tirant Lo Blanch, destacando la OC-21/14, de 19-08-2014, COIDH sobre derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional y las obligaciones estatales en cuanto a niñez migrante y la aplicación de los pertinentes tratados y/u otros instrumentos internacionales, pp. 38-39. CIDH. OC-18/03 de 17-09-2003, op cit. apdo. 7-8, la calidad migratoria de una persona no puede constituir una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, el derecho al debido proceso legal debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se deben brindar a todo migrante, independientemente de su *estatus* migratorio.

regionales, concretamente como el europeo, modelo generalmente de control concentrado²³⁴ basado en la unilateralidad y en la exclusividad²³⁵.

Lo señalado alberga notoria importancia, pues como se analizará más adelante ese tipo o forma de control de convencionalidad, la difusa, repercute directamente en nuestro estudio. Dicho control difuso se materializa de hecho y en mayor grado por el juez ordinario respecto del DUE²³⁶, cuando actúa en función del mismo o cuando lo realiza a

²³⁴ Canosa Usera, R., (2015). *El control de convencionalidad*, op. cit., pp. 15-32 ss., 72-84. El profesor Canosa Usera en su obra realiza un análisis comparado entre la CADH y el CEDH, sobre el control de convencionalidad difuso y concentrado respectivamente, así como la posibilidad o no, de que los órganos jurisdiccionales ordinarios lo puedan realizar. Mostrando su oposición al control difuso, señalando los retos que en verdad plantea la articulación de las normas internacionales con las leyes internas y, sobre todo, de las posibilidades del control de convencional por los órganos jurisdiccionales ordinarios o por el TC, mostrando preocupación por el riesgo que representa para la seguridad jurídica el posible “*caos en el que incurriríamos si se generaliza un control de convencionalidad que en rigor convertiría todos los tratados internacionales en canon del enjuiciamiento difuso de todos los órganos judiciales*”. Exponiendo la dificultad de su aplicación debido al reforzamiento de la subsidiariedad que se ha dado con los protocolos 14 y 15 del CEDH, así como debido al margen de apreciación nacional que fortalece la presunción de constitucionalidad de las normas internas. Señala el profesor Canosa Usera que el propósito del margen de apreciación es el de “*concretar el modo interno de protección de los derechos convencionales*” (p. 84). Señala que el reforzamiento del margen de apreciación “*parece desvanecer la posibilidad de que el TEDH imponga a los Estados el control de convencionalidad interno*”. Sobre la influencia de la jurisprudencia americana en la materia, ver: Salado Osuna, A., & Corzo Sosa, E., (2012). “Las medidas provisionales”, en F. J. García Roca, J. Fernández Sánchez, J., P. Santolaya & R. Canosa Usera. (Eds.). *El diálogo entre los Sistemas Europeo y americano de Derechos Humanos*. (pp. 351 y ss.). Cizur Menor: Civitas.

²³⁵ Molina Navarrete, C., (2017). “La cuestión prejudicial y ¿El fin de los tribunales de «última palabra»? : Experiencias de tutela del contratante débil”. *Diario La Ley*, nº 9008, *Sección Doctrina*, recuperado 26-06-2018, pp. 3-17. La entrada en vigor de la LO 7/15 de 21 de julio, por la que se modifica la LOPJ de 6/1985, BOE nº 174 de 22-07-2015. En su Exposición de Motivos apdo. VI, señala “*ha de plantearse procesalmente el principal cauce de diálogo entre el Juez español y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: la cuestión prejudicial. Con ello, se profundiza en la búsqueda de mayores garantías en la protección de los derechos de los ciudadanos*”. En el art. 4. bis señala, “*los jueces y tribunales aplicarán el derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*”. Ratifica así el diálogo entre todos los niveles y por ende el control difuso. En este sentido, Martín Rebollo, L., (2016). “Sobre el papel del juez nacional en la aplicación del derecho europeo y su control”. *RAP*, (nº 200), pp. 173-192. Un ejemplo de dicho control, es el nuevo recurso de casación de lo contencioso administrativo regulado a partir de la modificación de la propia LO 7/15. incide de esta manera en las relaciones entre el derecho interno y el DUE y, en consecuencia, afecta al modo en que se produce el diálogo entre los respectivos tribunales. Concretamente sobre este aspecto del recurso casación se puede ver Parejo Alfonso, L., (2018). “Algunas reflexiones sobre las novedades del Recurso de Casación en el orden jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo”. *RAAP*, (nº 100), pp. 339-355. (Aspectos sobre los que se profundizara en la tercera parte del presente trabajo CAPITULO VI.- Recursos).

²³⁶ Barrero Ortega, A., (2016). “Una aproximación (europea) al control difuso de convencionalidad”. *REDA*, nº 181, pp. 297-317. Se ha de destacar la doctrina Simmenthal, primacía del DUE, principio de control difuso de la adecuación de las leyes nacionales al DUE, todo Juez nacional que actúa como Juez comunitario, debe controlar e inaplicar la norma nacional que, en el marco del litigio que conoce, sea contraria al DUE, incluso si es una ley, este control también obliga al Juez a controlar las resoluciones judiciales nacionales que debe aplicar o debe tener en cuenta incluidas aquellas de los TC. En este sentido Ugartemendia Eceizabarrena, J. I., (2019). “Puntos de incidencia de la cuestión prejudicial en el orden contencioso-administrativo”, en R. Alonso García & J. I. Ugartemendia Eceizabarrena, (Dirs.), *La incidencia del Derecho de la Unión Europea en la jurisdicción contencioso-administrativa. European Inklings* (EUi), nº 20. IVAP, pp. 210-215, donde estructura y concluye sobre este control difuso de comunitariedad, p. 215.

través de la cuestión prejudicial²³⁷ (en este sentido LO 7/15, art. 4 *bis*). El mismo todavía muestra cierta reticencia a su uso por el juez ordinario. En similares condiciones se encuentra el control de la convencionalidad internacional y regional (CEDH, a pesar de lo señalado en el art. 5 *bis* de la misma norma), ya que el juez ordinario continúa con su inercia continuista de los resultados de la interpretación realizados por el control de la convencionalidad realizado por el TC. Sin embargo, el TC con carácter general, ha afirmado que al mismo no le corresponde cuando conoce en un recurso de amparo, examinar la observancia o inobservancia *per se* de los textos internacionales que vinculan y obligan a España, sino tan solo comprobar el respeto a la infracción de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales y libertades públicas susceptibles de amparo (art. 53.1 CE y art. 41.1 LOTC), sin perjuicio de que, por mandato del art. 10.2 CE deban tales preceptos ser interpretados de conformidad con la DUDH y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España²³⁸. Esto supone, como señale al inicio, que los derechos humanos cumplen una función diferente para los tribunales ordinarios (actúan como criterios de derechos subjetivos que de no ser respetados y cumplidos se incurre en incumplimiento por parte del Reino de España, (p. ej.), ante el Consejo de Europa), como para el TC (actúan como criterio hermenéutico sobre el alcance de los derechos fundamentales en nuestra CE).

Lo cierto es que tanto el control de la convencionalidad, ya sea concentrado (art. 27 LOTC, control de convencionalidad constitucional) o difuso (juez ordinario), tienen un denominador común, el principio de la subsidiariedad que deriva en el margen de apreciación o maniobra de los Estados al momento de que el legislador plasme a través de la ley dichos derechos y luego estos juegan un papel decisivo de cómo han de ser aplicados por los operadores jurídicos, papel que va más allá del principio de jerarquía de los derechos fundamentales, va al contenido que encierran cada uno de esos derechos, como contenido mínimo o superior (estándares mínimos o superiores o al alza), que hacen luego que los mismos sean aplicados preferentemente unos sobre otros, donde indirectamente se sacrifica un derecho fundamental sobre otro (regla ponderación o *balancing test*), o que se apliquen las reglas de nivelación, equilibrio, proporcionalidad/razonabilidad. Estos factores se hacen decisivos, determinantes y conformadores sustantivos de los presupuestos de las medidas cautelares, cuestión que se enfrenta a la interpretación de los presupuestos tradicionales. Sobre estos aspectos se continuará profundizando medida que vaya avanzando el presente trabajo.

En otro orden de cosas, el Reglamento de la COIDH señala que los legitimados activamente para poder solicitar directamente las medidas provisionales son las víctimas o presuntas víctimas, sus representantes, y la CIDH (actuando de oficio). En cuanto a la legitimación pasiva, expresa que la obligación general se impone no sólo en relación con el poder del Estado, sino también en relación con actuaciones de terceros particulares, inclusive grupos armados irregulares de cualquier naturaleza, atendiendo a que la

²³⁷ Actualmente regulado en el art. 267 TFUE, cuestión prejudicial de interpretación o validez. No es necesaria en este momento una glosa sobre el citado artículo. Una muestra STJ, de 5-03-1980, asunto *Salonia c. Italia*, C-126/80, apto 6 y la jurisprudencia allí citada, define lo referente a la interpretación de DUE o el examen de la validez de una norma comunitaria solicitados por los órganos jurisdiccionales nacionales deben tener relación el objeto del litigio principal y el DUE a interpretar. En este sentido Ugartemendía Eceizabarrena, J. I., (2019). “Puntos de incidencia de la cuestión prejudicial...”, op. cit., pp. 204-222. Cudero Blas, J., (2017). “La cuestión prejudicial: algunas cuestiones sobre el derecho/deber del juez nacional de plantearla”. *RJD*, <http://www.online.elderecho.com>. Recuperado 14-12-2017.

²³⁸ STC, Pleno, nº 120/90, FJ 3.

obligación de proteger la vida y la integridad de las personas que se encuentra en una situación de extrema gravedad y urgencia recae en el Estado y, por tanto, será éste quien implementará las medidas necesarias para que la posible vulneración no se consume.

En cuanto a los requisitos materiales o presupuestos para la adopción de las medidas provisionales se ha de tener en cuenta los mismos requisitos del art. 63.2 CADH, el cual exige que para que la Corte pueda disponer de medidas provisionales deben concurrir tres condiciones, i) extrema gravedad, ii) urgencia, iii) evitar daños irreparables a las personas. Estas tres condiciones son coexistentes y deben estar presentes en toda reclamación en la que se solicite la intervención de la Corte, la cual hará cumplir el principio de legalidad y el debido proceso.

A lo igual que la CIDH la COIDH ha desarrollado a través de su jurisprudencia los tres requisitos anteriores. En cuanto a la urgencia, determina la COIDH que los estándares de la misma se entiende desde la perspectiva relacionada con la necesidad de responder de manera rápida, inminente, con celeridad, con el fin de prevenir que se consume una violación, de manera que no sería viable para la persona esperar a la adopción de otro tipo de decisiones, es decir, debe existir una relación en el tiempo entre, la solicitud y el hecho acontecido, relacionándose lo anterior con el requisito de extrema gravedad (vida, integridad personal), es decir, existe una interrelación causa efecto directa entre unos y otros y una bidireccionalidad.

En cuanto al requisito de evitar daños irreparables lo interpreta la Corte en el sentido de que es necesario probar que dicho daño no puede repararse con facilidad, no basta solo con que sea producido. La Corte ha interpretado los daños irreparables refiriéndose (p. ej.), en poner en riesgo el derecho a la vida o a la integridad personal. En este sentido GÓNZALEZ MORALES, citando a PASQUALUCCI, refiere que la Corte parece haber ampliado su interpretación de daño irreparable, para incluir cualquier tipo de daño irreparable a las personas, como puede ser en ciertos casos, aspectos relacionados con el medio ambiente, tierras ancestrales taladas y despojadas de árboles, o aquellos casos en que las personas son privadas de sus posesiones personales o de su forma de ganarse la vida. En este sentido, continúa señalando GÓNZALEZ MORALES que PASQUALUCCI se cuestiona si la Corte debería considerar la acción de que la amenaza dañará a una persona de tal manera que una indemnización pecuniaria no compensará la pérdida. Ante esta situación hay que determinar que el daño sea serio e irreparable, vinculando así el tipo de daños al derecho dañado, teniéndose en cuenta derechos tales como, los derechos humanos al desarrollo, los derechos económicos sociales y culturales, incluidos los medios ambientales. La Corte ante situaciones donde concurren las circunstancias y derechos antes señalados ordena medidas provisionales²³⁹. Muestra de lo anterior es que la Corte, ha considerado que en determinados supuestos de daños irreparables²⁴⁰ hay que tener en cuenta determinadas circunstancias cuando se atenta

²³⁹ González Morales, F., (2010). “Las medidas urgentes...” op. cit., p. 72. Burgorgue-Larsen, L., (2014). “Los Derechos Económicos y Sociales en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos”, en M. J. Terol Becerra & L. Jimena Quesada. *Tratado Sobre Protección de Derechos Sociales*. (pp. 469-490). Valencia: Tirant lo Blanch. Ver SCOIDH, caso Acevedo Buendía, de 1-7-2009, interpretación del principio de progresividad y no de regresividad, así como OC-23/17 de 15-11-2017 de la COIDH, op. cit.

²⁴⁰ Sandoval Mantilla, A., (2015). *Estándares de las medidas provisionales en la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Colección Sistema Interamericano de Derechos Humanos. México: CNDH, pp. 41-42.

contra: i) el derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una existencia digna. Señalando que debido al carácter fundamental del derecho a la vida, no es admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna²⁴¹, entre ellos, el derecho de circulación y de residencia²⁴². Como se podrá observar este criterio de la Corte se encuentra en plena correspondencia con los dictámenes anteriormente citados del CDHONU respecto al PDIDCP, ii) el uso y disfrute de la propiedad de las tierras pertenecientes a una comunidad indígena y de los recursos naturales existentes en ellas²⁴³, iii) el ejercicio profesional del periodismo, iv) los derechos a la integridad psíquica²⁴⁴, identidad y protección a la familia de un niño²⁴⁵, derecho de circulación.

Del estudio de las resoluciones sobre medidas provisionales y sentencias citadas de la COIDH, permite distinguir en comparación con otros sistemas regionales, supranacionales y en nuestro caso con la LJCA, la amplia interpretación que se realizan sobre los derechos en juegos en cada caso en concreto, destacándose como (p. ej.), acceso a las condiciones que garanticen una existencia de vida digna, así como los derechos a la integridad psíquica, identidad y protección a la familia y a los menores y el muy novedoso uso y disfrute de los recursos naturales.

El sistema de medidas provisionales antes referenciado ha sido y es utilizado como hemos visto por la Corte en casos de extranjería, entre ellos, Nadege Dorzema y otros vs. República dominicana²⁴⁶, respecto a expulsiones colectiva prohibidas²⁴⁷.

En cuanto al levantamiento de la medida cautelar la COIDH a lo igual que la CIDH regula lo relativo al levantamiento de las medidas cautelares a partir de la pérdida de su objeto, es decir, cuando haya dejado de existir la situación grave y urgente que generó el riesgo inminente de daño a los derechos de la persona o el colectivo y la falta de interés de los beneficiarios. Para ello, aplica la evaluación de las medidas cautelares de forma periódica.

Tanto la CIDH, como la COIDH, han reafirmado la necesidad de una mayor fundamentación, tanto para el otorgamiento o rechazo de las medidas cautelares. Velando

²⁴¹ SCOIDH, caso Pueblo Indígena de Sarayaku vs. Ecuador, de 27-06-2012, derecho de circulación y de residencia, derechos económicos, sociales y culturales, párrafos 134-139.

²⁴² SCOIDH, caso Loayza Tamayo vs. Perú, de 17-09-1997, integridad personal y derecho de circulación y de residencia.

²⁴³ SCOIDH, caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, de 31-08-2001.

²⁴⁴ Resolución de la COIDH de 19-01-1994, caso Reggiardo Tolosa respecto de Argentina, medidas provisionales solicitadas CIDH, párrafo 4-5.

²⁴⁵ Resolución de la COIDH de 1-07-2011, caso L.M respecto de Paraguay, medidas provisionales párrafo 9, protección a la familia, identidad del niño e integridad personal. Posteriormente Resolución de la Corte de 27-04-2012, levantamiento de la medida.

²⁴⁶ Resolución de la COIDH de 23-02-2016, caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, solicitud de medidas provisionales sobre derecho de integridad personal.

²⁴⁷ Arlettaz, F., (2015). *Expulsión de Extranjeros y Derecho de Asilo en el Sistema Interamericano*. México: Colección Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, pp. 25-29. Del mismo autor (2014). "Extranjeros, migrantes y trabajadores migrantes en la jurisprudencia interamericana". *RDME*, (nº 36), pp. 247-260. Resolución de la COIDH de 26-05-2001, haitianos y dominicanos de origen haitiano en la República Dominicana, medidas provisionales, expulsión masiva o colectiva, derechos a la vida, integridad personal, protección especial a los niños y derecho de circulación.

que no se perjudique la naturaleza jurídica del procedimiento, en cuanto a su celeridad, y temporalidad, de manera que una mayor fundamentación no debe tener como consecuencia el retraso en la emisión de las medidas, al hacer la decisión técnicamente más motivada o fundamentada. Se trabaja en alcanzar un equilibrio entre la transparencia, la seguridad jurídica, y el principio de efectividad, de modo que el mecanismo no se torne ilusorio. Por tanto, la motivación de la resolución cautelar, es un elemento distintivo de la COIDH respecto a otros tribunales regionales como el TEDH (como se verá seguidamente el TEDH no motiva sus medidas cautelares de acuerdo con el art. 39 de su Reglamento).

Por último, el art. 43 del Reglamento de la COIDH regula que los hechos que motivan una solicitud de medidas provisionales no requieren estar plenamente probados, sino que se requiere un mínimo de pruebas, detalle e información que permitan al Tribunal apreciar *prima facie* una situación de extrema gravedad y urgencia, como la prueba de la tradición oral (Caso de la Comunidad Mayagna vs. Nicaragua), no obstante como se planteó en los casos de daños irreparables la COIDH ha venido exigencia una prueba más plena. Recordando que el objeto del procedimiento de medidas provisionales, de naturaleza incidental, cautelar y tutelar, es distinto al de un caso contencioso, tanto en los aspectos procesales como de valoración de la prueba y alcances de las decisiones²⁴⁸.

2.2.4- Conclusiones parciales.

Del Sistema Interamericano de Derechos Humanos se puede concluir parcialmente qué:

1.- Tanto la CIDH, como la COIDH pueden adoptar medidas cautelares provisionales de oficio, pudiendo coincidir estas con el objeto del fondo de la controversia. De tal manera, los escritos y documentación presentados en el procedimiento de medidas provisionales serán considerados parte del acervo probatorio del proceso principal, según hayan sido oportuna, específica y debidamente referidos o identificados por las partes en relación con sus alegatos. Existe una permeabilidad entre las medidas y el asunto principal.

2.- Tanto la CIDH, como la COIDH interpretan la urgencia de las medidas cautelares de la forma que respondan de manera rápida, inminente, con celeridad y efectiva con el fin de prevenir que se consuma una violación, de manera que no sería viable para la persona esperar a la adopción de otro tipo de decisiones. Debe existir una breve relación en el tiempo, entre, la solicitud, el hecho acontecido y la medida adoptada. Relacionándose lo anterior con el requisito de extrema gravedad. Existe una relación causa efecto, interrelación directa, entre urgencia y extrema gravedad, existe una bidireccionalidad.

3.- En cuanto al requisito de evitar daños irreparables el mismo ha sido interpretado de forma amplia, relacionando dichos daños con los derechos humanos al desarrollo, con los derechos económicos sociales y culturales, incluidos los medios ambientales.

4.- El control de la convencionalidad es difuso teniendo los jueces ordinarios facultades de control de los derechos humanos que repercute directamente en el caso y de acuerdo y en relación con el control de las garantías de las leyes del derecho interno del Estado. Cuando un Estado miembro del Sistema ha ratificado la CADH sus jueces ordinarios también están sometidos a ellos, lo que les obliga a velar por el efecto útil de la misma.

²⁴⁸ SSCOIDH, caso Pueblo Indígena de Sarayaku vs. Ecuador, de 27-06-2012, párr. 32-50, caso Perozo y otro vs. Venezuela, de 28-01-2009, párr. 69 y caso Fernández Ortega y otros, vs. México de 30-08-2010 párr. 70. Véase asimismo, caso Torres Millacura vs. Argentina, párr. 55 y caso Familia Barrios vs. Venezuela, párr. 6, caso Ríos y otro vs. Venezuela de 29-01-2009).

Controlan y aplican de forma directa los derechos recogidos en la CADH, así determinan si la ley nacional restringe o viola los derechos respecto a aquella.

2.3- Sistema Regional Europeo. Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Carta Social Europea. Comité Europeo de Derechos Sociales.

2.3-1- Consideraciones previas.

En el territorio Europeo convergen el Consejo de Europa²⁴⁹ y la Unión Europea. Se analizara primeramente por su carácter de normas de derecho internacional de ámbito regional, el Consejo de Europa y dentro de él, el CEDH y la Carta Social Europea (CSE)²⁵⁰. El Convenio, visto como la doctrina del instrumento vivo del orden público europeo que garantiza derechos "reales y efectivos" y no derechos "teóricos e ilusorios"²⁵¹ y la CSE como Tratado europeo de derechos sociales por excelencia. Luego se valorara la jurisprudencia del TEDH²⁵² y del CDESE.

Seguidamente para un mejor entendimiento y logro de los objetivos del presente trabajo se abordará de forma independiente la UE, partiendo de la CDFUE y de la jurisprudencia del TJUE.

Entre ambos sistemas prevalece el principio de equivalencia²⁵³. Dicho principio repercute directamente al momento del examen, decisión y ejecución de una medida cautelar cuando están en juego derechos humanos o derechos o libertades fundamentales. A su vez se ha de tener en cuenta, que ninguna decisión de equivalencia tiene carácter definitivo, reservándose los tribunales la facultad de revisar si dicha protección continúa

²⁴⁹ Tratado de Londres el 5-05-1949 Estatuto del Consejo de Europa.

²⁵⁰ Abierta a la firma en Turín 18-10-1961. Instrumento de ratificación de 29-04-1980. Ratificada por España el 6-05-1980. Vigor para nuestro país el 5-06-1980. Pendiente de ratificación la Carta Social Europea revisada.

²⁵¹ STEDH, Pleno de 7-07-1989, asunto Soering c. Reino Unido, nº 14038/88, apdo. 88, 89. STEDH, GS de 30-06-2005, asunto Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlanda, nº 45036/98, apdo. 156,160-65. Presunción de protección equivalente, margen de apreciación, respecto a los derechos fundamentales (incluidos los procesales). Se ha de tener en cuenta el antecedente de la STEDH, GS de 18-02-1999, asunto Matthews c. Reino Unido, nº 24833/94.

²⁵² Al respecto también se analizará la jurisprudencia del TEDH en cuanto a los derechos económicos sociales y culturales, en este sentido Binder, C. & Schobesberger, T., (2015). "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los derechos sociales ¿Nuevas tendencias en la jurisprudencia?", en M. Morales Antoniazzi, J. I. Ugartemendia Eceizabarrena, & A. Saiz Arnaiz. *La garantía jurisdiccional de los Derechos Humanos. Un estudio comparado de los sistemas regionales de tutela: europeo, interamericano y africano*. (pp. 102-111). Oñati: IVAP. López Guerra, L. M., (2014), "La protección de los derechos económicos y sociales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos", en M. Terol Becerra & L. Jimena Quesada. (Dir.). *Tratado sobre protección de derechos sociales*, (pp. 297-317). Valencia: Tirant lo Blanch. Pérez Alberdi, M. R., (2014), "La protección de los derechos sociales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en la misma obra anterior, (pp. 319-332).

²⁵³ Antón Guardiola, C., (2007), "TEDH. Sentencia de 30.06.2005, Bosphorus Airways, 45036/98- Derecho Comunitario y Convenio Europeo de Derechos Humanos". *RDCE*, (nº 28), pp. 943-957. Es meritorio recordar, que en el denominado diálogo europeo los Tribunales Constitucionales han utilizado dos estándares para enjuiciar la hipotética contienda entre la prioridad del Derecho europeo y la protección constitucional interna de los derechos fundamentales reconocidos en las distintas constituciones. El primero, sobre la resolución alemana Solange 2, doctrina de la "protección equivalente". El segundo, consiste en el denominado "estándar mínimo de protección". En este sentido ver Declaración 1/2004, de 13-12-2004, BOE nº 3, de 4-01-2005 del TC y STC, Sala 1ª, nº 199/09, de 28-09-2009, BOE nº 254 de 21-10-2009 y sus votos particulares.

siendo o no equivalente a la luz de los cambios interpretativos sustantivos y procesales que se vayan produciendo respecto a los mismos, (muestra de ello puede ser los arts. 6, 8 y 13 CEDH, arts. 7 y 47 CDFUE, arts. 18 y 24 CE, en lo relativo a la vida privada familiar). Esto se materializa en situaciones, tales como, las referentes a los ciudadanos de la Unión y sus familiares (Directiva 2004/38 y RD 240/07, art. 37 derecho más favorable y DA 2ª y 4ª, respectivamente, en cuanto al procedimiento preferente a los ciudadanos de la Unión y sus familiares). También se unen al anterior principio, el principio el margen de maniobra o margen de apreciación, o si se actúa por un acto reglado, o incluso la existencia de una combinación de margen de maniobra en relación con una regulación del Derecho Primario (art. 28-3 Directiva 2004/38/CE y art. 83 TFUE, respecto a la seguridad pública), o sin detentar ningún margen de apreciación, de ser así, se ha de verificar si el ordenamiento garantiza de manera equivalente los derechos humanos.

Respecto a la doctrina del principio de margen de maniobra o de apreciación²⁵⁴, unido al carácter de la subsidiariedad²⁵⁵, son principios que han venido siendo interpretados, tanto por el TEDH, como por el TJUE. Ambos principios permiten el diseño de las relaciones entre los ordenamientos y jurisdicciones nacionales e internacionales en la apreciación y aplicación de los derechos, para que puedan ser entendidos en un espacio de discrecionalidad con el que cuentan los mismos dentro de la construcción de un “consenso europeo”²⁵⁶. El fundamento del margen de apreciación no se encuentra redactado en el texto del CEDH, sino que se infiere de dos de sus artículos, el 1 y el 19²⁵⁷, se trata más bien, de un principio interpretativo que parte de la idea de que, un derecho no puede juzgarse en abstracto, omitiendo los marcos culturales y económicos que lo circundan,

²⁵⁴ Sánchez-Molina, P., (2015/2016). “Margen de apreciación nacional (en los sistemas de protección internacional de los derechos humanos)”. *Revista en Cultura de la Legalidad*, (nº 9), pp. 224-231. García Roca, F. J., (2010). *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*. Cizur Menor: Cuadernos Civitas/Instituto de Derecho Parlamentario, pp. 20, 89 y ss., señala el autor sobre la necesidad de un nuevo Derecho constitucional internacional o la Constitucionalización del Derecho internacional. El TEDH distingue entre necesidad de la medida limitadora de los derechos, margen de apreciación nacional y principio de subsidiariedad, una muestra de ello es la STEDH, Sec. 3º de 6-02-2003, asunto Jakupovic, c. Austria, nº 36757/97 (vida familiar, antecedentes penales gravedad de los mismos, expulsión, integración, exceso en el margen de apreciación respecto al objeto perseguido).

²⁵⁵ Santiago A., (2013), “El principio de subsidiariedad, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. *Sesión privada del Instituto de Política Constitucional. Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, pp. 441-455. Buenos Aires.

²⁵⁶ González Vega, J. A., (2004). “Interpretación, Derecho Internacional y Convenio Europeo de Derechos Humanos: a propósito de la interpretación evolutiva en materia de autodeterminación sexual”. *REDI*, (nº 56), pp. 163-184, concretamente, p. 178. Una muestra de ello es la STEDH Sec. 3ª de 17-11-2020, asunto B y C, c. Suiza, nº 889/19 y 43987/16, violación art. 3, expulsión evaluación insuficiente del riesgo de y la disponibilidad de la protección del Estado contra los malos tratos por motivos de orientación sexual por parte de agentes no estatales.

²⁵⁷ STEDH GS, de 03-10-2014, asunto Jeunesse c. los Países Bajos, nº 12738/2010, apdo. 110, refiere, que en los términos del art. 19 y el art. 32.1 CEDH, el Tribunal no es competente para aplicar o examinar las presuntas violaciones de las normas de la UE a menos y en la medida en que puedan haber infringido los derechos y libertades protegidos por el Convenio. De manera más general, corresponde principalmente a las autoridades nacionales, especialmente a los tribunales ordinarios, interpretar y aplicar la legislación nacional, si es necesario de conformidad con la legislación de la UE. El papel del TEDH se limita a determinar si los efectos de dicha adjudicación son compatibles con el Convenio. Sobre esta sentencia y su contenido volveremos más adelante.

por el contrario, existen condicionamientos materiales y sociales cuyo desconocimiento quitaría realidad o vigencia a un régimen de derechos humanos.

A su vez existen otros mecanismos de control sobre los principios citados, (p. ej.), la cuestión prejudicial, previsto por el DUE (art. 267 TJUE). Cuando pueda existir algún conflicto en cuanto al derecho aplicable entre ambos sistemas, debe recurrirse al TJUE. En fin, el principio de la protección equivalente se activaría si de acuerdo con el art. 52-3 CDFUE, los derechos que en ella se recogen no estuvieran en correspondencia con el CEDH y con la norma concreta del DUE y de estas con la del derecho interno.

Dicho lo anterior, es importante precisar lo referente al control multinivel de derechos, constitucionalismo multinivel²⁵⁸, o tutela multinivel, liga de constituciones, enfoque multinivel²⁵⁹ o diálogo entre tribunales²⁶⁰ (diálogo de los tribunales o diálogo judicial europeo), que se encuentran en la región²⁶¹. Dicho pluralismo de derechos humanos y fundamentales parecía que con la entrada en vigor del TL y del Protocolo nº 14 del CEDH²⁶² se fuesen a solucionar las diferentes diferencias de interpretaciones, sin embargo, no ha sido así a pesar de la opinión favorable al acuerdo de todos los actores

²⁵⁸ Pernice, I., (2002), “El constitucionalismo multinivel en la Unión Europea”. *ReDCE*, (nº 17), (C. Elías Méndez, Trad. Texto original, *European Law Review*. (2002). (nº 5), pp. 511-529.

²⁵⁹ Fondevila Marón, M., (2017). “Control de Convencionalidad y Tutela Multinivel de Derechos”. *Estudios de Deusto*. (Vol. 65, nº 1), pp 347-360. Freixes Sanjuán, T., (2016). “Los Derechos Fundamentales: el enfoque multinivel”..., op. cit., pp. 23-37). Previamente la profesora Freixes Sanjuán, (2013), “Constitucionalismo multinivel e integración europea”, en T. Freixes Sanjuán, Y. Gómez Sánchez, & A. Rovira Viñas, *Constitucionalismo multinivel y relaciones entre Parlamentos Parlamento europeo, Parlamentos nacionales y Parlamentos regionales con competencias legislativas*. (pp. 37-50). Madrid: CEPC. Bustos Gisbert, R., (2012), “Elementos constitucionales en la red global”. *Revista Estudios de Deusto*. (Vol. 60), pp. 21-44.

²⁶⁰ Sobre la temática del diálogo entre tribunales pueden verse, entre otros: Saiz Arnaiz, A., (2017). “La interacción entre los tribunales que garantizan derechos humanos: razones para el diálogo”, en A. Saiz Arnaiz, (Dir.). J. Solanes Mullor & J. E. Roa Roa (Coord.) *Diálogos judiciales en el sistema interamericano de derechos humanos*. (pp. 12-26). Valencia: Tirant lo Blanch; del mismo autor (2015). “Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: las razones para el diálogo”, en L. M. López Guerra & A. Saiz Arnaiz. (Dir.). *Los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos: una introducción desde la perspectiva del diálogo entre tribunales*. (pp. 153-185). Lima: Palestra. López Guerra, L. M., (2015). “El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Españoles. Coincidencias y divergencias”, en J. V. Gimeno Sendra & M. T. Regueiro García (Coords.). *Nuevas tendencias en la interpretación de los derechos fundamentales*. (pp. 21-43). Madrid: Universitas. Balaguer Callejón, F., (2007). “Los Tribunales constitucionales en el proceso de integración europea”. *ReDCE* (nº 7), pp. 277-294. Un botón de muestra de esta apertura de diálogo, con una interpretación dinámica, evolutiva e integradora de los derechos, es la STC Pleno, nº 198/12, de 6-11-2012, BOE nº 286, de 28-11-2012, FJ. 9. (sobre el matrimonio homosexual).

²⁶¹ Godoy Vázquez, M. O., (2016). “Sistemas de garantías de los derechos fundamentales y protección multinivel en Europa”. *Revista Internacional de Derechos Humanos*. (nº 6), pp. 253-281. Fernández Rozas, J. C., (2015). “La compleja adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos y las secuelas del Dictamen 2/2013 del Tribunal de Justicia”. *Revista La Ley Unión Europea*. (nº 23), pp. 40-56. Hermida del Lano, C., (2010). “Una salida a los conflictos entre el Tribunal de Estrasburgo y el Tribunal de Luxemburgo”. *Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos. Persona y derecho*. Dedicado a: *Europa y los Derechos Humanos*. (nº 63), pp 111-135, concretamente la autora propone 6 soluciones o alternativas a una salida segura y deseable si se hubiese producido la adhesión, pp. 127-135. En el mismo sentido es el contenido de la STJUE, de 28-10-1975, asunto Rutili, C-36/75, subrayó que el CEDH es uno de esos instrumentos jurídicos internacionales que requieren de su estricto cumplimiento

²⁶² Instrumento de Ratificación del Protocolo nº 14 CEDH, por el que se modifica el mecanismo de control del Convenio, 13-05-2004. BOE nº 130, de 28-05-2010.

que participaron en el proceso, Comisión Europea, el Consejo, el Parlamento Europeo²⁶³, el TJUE encontró hasta ocho razones²⁶⁴ para oponerse a ello casi todas vinculadas a los presuntos riesgos que el control del TEDH genera para la salvaguardia de las características esenciales de la Unión y de su Derecho. En todo caso, dicha objeción lo que entorpece es la vía de diálogo²⁶⁵ entre, los jueces nacionales, con los de Estrasburgo y Luxemburgo, en el caso del primero en el marco de procesos nacionales vinculados al control de convencionalidad y su relación con las normas internas y en el segundo en cuanto a la propia primacía del DUE respecto a los EM y sus contra límites²⁶⁶ o *actio finium regundorum* (no como incentivo de conflictos o guerras entre los tribunales, sino como respuesta y reacción frente a las interpretaciones del DUE proporcionadas por el TJUE, sobre todo en consideración de la eficacia del contenido de sus decisiones como fuente del Derecho²⁶⁷).

²⁶³ Resolución del Parlamento Europeo, de 19-05-2010, sobre los aspectos institucionales de la adhesión de la UE al CEDH (2009/2241(INI)).

²⁶⁴ Uría Gavilán, E., (2018). *La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Barcelona: Bosch, pp. 31-33, 72-80, 116-148, 175-201, 283-285, 315-382. Dictamen 2/13 del TJUE (Pleno) de 18-12-2014. Urbina Treviño, G., (2015). “El TJUE rechaza el proyecto de acuerdo de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos: Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia (Pleno), de 18 de diciembre de 2014”. *Revista Unión Europea Aranzadi*. (nº 8-9), pp. 51-66. Martín y Pérez de Nanclares, J., (2015). “El TJUE pierde el rumbo en el Dictamen 2/2013: ¿Merece todavía la pena la adhesión de la UE al CEDH?”. *RDCE*, (nº 52), pp. 825-869. Azpitarte Sánchez, M., (2015). “Los derechos fundamentales de la Unión en busca de un nuevo equilibrio (Acercado del Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia, sobre la compatibilidad con los Tratados constitutivos del Proyecto de acuerdo internacional de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”. *REDCE*, (nº 104), pp. 243-268. Rueda Fernández, C., (2015). “La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos humanos: una difícil obligación por cumplir”. *Revista Justicia do Direito*. (Vol. XXIX, nº 1), pp. 5-17, <http://dx.doi.org.br/10.5335/rjd.v29i1.5173>, recuperado 08-02-2019. Fernández Rozas, J. C., (2015), “La compleja adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos...op. cit. 40-56.

²⁶⁵ Arroyo Jiménez, L., (2016). *Empatía constitucional. Derecho de la Unión Europea y Constitución española*. Madrid: Marcial Pons, pp. 11 y ss. Salvador Martínez, M., (2015). “El diálogo entre tribunales y la garantía de los derechos en Europa”, en J. V. Gimeno Sendra & M. T. Regueiro García, *Nuevas tendencias en la interpretación de los derechos fundamentales*, (pp. 45-58). Madrid: Universitas. Xiol Ríos, J. A., (2013). “El diálogo judicial”, en VV.AA. *Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales: XVIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. (pp. 11-56). Madrid: CEPC. Bustos Gisbert, R., (2012). “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos Judiciales”. *REDCE*, (nº 95), pp. 13-63.

²⁶⁶ Romboli, S., (2017). “Los Contra-Límites en serio y el caso Taricco: El largo recorrido de la teoría hasta la respuesta contundente pero abierta al diálogo de la Corte Constitucional Italiana. *ReDCE*, (nº 28), <http://www.ugr.es/Thomson-Reuters/>, recuperado 5-04-2018. Vecchio, F., (2015), *Primacía del derecho europeo y salvaguarda de las identidades: consecuencias asimétricas de la europeización de los contra límites*. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, pp. 31-44, 69-88, 96-113, 119-123, 223-226. En igual sentido DTC 1/2004.

²⁶⁷ Como he mencionado, el DUE como fuente de nuestro derecho interno, es un aspecto que no se ha definido con claridad por la doctrina y la jurisprudencia. Tras 130 años de vigencia del CC, su art. 1.1 ha permanecido casi inalterable, pero a través de la ley y de los principios generales del derecho, el DUE se ha ido conformando en sí mismo como una fuente de nuestro derecho interno, ello a través de su efecto directo, de su principio de primacía y demás principios generales antes citados. De ser considerado ello así y de acuerdo con la relación expuesta del DUE con el Derecho de Extranjería, se consagra que aquel es una fuente para el último. El cual es una disciplina jurídica con autonomía propia y la jurisprudencia emanada del TJUE con su efecto vinculante (Reglamento de Procedimiento del TJUE Versión consolidada del 9-04-2019 DO L 111 de 25-4-2019, art. 91, señala la obligatoriedad y efectos y vinculante de las sentencias y autos, afirma que: “La sentencia será obligatoria desde el día de su pronunciamiento”), ha hecho que los

Lo anterior repercute en el ámbito procesal²⁶⁸, en este caso sobre los derechos fundamentales, al momento de acceder a la jurisdicción y de interpretar los mismos en el momento de la solicitud o adopción de las medidas cautelares. Por lo que las sentencias que emanen, tanto del TEDH, como del TJUE constituyen un medio hermenéutico para configurar el contenido y alcance de los derechos fundamentales que se apliquen a las mismas (en el primero, a través de la cosa interpretada y en el segundo en las cuestiones prejudiciales interpretativas). Dicho contenido y alcance interpretativo se va introduciendo cada día más de forma directa al derecho interno²⁶⁹.

La problemática de las medidas cautelares en el Derecho de Extranjería no escapa ante la compleja encrucijada²⁷⁰ del espacio judicial europeo²⁷¹. Se deberá primeramente analizar el derecho nacional en cuestión y determinar en nuestro caso, si está en correspondencia con el DUE, de existir tal correspondencia, por regla general, entonces deberá estar en equivalencia con el sistema de Consejo de Europa. No obstante a ello, la jurisprudencia del TEDH (Bosphorus), y de otras, señala claramente que dicho principio no siempre es fácil de determinar su aplicación, debiéndose analizar cada supuesto, diferenciando la norma a aplicar, como en el asunto *Michaud c. Francia*²⁷². Este último, tiene por objeto la aplicación de Directivas de la Unión (relativas a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales), las cuales son sustantivamente vinculantes y obligatorias, pero permiten elegir en su transposición los medios y modos de alcanzar procedimentalmente dichas obligaciones, no totalmente regladas por el DUE, por lo que existe cierto margen de maniobra o la denominada autonomía procedimental. No obstante a ello, el propio TEDH también ha señalado de forma reiterada²⁷³, que a pesar e incluso al aplicar²⁷⁴ los Estados Contratantes del Convenio el DUE quedan vinculados

tribunales nacionales realicen una lectura *ex novo* de las distintas normas sustantivas y procesales, a fin de adecuar las mismas a dichos criterios interpretativos.

²⁶⁸ Montesinos Padilla, C., (2017). *La Tutela Multinivel de los Derechos desde una Perspectiva Jurídico-Procesal. El caso español*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 23-33, 143-160, 236-245, 332-338.

²⁶⁹ STJUE, GS de 21-12-2011, asuntos N.S, C-493/2010, C-411/10, tomo como precedente, STEDH, GS de 21-01-2011, asunto MSS c. Bélgica y Grecia, nº 30696/09, apdo. 290 y 318. El TEDH en dicha sentencia había condenado a los Estados contratantes en conflicto sobre la interpretación del art. 3 el CEDH en relación con el Reglamento Dublín II asilo (cláusula de “soberanía”) y la expulsión. En el asunto N.S, el TJUE interpreta el art. 3.2 del Reglamento Asilo (vigente en el momento de los hechos), por el que se establecían los criterios y mecanismos de determinación del EM responsable del examen de una solicitud de asilo, unido a expulsión, apoyándose expresamente en la previa sentencia del TEDH, señalando que no debía proceder la expulsión, en la medida en que ello suponía una violación de los derechos del recurrente de acuerdo con el CEDH.

²⁷⁰ Alonso García, R., (2014). *El Juez Nacional en la Encrucijada...*, op. cit., p. 23.

²⁷¹ Pizzolo, C., (2017). *Comunidad de intérpretes finales. Relación entre Tribunales supranacionales, constitucionales y supremos. El Diálogo judicial*. Buenos Aires: Astrea, pp. 77 y ss.

²⁷² STEDH, Sec. 5ª de 6-12-2012, asunto *Michaud c. Francia*, nº 12323/2011. El TEDH, señala la no aplicación de principio de equivalencia, no margen de apreciación. Contraria a la presunción Bosphorus no era aplicable por diversas razones señaladas en la sentencia en sus párrafos 112-115.

²⁷³ STEDH, GS asunto *Avotiņš c. Letonia*, ver los votos particulares en conjunto de los jueces Lemmens y Briede y el voto disidente del juez Sajó.

²⁷⁴ STEDH, Sec. 3ª, de 18-12-2018, asunto *Saber y Boughassal c. España*, nº 76550/13 y 45938/14, apdo. 28-29 y 42, hace referencia a la competencia o no del Tribunal para el análisis de normas que provienen del Derecho derivado de la Unión y su posible relación con los derechos recogidos en el Convenio, (en el caso concreto art. 8). Señalando que, partiendo y respetando el margen de apreciación de las autoridades nacionales para decidir sobre la necesidad en una sociedad democrática en la injerencia en el ejercicio de un derecho protegido por art. 8 del Convenio y sobre la proporcionalidad de esta medida en relación con la

por las obligaciones que voluntariamente han contraído al ratificar el Convenio y el efecto de cosa interpretada. Estas obligaciones deben apreciarse de conformidad con la jurisprudencia establecida por el mismo, respecto del DUE con el CEDH.

Lo dicho en nuestro caso nos conduce a que las diferentes autoridades administrativas y judiciales, así como los diferentes operadores jurídicos nacionales deben tener en cuenta la diferenciación antes señalada, no solo ante un derecho primario de la UE o de un Reglamento, sino que el caso de las Directivas deberán observar el carácter reglado, condicionado por *ratione materiae* de las mismas y si se tienen o no, margen de maniobra a la hora de ejecutar las obligaciones resultantes de su pertenencia a la UE. Determinar si tienen o no, algún margen de maniobra sustantivo y procedimental capaz de que pueda erigirse en obstáculo al propio DUE y sus derechos fundamentales, o que el propio EM dicte medidas nacionales en su transposición que generen una especie de discriminación indirecta o inversa²⁷⁵. De suceder así, se deberá activar y alegar según corresponda, el principio de cooperación leal a través de los principios protección equivalente y efectividad o en su caso, o como veremos, si es de aplicación un estándar del derecho interno superior al del DUE.

2.3.2- Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Protocolos adicionales al Convenio. Su interpretación jurisprudencial.

2-3-2-a)- Consideraciones previas.

El CEDH como sistema regional de derechos humanos incorpora a su articulado un catálogo de derechos humanos²⁷⁶ recogidos por el sistema de la ONU. Dicho sistema es de plena aplicación a los derechos de los extranjeros²⁷⁷, por tanto, de plena vigencia y aplicación a las medidas cautelares. En su art. 1 dispone que los derechos y libertades que se reconocen en el mismo son inherentes “*a toda persona bajo su jurisdicción...*”, así se incluye a aquellos extranjeros que se encuentran bajo la jurisdicción²⁷⁸ del Estado parte. Los derechos amparados por el CEDH son los tradicionales derechos civiles y políticos,

finalidad legítima perseguida, dicho margen de apreciación va de la mano con un control europeo, que alcance al mismo tiempo la ley y las decisiones que la aplican, incluso cuando estas emanen de una jurisdicción independiente. Es decir, que las autoridades nacionales han de aplicar las normas de conformidad con los principios del art. 8 CEDH.

²⁷⁵ Informes 2017, Comisión Jurídica del Consejo General de la Abogacía Española. “Derecho de la UE y las situaciones puramente internas o sobre cuándo, en un litigio nacional, pueden invocarse las libertades de circulación y otras normas del Derecho de la Unión”. (Informe 7/2017)”. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 183-212. A su vez se puede ver STJUE, Sala 5ª de 12-09-1996, asunto Comisión c. Reino de Bélgica, C-278/94, discriminación indirecta, contraria al principio de igualdad de trato, art. 48 del TUE.

²⁷⁶ Cançado Trindade, A. A., (2006). “*El Derecho Internacional de los derechos humanos en el Siglo XXI*”. Santiago de Chile: Edit. Jurídica de Chile, p. 24. García Roca, F. J., (2014). “El preámbulo, contexto hermenéutico del Convenio: un instrumento constitucional del orden público europeo”, en P. Santolaya Machetti & F. J. García Roca. (Coords.). *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. (pp. 19-42). Madrid: CEPC. El profesor García Roca, insiste en que el Convenio no es una declaración constitucional, ni un código federal de derechos, sino una garantía de mínimos recogida en un tratado internacional.

²⁷⁷ Jover Gómez-Ferrer, R., Ortega Carballo, C., & Ripol Carulla, S., (2010). *Derechos Fundamentales...*, op. cit., 37-54.

²⁷⁸ Presno Linera, M. Á., (2008). “Las garantías para los extranjeros y los límites a sus derechos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”. *Revista del Instituto de ciencias jurídicas de Puebla AC*, (nº 24), pp. 43-64.

teniendo, como hemos citado, su prolongación a los derechos de orden económico social, cultural a través de su interpretación evolutiva o protección indirecta²⁷⁹, teniendo un carácter programático y no conferirían a la persona unos derechos directamente ejecutorios, remitiendo indirectamente a la CSE.

El CEDH como derechos efectivos (no teóricos e ilusorios), esenciales para las personas humanas y su dignidad (vida, prohibición de tortura, tratos inhumanos o degradantes, libertad personal²⁸⁰, ideológica, de expresión, vida familiar y privada, la vulnerabilidad en el acceso a la tutela judicial efectiva²⁸¹, un recurso efectivo y eficaz, real, no como una institución virtual o platónica²⁸², entre otros), son un mínimo de derechos agrupados por niveles fundamentales²⁸³ (se interpreta del propio art. 15-2 CEDH), que se consideran inherentes a las sociedades democráticas, con lo que democracia y derechos humanos quedan indeleblemente unidos²⁸⁴. Lo dicho parece obvio, pero se ha de señalar que en la Conferencia de 2018 en Copenhague²⁸⁵, parte de los debates se centraron en la capacidad

²⁷⁹ Pinto De Albuquerque, P., (2020) “Los derechos de los trabajadores, los trabajadores migrantes y los sindicatos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”. *Revista Jurisdicción Social* nº (215) por Juezas y Jueces para la Democracia, pp. 5-22. Bonet i Pérez, J., (2016). “La protección indirecta...”, op. cit., pp. 137-183. STEDH, Sala de 9-10-1979, asunto Airey c Irlanda, nº 6289/73 apdo. 26, no ignora que el desarrollo de los derechos económicos y sociales depende mucho de la situación de los Estados y concretamente de sus finanzas. Sentencia Marckx [TEDH 1979, 2] ap. 41), y dentro de su campo de aplicación tiende a una protección real y concreta de la persona (apdo. 24 supra). STEDH GS, de 27-05-2008, asunto N. c. Reino Unido, nº 26565/05, (que comentaremos *infra*) el Tribunal reafirma que los mismos sólo tendrían un carácter programático y no conferirían a la persona unos derechos directamente ejecutorios. Vid. nota 252, Pérez Alberdi, M. R., (2014), “La protección de los derechos sociales...” op. cit., pp. 319-332. Tanto Pinto De Albuquerque, como Pérez Alberdi concluyen que la protección de los derechos sociales ofrecida por el TEDH es insuficiente incluso regresiva siendo necesaria la garantía de la CSE.

²⁸⁰ Arrese Iriondo, M. N., (2015). “Artículo 5. Derecho a la libertad y a la seguridad”, en I. Lasagabaster Herrarte. (Dir.). *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, (3ª. Ed., pp. 113-202). Pamplona: Civitas. De la misma autora, en la misma obra, “Artículo 13. “Derecho a un recurso efectivo”, (pp. 717-757). Casadevall, J., (2012). *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su Jurisprudencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 91-93 y 393-399, aborda el autor la disputa superada en cuanto a la superposición o absorción del art. 6 y 13 ambos del CEDH, señalando que cada artículo tiene su especialidad y sus exigencias, no siendo ninguna menos estricta que la otra, no existiendo, ni superposición, ni absorción.

²⁸¹ Gómez Fernández, I., & Maués Enfocar. A., (2017). “El Derecho a la justicia desde la noción de vulnerabilidad...”, op. cit., pp. 298, 301-306.

²⁸² De La Oliva Santos, A., (2007). “La protección de los derechos fundamentales en la Constitución Europea: a propósito del derecho a un recurso efectivo, del artículo 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas”, en VV.AA. *Garantías fundamentales del Proceso Penal en el Espacio Judicial Europeo*. (pp. 255-272). Madrid: Colex.

²⁸³ Casadevall, J., (2012). *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, ...*, op. cit., pp 35-36. Quesada Polo, S., (1997). “El Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en Y. Gómez Sánchez. (Coord.). *Los Derechos en Europa*, (p. 138). Madrid: UNED. Ratificada dicha clasificación posteriormente por el mismo autor en el año, (1998). “El Convenio Europeo de Derechos Humanos. Apuntes sobre el Sistema de control del Convenio”. *Anales de Derecho*. Universidad de Murcia, (nº 16), pp. 97-206.

²⁸⁴ Freixes Sanjuán, T., (2018). “A modo de Conclusiones”, en F. J. Matia Portilla & I. Álvarez Rodríguez. (Dir.). *Informes nacionales europeos sobre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Alemania, España, Francia, Italia y Polonia*. (pp. 157- 167). Valencia: Tirant lo Blanch.

²⁸⁵ Conferencia de Alto Nivel en Copenhague los días 12-13 de abril de 2018. Se analiza el proceso de reforma relación/dialogo del TEDH con los Estados contratantes. Se respalda en dicha conferencia el principio fundamental de subsidiariedad. El papel principal en la protección de los derechos humanos es de los Estados, en ellos es donde se lleva a cabo principalmente dicho cumplimiento y al hacerlo disfrutan de

de los jueces de Estrasburgo de dialogar y de hacer partícipes de manera más activa a los Estados en la construcción del sistema europeo de derechos humanos. Ello sigue siendo en nuestros días una cuestión compleja que trae serias consciencias jurídicas en cuanto a la protección de dichos derechos por el TEDH y el actuar de los Estados. En este sentido, el Tribunal, como todo tribunal, en determinados momentos se encuentra en encrucijadas complejas, máxime en los supuestos donde debe valorar en qué medida puede tener la razón el Estado frente a las decisiones jurídicas basadas en los derechos humanos.

Estas situaciones se presentan con frecuencia en la materia concreta que nos ocupa con cambios de criterio jurisprudenciales²⁸⁶. El TEDH ha desarrollado una amplia jurisprudencia sobre los conceptos citados de la Convención, sosteniendo de manera reiterada, que ni el CEDH, ni ninguno de sus Protocolos adicionales, garantiza el derecho de entrar y residir en un Estado contratante del que no se es nacional, incluido los solicitantes de asilo o protección internacional, así como tampoco garantiza de que no puedan ser expulsado²⁸⁷, siempre que se cumplan los requisitos. Señala, que son los Estados soberanos los que tienen el derecho a regular la entrada residencia y expulsión de los extranjeros en su territorio.

un margen de apreciación sujeto a la jurisdicción supervisora del TEDH. Concretamente y en lo que aquí nos interesa señala referente al art. 13 CEDH, derecho a un recurso efectivo, basado en el principio antes citado. Previamente en el año 2015, Conferencia de Alto nivel sobre la aplicación del CEDH días 26 y 27-03-2015 Bruselas “La aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Nuestra responsabilidad compartida”. Se subrayó en esa ocasión las obligaciones de los Estados parte en virtud del art. 34 CEDH de no obstaculizar el ejercicio del derecho a la solicitud individual, observando el art. 39 del Reglamento del TEDH, medidas cautelares, para proporcionar todas las facilidades necesarias de acceso al TEDH durante el examen de los casos.

²⁸⁶ Un ejemplo esclarecedor al respecto STEDH Sec. 3ª, asunto N.D. y N.T. c. España, (las denominadas devoluciones en caliente o colectivas Protocolo nº 4), la cual como se ha dicho ha sido revocada por la STEDH GS de 13-02-2020, asunto N.D. y N.T. c. España. Este cambio interpretativo puede tener varias razones, entre ellas, el propio análisis individualizado del asunto enjuiciado por los jueces al momento de la deliberación votación y fallo, así como, pueden haber influenciado los fundamentos de las reuniones de las Altas partes contratantes del Convenio, en cuanto al funcionamiento del TEDH y la aplicación del CEDH. En este sentido, la reunión de Copenhague antes citada en su Proyecto de Declaración en sus puntos 25 y 26, se señaló “25. *Es ampliamente aceptado que el Tribunal no debe actuar como un tribunal de cuarta instancia, ni como un tribunal de apelaciones de inmigración, sino respetar la evaluación de los tribunales nacionales de evidencia e interpretación y aplicación de la legislación nacional, a menos que sea arbitraria o manifiestamente irrazonable.* 26. *Al examinar los casos relacionados con el asilo y la inmigración, el Tribunal debe evaluar y tener plenamente en cuenta la eficacia de los procedimientos internos y, cuando se considere que estos procedimientos funcionan de manera justa y con respeto a los derechos humanos, evitar intervenir, excepto en las circunstancias más excepcionales”.*

²⁸⁷ STEDH, GS de 28-02-2008, asunto Saadi c. Italia nº 37201/2006, apdo. 124, 130, 138 (en la que confirma el contenido entre otras de la STEDH, GS de 15-11-1996, asunto Chahal c. Reino Unido, nº 22414/93, apdo. 79, 81, 112-123, existencia de voto concurrente del Juez Valticos). Las sentencias citadas ratifican la interpretación del Tribunal sobre las facultades de los Estados en su política migratoria. A su vez la obligación de verificación de la existencia de un riesgo de malos tratos o violaciones concernientes al art. 3 CEDH. El Tribunal ha de examinar las consecuencias previsibles de la expulsión del demandante al país de destino, habida cuenta de la situación general que reina en éste y de las circunstancias propias del caso del interesado. Remite a su vez la sentencia Soering. Al respecto también se puede consultar STEDH, Pleno de 28-05-1985, asunto Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido, nº 9214/80; 9473/81; 9474/81, y la STEDH, Sala de 21-06-1988, asunto Berrehab c. Países Bajos, nº 10730/84, en ambas, el Tribunal señala que los Estados tienen la facultad de regular la admisión, circulación o expulsión de los extranjeros en su Estado. Existen supuestos como la STEDH, GS, asunto N. c. Reino Unido, en que no se apreció la violación del art.3.

Dentro de los niveles de agrupación de los derechos humanos, se encuentran los derechos de defensa, derecho a un proceso equitativo²⁸⁸, entre ellos, el *Habeas Corpus*²⁸⁹ y el derecho a reparación en casos de detención ilegal²⁹⁰. La detención de extranjeros para expulsión, o para impedir su entrada ilegal, prohibición de entrada y devolución en territorio de una Alta Parte Contratante, se encuentra regulado en el art. 5.f CEDH²⁹¹, en nuestro derecho interno a través del art. 61 LO 4/00. A pesar de su regulación convencional, existe en nuestro derecho interno un uso excesivo de la misma. La adopción excesiva de las medidas cautelares de detención cautelar e internamiento, incluso la detención por 72 horas (todas del art. 61 LO 4/00), para ejecutar el acto de expulsión, repercute en los dos aspectos antes señalados, i) no se tienen en cuenta determinadas situaciones o circunstancias, como son las de salud (enfermedades infectocontagiosas y psíquicas), o interés superior del menor, entre otros, y ii) repercute ello en muchas ocasiones en su ineffectividad, no produciéndose una reparación por dicha detención, en los supuestos que la misma no es efectiva, (no se ejecuta el acto de expulsión, puede calificarse en muchas ocasiones que dicha detención, ha sido, como una detención ilegal, encubierta o de prevención general).

Siguiendo la estala de la clasificación de los derechos del CEDH, existe un grupo de ellos sometidos a un mayor grado de margen de apreciación por los Estados en lo que concierne a la materia de inmigración (en el denominado, derecho común de los derechos²⁹², o la

²⁸⁸ Esparza, I. & Etxebarria, G., (2015). “Derecho a un proceso equitativo”, en I. Lasagabaster Herrarte. (Dir.). *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*. (3ª. Ed., pp. 306 y ss.). Pamplona: Civitas.

²⁸⁹ En nuestro derecho interno regulada en LO 6/1984, de 24 de mayo. BOE, nº 126, de 26 de mayo de 1984. En este sentido recordar que el *Habeas Corpus* como proceso de cognición limitada a través del cual se pretende sólo la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. SSTC, Sala 1ª, nº 154/95, de 24-10-1995, BOE nº 284 de 28-11-1995; Sala 1ª, nº 31/85, de 5-03-1985 BOE nº 119 de 27-03-1985 ; Sala 2ª, nº 21/96, de 12-02-1996, BOE nº 67 de 18-03-1996; Sala 2ª, nº 98/96, de 10-07-1996, BOE nº 168 de 12 -07-1996, entre otras.

²⁹⁰ STEDH, Sala de 24-10-1979, asunto Winterwerp c. Países Bajos, nº 6301/73. Ratifica la doctrina jurisprudencial del Tribunal respecto al art. 5 CEDH, detención necesaria. Sin embargo, en la actualidad a pesar de la vigencia de la misma, en algunos Estados —también dentro de la UE, Refundición Directiva 2008/115/ CE— se extiende la peligrosa concepción ilimitada de la detención. Justificándose a través de necesarias medidas compensadoras en materia de seguridad nacional, para combatir los riesgos de ciertos males, como el terrorismo internacional, la delincuencia organizada, entre otros. Tras estos motivos y justificaciones de esos conceptos, se escudan detenciones o encarcelamientos arbitrarios, no justificados, privaciones de libertad que repercuten en las restricciones de los derechos a la libertad de circulación o las limitaciones a la libertad de movimiento de determinadas personas.

²⁹¹ STEDH, GS de 26-10-2000, asunto Kudla c. Polonia, nº 30210/96, apdo. 93-94. Valoración del art. 3 del CEDH, en relación con la detención y los derechos del detenido a obtener asistencia médica gratuita para asegurar la salud y bienestar del mismo.

²⁹² García Roca, F. J., (2010). *El margen de apreciación nacional...* op. cit., pp. 18, 36-41-ss, 51-59, 71-84 y ss., 158 y ss. 216, 251, 382. El derecho común de los derechos, no sólo de hecho, sino también en cumplimiento de un mandato jurídico-internacional entre los diferentes niveles normativos, no como criterios formales y estáticos, sino que estén en interrelación de confluencia en los procesos de interpretación y aplicación. Esto nos remite nuevamente a los diálogos judiciales complejos, estructuralmente asimétricos y diversificados, entre TEDH, TJUE y los TC, donde se pueda reducir el margen de apreciación nacional a sus justos términos, para que dichos derechos estén en correspondencia con los estándares internacionales, además de tener en cuenta el principio de proporcionalidad, la naturaleza de los derechos, así como la legitimidad del fin perseguido por la restricción del derecho y las particularidades del caso entre otros. Con anterioridad el profesor García Roca, F. J., (2008). “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el tribunal europeo de derechos humanos:

determinación de los límites de los derechos y su colisión²⁹³); es en estos supuestos es donde existe mayor polémica, confrontación o colisión de los derechos y libertades fundamentales, ya que junto a su reconocimiento, se incluye la previsión de que puedan estar sometidos a ciertas restricciones o límites por los Estados parte, siempre que tales restricciones estén reguladas legalmente y sean necesarias en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás, (arts. 8.2, 9.2, 10.2 y 11.2, vida familiar y privada, domicilio, correspondencia, libertad de pensamiento, de conciencia y de religión²⁹⁴, libertad de expresión, de opinión, la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación todos del CEDH, respectivamente). La jurisprudencia del TEDH, como veremos más adelante, ha señalado que tales restricciones deben ser, además proporcionadas respecto a la finalidad perseguida. Dicha jurisprudencia nos conducirá, a cómo debemos apreciar la misma al momento de invocar dichos derechos fundamentales ante la solicitud de medidas cautelares.

A pesar de que las clasificaciones mencionadas que generan sus especificidades, todos los derechos del CEDH están como no puede ser de otra forma interrelacionados entre sí, (p. ej.), el derecho a la vida o la prohibición a la tortura y malos tratos inhumanos y degradante, con el derecho a un recurso efectivo en un proceso equitativo, que respete el derecho a la vida familiar y privada, (con especial relevancia el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia), entre otros. De los derechos restringidos o sometidos al margen de apreciación por los Estados, fundamentalmente el derecho al respeto de la vida familiar y privada, juega como veremos un papel fundamental en la determinación de los elementos de prueba para una medida cautelar. En fin, todos los derechos mencionados tienen una estrecha relación de legitimidad en la solicitud de las medidas cautelares²⁹⁵, exigiendo por ende, a los Estados que pongan a disposición de los

soberanía e integración”, en VV. AA. *Estudios sobre la Constitución Española: Homenaje al profesor Jordi Solé Tura*. (Vol. II, pp. 1951-1976). Madrid: Congreso de los Diputados. Casadevall, J., (2012). *El Convenio Europeo de Derechos Humanos,...*, op. cit., pp. 144-148

²⁹³ Respecto a esta difícil y compleja conceptualización de los límites, conflictos o colisiones de derechos fundamentales y su ponderación, proporcionalidad o razonabilidad, mucho se ha escrito. En este análisis parto de la doctrina de Alexy R., (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit. Bertelsen Simonetti, S., (2010). “Métodos de solución de conflictos entre derechos fundamentales”. *Cuadernos del Tribunal Constitucional*. (nº 42), pp. 13-108. Arnold, R., Martínez Estay, J., & Zúñiga Urbina, F., (2012). El Principio de proporcionalidad...”, op. cit., pp. 65-116. Bernal Pulido, C. (2007). *El principio de proporcionalidad...* op. cit., pp. 43-61, 81- 102, 162, 352-402, 508-616, 591-595, 692-798. (Entre otros, y toda la bibliografía citada en los aquí referenciados). Por tanto, para delimitar dicha complejidad de conceptualización de dichos conflictos o colisiones, hay que tener en cuenta primeramente, la identificación de los derechos con las normas que los contemplan, su jerarquización y determinación del contenido esencial, así como sus consecuencias o sacrificio de un derecho por otro, basado en parámetros objetivos que permitan hacer valoraciones subjetivas delimitadas atendiendo a todo su conjunto, para luego de acuerdo con ello determinar su aplicación a los casos y circunstancias concretas y en correspondencia aplicar los *test* de proporcionalidad o razonabilidad adecuados.

²⁹⁴ Téngase como ejemplo STEDH Sec. 3ª, de 5-11-2019, asunto AA c. Suiza, nº 32218/17, interpretación art. 3 CEDH, en relación con libertad de religión. Expulsión ciudadano afgano etnia hazara convertido del islam al cristianismo. Riesgo de persecución y pena de muerte. Falta de un examen *ex nunc* motivado por el tribunal nacional de las consecuencias de la expulsión, apdo. 58. Previamente STEDH, GS de 23-03-2016, asunto F.G c. Suecia, nº 43611/11, apdo. 4, 115, 156.

²⁹⁵ García De Enterría Martínez-Carande, E., (2006). *La Batalla por las Medidas Cautelares: derecho comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español*. (3ª Ed., Vol. I.). Madrid: Thomson Civitas, p. 437 y ss. Sobre la legitimidad de la medida cautelar utilizadas por la Comisión y el TEDH.

solicitantes de un recurso que el mismo sea efectivo ante un Tribunal o ante una instancia independiente o imparcial prevista por ley, vías y medios para acceso a dichas medidas cautelares, complementándose con una resolución que decida sobre la denegación total o parcial, expresa o tácita, de la solicitud.

Por último, y antes de dar paso al análisis de determinados derechos del Convenio del mismo se determina que no declara la igualdad ante la ley, sino el principio de no discriminación²⁹⁶ de los ciudadanos en el disfrute de los derechos reconocidos por el mismo, por consiguiente sólo declara la no existencia de discriminación, no la desigualdad en la aplicación del Convenio. Esta no discriminación sin embargo, se hace patente en la materia de inmigración y extranjería con una manifestación de desigualdad indirecta a través de la jurisprudencia del TEDH, esto se constata en la diferencia de tratamiento interpretativo jurisprudencial entre extranjeros en situación administrativa regular e irregular.

2-3-2-b)- El art. 2 y 3 vida, protección contra la tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes.

Los arts. 2 y 3 del CEDH son uno de los activos más sólidos de las democracias europeas²⁹⁷, por ende, son vistos como una pieza principal en los procesos de expulsión contra extranjeros. Sin embargo, su alcance interpretativo debe ser más allá de dichos supuestos. Ello a partir de la identificación de dichos derechos con las normas que los contemplan, su jerarquización y determinación del contenido esencial, así como sus consecuencias o sacrificio de un derecho por otro. Como se expondrá la jurisprudencia creada al respecto ha generado unos requisitos que se pueden aplicar a otros supuestos de solicitud o adopción de medidas cautelares que no sean precisamente sobre la suspensión del acto de expulsión.

Este derecho a la vida o a la integridad personal, prohibición de la tortura, se manifiesta mediante; pena de muerte, amenazas de muerte, malos tratos en general y malos tratos respecto a las mujeres, ser lapidada por adulterio, mutilación genital, explotación sexual, tanto masculina como femenina, incluida la infantil; temas religiosos, como puede ser conversión del islam al cristianismo, trata de personas en general²⁹⁸, forma modernas de esclavitud, explotación infantil²⁹⁹.

STEDH Pleno de 20-03-1991, asunto De Cruz Varas y Otros c. Suecia nº 15576/89, apdo. 94-103, define las características de las medidas cautelares ante el TEDH. En este sentido el profesor García De Enterría, realiza su análisis crítico sobre esta sentencia y la interpretación que dio el TEDH sobre las medidas cautelares. Cuestión con la que coincidimos.

²⁹⁶ Chueca Sancho, Á. G., (2002). “Los derechos humanos de los extranjeros en Europa: entre el respeto y la discriminación”, en J. M Alemany Birz. *La inmigración, una realidad en España*. (pp. 237-261). Zaragoza: Centro Pignatelli, Seminario de Investigación para la Paz.

²⁹⁷ Álvarez Rodríguez, I., (2019). *España y el Convenio Europeo de Derechos Humanos en tres actos*. Madrid: Universidad Complutens, <https://eprints.ucm.es>, recuperado 14-11-2019, pp. 11-33. Anteriormente, sobre el mismo tema, (2018). “España y el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: Un Balance”. *Teoría y Realidad Constitucional*. (nº 42). UNED, pp. 591-608.

²⁹⁸ Lara Aguado, A., (2017). “El avance irresistible de la concepción de la trata como violación de derechos humanos: Luces y sombras de las políticas protectoras de las víctimas en la normativa internacional e interna”, en E. J. Pérez Alonso (Dir.). *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*. (pp. 823-867). Valencia: Tirant lo Blanch.

²⁹⁹ STEDH, Sec. 2ª de 26-07-2005, asunto Siliadin c. Francia, nº 73316/01, apdo. 104.

El Tribunal ha establecido con toda claridad que en los casos en que una persona va a ser expulsada a un país en donde existan razones para creer que pueda ser sometida a torturas o a penas o tratos inhumanos o degradantes, la expulsión viola el art. 3 del Convenio³⁰⁰. Aunque la interpretación del mismo es muy restrictiva, se aplica principalmente para prevenir el rechazo o la expulsión cuando el riesgo o peligro de que la persona sea sometida a malos tratos en el país de destino, deriva de actos intencionados de las autoridades públicas de dicho país o de actos de organismos independientes del Estado contra los cuales las autoridades no pueden ofrecerle una protección adecuada por ende, esos daños ya serían irreversibles.

De la jurisprudencia citada no menos controvertida se pueden extraer una serie de criterios y principios generales aplicables a las medidas cautelares que *prima facie* deben ser tenidos los mismos en cuenta, tanto por las Administraciones, como por los órganos jurisdiccionales, considerando que pueden ser aplicados, tanto a supuestos de extranjeros en casos de expulsión, devolución³⁰¹ y a otros tipos de procedimientos administrativos de gravamen en el ámbito sectorial en estudio³⁰², como la salud humana. Dichos criterios son:

1.- Determinación de los daños, previsibilidad de los daños o consecuencias previsibles e irreversibles para el solicitante en su país de destino. Para el cumplimiento de lo anterior se debe evaluar por las autoridades, ya sean administrativas o judiciales, las condiciones del país receptor, situación general de violencia, persecución, pero a su vez otras situaciones, como, hambrunas, desastres climáticos, entre otros, en comparación con el

³⁰⁰ Soler García, C., (2019). *Los límites a la expulsión de extranjeros...*, op. cit., pp. 171-176. Bouazza Ariño, O., (2019). “Garantía y protección de los Derechos Humanos de los presos y personas con libertad restringida en la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *RGDA*, Iustel (nº 52), recuperado, 28-01-2020, pp. 2-5. En la amplia jurisprudencia del TEDH sobre el art. 3 ha tendido una posición interpretativa restrictiva y a su vez evolutiva. Desde la clásica sentencia Soering hasta las más recientes STEDH, GS de 21-11-2019, asunto Ilias y Ahmed c. Hungría nº 47287/15, apdo. 163-165 y 179; Sec. 3ª de 14-02-2017, asunto S.K. c. Rusia, nº 52722/15; Sec. 2ª de 21-10-2014, asunto Sharifi y otros c. Italia y Grecia, nº 16643/09; Sec. 5ª de 06-06-2013, asunto M.E c. Francia nº 50094/10; GS de 3-12-2012, asunto El-Masri c. Macedonia, nº 39630/09, apdo. 168-223; Sec. 5ª de 3-12-2009, asunto Daoudi c. Francia, nº 19576/08, apdo. 64; Sec. 2ª de 5-05-2009, asunto Selle c. Italia, nº 12584/08, apdo. 35-44; GS de 19-02-2009, asunto A. y otros c. Reino Unido, nº 3455/05, apdo. 126; Sec. 4ª de 8-04-2008, asunto Nyanzi c. Reino Unido, nº 21878/06, apdo. 51-55; pasando previamente por la STEDH Pleno, asunto Cruz Varas y otros c. Suecia, apdo. 76; STEDH, Sala de 30-10-1991, asunto Vilvarajah y Otros c. Reino Unido nº 13163/87, 13164/87, 13165/87, apdo. 101-116; STEDH, GS de 29-04-1997, asunto H.R.L. c. Francia, nº 24573/94, apdo. 32-44, (la expulsión de un ciudadano colombiano no supone una violación del art. 3, toda vez que no existía ‘prueba relevante’ del riesgo de sufrir maltrato por agentes no estatales, en una situación en que las autoridades no tienen capacidad de evitar el riesgo mediante el ofrecimiento de la protección adecuada). Todas realizan circunstanciadamente una valoración de la existencia de posibles violaciones del art. 3. En la STEDH, Sala de 17-12-1996, asunto Ahmed c. Austria, nº 25964/94, apdo. 35-47, el Tribunal consideró que la deportación de un somalí condenado por varios delitos graves, podía constituir una violación del art. 3, si existe el riesgo de que el solicitante sea sometido a tratos inhumanos o degradantes por agentes no estatales. En similares términos se pronunció la STEDH, Sec. 3ª de 6-03-2001, asunto Hilal c. Reino Unido, nº 45276/99, apdo. 60, (el Tribunal considera una violación potencial del art. 3 del CEDH).

³⁰¹ STS, Sala 3ª, Sec. 3ª, nº 4977/2015 de 2-11-2015, Rec. 4089/2014, FD 4-7.

³⁰² STEDH, Sec. 4ª de 15-06-2010, asunto S.H. c. Reino Unido, nº 19956/06, violación del art. 3 CEDH. Asilo y expulsión, apdo. 61-72. En esta sentencia el Tribunal realiza una consolidación jurisprudencial para la determinación de los principios o criterios a tener en cuenta para comprobar la existencia de circunstancias, hechos y pruebas que determinen la interpretación y aplicación del citado art. 3 CEDH.

alcance del citado art. 3³⁰³. Esto en unión de las circunstancias personales del solicitante, que deben abarcar todo su contexto, social, económico, cultural, salud, medio ambiente. El TEDH viene señalando al respecto que debe ser una evaluación de la existencia de ese riesgo real, necesariamente rigurosa (asunto Chahal c. Reino Unido, de 15-11-1996, apdo. 96, Saadi c. Italia, apdo. 128-133 y STEDH, Sec. 3ª de 11-01-2007, asunto Salah Sheekh, c. Países Bajos, nº 1948/04, apdo. 153).

2.- Se ha de tener en cuenta que los Estados contratantes tienen el derecho como una cuestión de derecho internacional y sujeto a las obligaciones de sus tratados, incluida la Convención, la de controlar la entrada, residencia y expulsión de extranjeros³⁰⁴, pero ello no suprime la aplicación del principio de proporcionalidad/razonabilidad.

3.- El maltrato que el solicitante alegue, al cual se enfrentará si es expulsado o devuelto debe alcanzar un nivel mínimo de severidad, gravedad para que esté dentro del alcance del art. 3. La valoración de este mínimo de severidad, gravedad es relativa; depende de todas las circunstancias del caso, la duración del maltrato y sus efectos físicos o mentales y, en algunos casos, el sexo, la edad y el estado de salud de la víctima. Dicho maltrato debe ser probado mínimamente. En principio, corresponde al solicitante presentar pruebas capaces de demostrar que existen motivos fundados para creer que si se aplicara la medida denunciada estaría expuesto a un riesgo real de ser sometido a un tratamiento contrario al art.3³⁰⁵. Este al igual que la violencia requiere que las autoridades del Estado receptor no puedan proteger a la persona contra el riesgo de maltrato, tortura o trato degradante o proporcionar una protección adecuada. Sin embargo, a su vez, la evaluación de ese maltrato también es relativa, dependiendo de todas las circunstancias del caso (asunto Hilal c. Reino Unido, nº 45276/99, apdo. 60).

4.- Es de aplicación el art. 3 del CEDH debido a su carácter absoluto, cuando el peligro provenga de personas o grupos de personas que no sean entidades del Estado en cuestión pero que se encuentren en el mismo.

2-3-2-c)- El art. 5 detención. Obligaciones positivas.

El CEDH permite por su art. 5.1-f, la detención para expulsión, para impedir entrada ilegal, prohibición de entrada y devolución en territorio de una Alta Parte Contratante. No obstante el art. 5 en su conjunto protege la libertad, garantiza que nadie sea desposeído de la misma de manera arbitraria³⁰⁶. Ello es un derecho irrenunciable en una sociedad democrática. El amplio concepto de libertad ha sido concretado por la jurisprudencia del TEDH básicamente en la libertad física del individuo y, en concreto, en la correlativa protección que se deriva frente a detenciones o encarcelamientos arbitrarios

³⁰³ No obstante, se ha de tener presente, como mismo ha señalado el TEDH que una situación general de violencia en un país, sin más ningún otro elemento o circunstancia, normalmente no conllevará una violación del art. 3 en el caso de una expulsión (véase H.L.R. c. Francia, apdo. 41-42, debe ser una violencia con un nivel de intensidad suficiente, un riesgo real de malos tratos donde la persona estuviera expuesta de forma directa a dicha violencia a su regreso.

³⁰⁴ SSTEDH GS de 28-02-2008, asunto Saadi c. Italia, nº 37201/06, apdo. 125; GS de 18-10-2006, asunto Üner c. Países Bajos, nº 46410/99, apdo. 54-67; Sala de 21-10-1997, asunto Boujlifa c. Francia, nº 25404/94, apdo. 31-45; Abdulaziz, y otros c. Reino Unido, de 28-05-1985, apdo. 33-34-67-68.

³⁰⁵ STEDH, Sec. 4ª de 26-07-2005, asunto N. c. Finlandia, nº 38885/02, apdo. 167.

³⁰⁶ Castilla Juárez, K.A., (2018). *¿Detención por motivos migratorios? Respuestas desde los derechos humanos para España y México*. México-Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 109-115. Arrese Iriondo, M. N., (2015). "Artículo 5. Derecho a la libertad y..." , op. cit., pp. 113-202.

o no justificados, privación de libertad o detención con las restricciones a la libertad de circulación o las limitaciones a la libertad de movimiento que tienen determinadas personas, o en condiciones penosas³⁰⁷. Se concreta a través de indicadores tales como, tipo de condena, condena a prisión permanente no revisable, tiempo, condiciones de las celdas, personas detenidas o condenadas gravemente enfermos, con grave deterioro del estado de salud, sin tratamiento médico o que requieren un tratamiento especializado o podrían verse privados de la medicación.

Señalado lo anterior, revierte este artículo una singular importancia en relación con la adopción de medidas cautelares en aquellos supuestos en que el extranjero es detenido o que vaya a ser internado y este gravemente enfermo, pretendiéndose su expulsión hacia un país o países en los que podrían verse privado de la medicación de la que depende³⁰⁸, o bien estar privados de libertad y no se les permite acceder a un tratamiento médico adecuado³⁰⁹. En este sentido el TEDH ha requerido en ocasiones a los Estados demandados que aseguraran condiciones de detención conformes al estado de salud del demandante, compulsándolos a la realización de obligaciones positivas³¹⁰ atendiendo a que dicha obligación surge precisamente de una responsabilidad directa o indirecta del Estado, al estar estas personas detenidas bajo la tutela directa del Estado, por tanto el mismo debe garantizar a la persona detenida las condiciones que sean compatibles con el respeto a la dignidad humana, que no se le someta a angustia o dificultad que exceda el nivel inevitable de sufrimiento inherente a la detención y que, dadas las exigencias prácticas del encarcelamiento, su salud y bienestar estén asegurados adecuadamente³¹¹.

³⁰⁷ STEDH, Sala, asunto Winterwerp c. Países Bajos. STEDH, Pleno asunto Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido, y la STEDH, Sala, asunto Berrehab c. Países Bajos, en ellas el Tribunal señala que unido a la facultad que tienen los Estados para regular la admisión, circulación o expulsión de los extranjeros, también la tienen para la expulsión de los mismos. En la STEDH, GS de 26-10-2000, asunto Kudła c. Polonia, nº 30210/1996, apdo. 93-94, se destaca la valoración del art. 3 CEDH, en relación con la detención y los derechos del detenido a obtener asistencia médica gratuita para asegurar la salud y bienestar del mismo. Más reciente STEDH, Sec. 1ª de 05-11-2015, asunto A.Y. c. Grecia, nº 58399/2011, el TEDH considera que las condiciones en que el interesado ha permanecido en prisión no respetan su derecho a la integridad física, estimando así la violación del art.3 CEDH, así como del art. 13 CEDH debido a la falta de recurso interno para hacer frente a esta vulneración. Por el contrario, entiende que la detención del interesado ha respetado las prescripciones del Convenio en cuanto a su legalidad y a las posibilidades de interponer recurso en su contra, por lo que desestima la vulneración de los arts. 5.1 y 5.4 CEDH en la STEDH, Sec. 1ª de 27-09-2011, asunto Alim c. Rusia, nº 39417/07 se analiza la aplicación de los arts. 3, 5, 6 y 8 del CEDH, en dicho supuesto el Tribunal ratifica los criterios a tener en cuenta para la determinación de la violación del art.3, así como criterios generales para la determinación y evaluación de la vida familiar y privada ante una medida de expulsión. STEDH, Sec. 3ª de 10-04-2012, asunto K.A.B. c. España, nº 59819/08, apdo. 88-117.

³⁰⁸ STEDH GS de 13-12-2016, asunto Paposhvili c. Bélgica, nº 41738/10.

³⁰⁹ STEDH Sec. 1ª de 12-06-2008, asunto Kofsaftis c. Grecia, nº 39780/06, enfermo con cirrosis hepática, virus Hepatitis B, enfermedad hepática crónica. La enfermedad es sobrevenida debido a las malas condiciones de detención. Medida cautelar obligación positiva traslado a centro médico especializado.

³¹⁰ Carmona Cuenca, E., (2017). “Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *RDP/UNED*, (nº 100). pp. 1209-1238. Los ejemplos de las obligaciones positivas en las STEDH sería difícil resumirlas de acuerdo con su amplitud.

³¹¹ STEDH, Sec. 2ª de 8-01-2013, asunto Torreggiani y otros c. Italia, nº 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 y 37818/10, apdo. 65 y ss., obligaciones positivas de los Estados respecto a detenidos y presos. STEDH, Sec. 1ª de 27-11-2014, asunto Amirov c. Rusia, nº 51857/13, medida cautelar doble: el traslado del demandante, privado de libertad y gravemente enfermo, a una institución especializada para su tratamiento, creación de una comisión médica independiente de instituciones penitenciarias. STEDH, Sec. 5ª de 14-03-2013, asunto Salakhov y Islyamova

Lo anterior cobra aún mayor trascendencia cuando el/los detenido/s son presuntamente un menor/es no acompañados³¹² (MENAS, niños, niñas y adolescentes, no acompañados, art. 35 LO 4/00), ello por una doble condición, por ser presuntamente menor y estar detenido y segundo por la situación de salud que pueda tener el mismo. La jurisprudencia creada al respecto por el TEDH, señala que dichas detenciones para que no se consideren arbitrarias, deben cumplir estrictamente una serie de requisitos entre ellos, acreditar la necesidad de la misma como para cualquier detención, así como que dicha detención no sea de mala fe; también debe estar correctamente acreditado el motivo de la detención y las circunstancias, ingreso ilegal al territorio o por frontera³¹³ habilitada, con familiar o solo; además de prever el lugar y las condiciones de detención del menor, las que deben ser apropiados; la duración de la detención no debe exceder el período de tiempo razonable, necesario para lograr el objetivo perseguido, tener un estricto examen físico y de salud de menor y por último, cumplir y tener muy presente el interés superior del menor, debiendo en definitiva ser una medida privativa de libertad de último recurso³¹⁴. No obstante a ello, no en todos los caso de MENAS el TEDH ha tomado en consideración adoptar medidas cautelares al respecto³¹⁵.

Estas situaciones de enfermos y MENAS detenidos o internos son una realidad a la cual no escapa nuestro derecho interno, lo que hace que los requisitos antes enunciados deban ser tenidos en cuenta *prima facie*, cuando la autoridad administrativa, Fiscales en su caso, y los órganos jurisdiccionales se encuentren ante estos supuestos, sin embargo, la realidad forense con bastante frecuencia demuestra todo lo contrario. Aspectos en los que se profundizará a los largo de la presente investigación.

2-3-2-d)- El art. 6.1 proceso equitativo/debido proceso, circunstancias invalidantes y el *fumus boni iuris*.

c. Ucrania, n° 28005/08, detención sin atención médica rápida y adecuada. Las autoridades estatales no habían garantizado su hospitalización inmediata lo que había puesto en peligro su vida. La obligación positiva consista en medida provisional que incluía una instrucción a las autoridades nacionales para transferir al primer solicitante de inmediato a un hospital para recibir tratamiento médico.

³¹² Solicitud al TEDH, Sec. 1ª de fecha 18-01-2017, asunto Ousainou Darboe y Moussa Camara c. Italia, en este supuesto en esa propia fecha el Juez de turno del TEDH adopto el art. 39 Reglamento del Tribunal, solicitando al Gobierno que proporcionara información fáctica relevante, incluidas las condiciones de vida en el Centro donde se encontraban los menores, la situación individual de los solicitantes y las medidas de protección tomadas. El gobierno procedió a realizar las pruebas de edad y los resultados dieron la horquilla tendente a la mayoría, lo que trajo como consecuencia que los menores fueran trasladados de centro de detención y fueron tratados como adultos. Posteriormente como resultado de otras pruebas (enfoque multidisciplinario con una visita pediátrica y auxilio de evaluación psicológica, más el método TW31), el 4-02-2017 se determinó que los solicitantes eran menores. Ese mismo día el TEDH en vista del hecho de las nuevas pruebas aportadas las cuales eran suficientes para excluir la mayoría de edad de los solicitantes que se había alegado por el Gobierno, procedió a que se adoptasen nuevas medidas de protección, haciendo uso nuevamente el art. 39 Reglamento del Tribunal ordenando al Gobierno que transfiera a los solicitantes a instalaciones adecuadas, proporcionando condiciones de recepción de acuerdo con las normas del derecho nacional e internacional para la protección de menores no acompañados. Al momento de cerrar esta investigación aun el TEDH no se ha pronunciado sobre el fondo del asunto.

³¹³ SSTC, Pleno, n° 341/1993, de 18-11-1993, BOE n° 295 de 10-12-1993, FJ 6; Sala 2ª, n° 174/1999, de 27-09-1999, BOE n° 263 de 3-11-1999, FJ 4; Sala 2ª, n° 179/2000, de 26-06-2000, BOE n° 180 de 28-07-2000, FJ 2; Pleno, n° 53/2002 de 27-02-2002, BOE n° 80 de 3-04-2002, FJ 6, sienta la jurisprudencia interpretativa sobre el art 17.2 CE y la detención en frontera ante diferentes supuestos.

³¹⁴ STEDH, Sec. 1ª de 5-04-2011, asunto Rahimi c. Grecia, n° 8687/08, apdo. 102-110.

³¹⁵ STEDH, Sec. 1ª de 15-03-2016, asunto Sh. D. y otros c. Grecia, n° 14165/16, apdo. 3 y 69. STEDH, Sec. 1ª de 12-10-2006, asunto Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica, n° 13178/05.

Atendiendo a lo anterior requiere especial mención el art. 6 CEDH, derecho a un proceso equitativo, debido proceso, proceso justo, imparcial³¹⁶, o a su vez relacionado con el acceso a un tribunal³¹⁷ dentro de un plazo razonable³¹⁸, hace que el mismo este unido al derecho fundamental a una buena administración recogido en el art. 41 y 47 CDFUE y a los arts. 24.1, 103 y 117 CE³¹⁹, bajo el manto internacional del art. 10 DUDH y art. 14 PIDCP, generando una serie de obligaciones positivas de los Estados respecto al sistema judicial, teniendo todos una incidencia determinante en el procedimiento administrativo de extranjería³²⁰. Tanto el TEDH³²¹, como el TJUE³²², han tenido en cuenta que los requisitos que conforman ese derecho a una buena administración a los procedimientos administrativos tienen una estrecha relación con el art. 6.1 CEDH, vista dicha vinculación, como la tutela administrativa efectiva (antesala de la tutela judicial efectiva).

³¹⁶ Juan-Sánchez, R., (2020). *Proceso justo en España y Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Cizur Menor: Thomson Reuters, Aranzadi, pp. 27-29, 54-59. Alvarez Rodríguez, I., (2019). *España y el Convenio Europeo de Derechos Humanos...* op. cit., pp. 34-51.

³¹⁷ Juan-Sánchez, R., (2020). *Proceso justo en España...*, op. cit., p. 78-79. García Roca, F. J., & Vidal Zapatero, J. M., (2014) “El derecho a un tribunal independiente e imparcial (art. 6.1): una garantía concreta y de mínimos antes de una regla de la justicia”, en F. J. García Roca & P. Santolaya Machetti, (Coord.). *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*. (pp. 289-320). Madrid: CEPC. STEDH, Sec. 1ª de 7-05-2002, asunto Bourdov c. Rusia, nº 59498/00, apdo. 34-38 (se ha de distinguir esta sentencia de la STEDH, Sec. 1ª de 15-01-2009 del mismo demandante, pero asunto 33509/04, promovida por el mismo art. 6 CEDH, la cual fue desestimada) y STEDH Sec. 2ª de 6-09-2005, asunto Săcăleanu c. Rumanía, nº 73970/01, apdo. 55. El art. 6 CEDH ha de interpretarse como el derecho de acceso a un tribunal y una vez logrado el mismo poder acceder a los recursos (art. 13) y a los diferentes mecanismos y garantías de defensa. Sería ilusorio si el ordenamiento jurídico de un Estado parte permitiera el acceso a la justicia y luego no permitiese el acceso a los recursos y a las garantías de defensa, dictándose resoluciones judiciales definitivas y obligatorias carentes de impugnabilidad en detrimento de una parte. Agregando que la ejecución de una resolución judicial debe considerarse parte integrante del “proceso” en el sentido de dicho art. 6. En similares términos STC, Pleno, nº 37/95.

³¹⁸ STEDH, Sala de 23-04-1987, asunto Erkner y Hofaver c. Austria, nº 9616/81, interpretación del art. 6 CEDH superación de plazo razonable. En similares términos S TEDH Sec. 3ª, de 17-10-2001, asunto Association Ekin c. Francia, nº 39288/98; Sec. 4ª, de 25-07-2002, asunto Perote Pellón c. España, nº 45238/99; Sec. 1ª, de 18-04-2013, asunto Fergadioti-Rizaki c. Grecia, nº 27353/09, apdo. 12-16, valoración respecto a un proceso equitativo, justo y tribunal imparcial, apdo. 46-52.

³¹⁹ La hermenéutica de estos artículos hay que verla en el sentido del sometimiento pleno a la ley y al derecho de la Administración en su doble función, por un lado, el deber de garantizar el cumplimiento de los derechos subjetivos de los ciudadanos, es decir, garantizar a un individuo una utilidad sustancial, directa, inmediata de dichos derechos que recoge una norma, luego por otro lado, utilidad sustancial mediata, eventual o utilidad instrumental, es decir, garantizar el derecho subjetivo, a través del comportamiento conforme a la Ley, simplemente garantía de legalidad del comportamiento administrativo ajustado a la ley.

³²⁰ Ceriani Cernadas, P., (2007). *Políticas migratorias y garantías procesales ante la Corte Europea de Derechos Humanos. Una crítica a la no aplicación del artículo 6 CEDH en los procesos de admisión, residencia y expulsión de extranjeros*. Trabajo realizado en el marco del Doctorado en Derechos Fundamentales, Universidad de Valencia.

³²¹ STEDH, Sec. 4ª de 25-01-2000, asunto Miragall Escolano y otros c. España, nº 38366/97 38688/97 40777/98 40843/98 41015/98 41400/98 41446/98 41484/98 41487/98 41509/98, apdo. 33-39.

³²² STJUE, de 30-01-2002, asunto Max. mobil c. Comisión, T-54/99, y STJUE, de 27-09-2002, asunto Tideland Signal c. Comisión, T-211/02, abordan el derecho a la buena administración, proclamado como veremos más adelante, en el art. 41 CDFUE. El propio TJUE señala, en su STJUE, GS de 26-11-2013, asunto Gascogne c. Comisión, C-40/12 P, “...el Tribunal de Justicia subrayó que, incluso antes de la entrada en vigor de dicho Tratado, ya había declarado en varias ocasiones que el derecho a un proceso equitativo, tal como se desprende, señaladamente, del artículo 6 del CEDH, constituye un derecho fundamental que la Unión Europea respeta como principio general en virtud del artículo 6 UE, apdo. 2 (véase, en particular, el Asunto C-289/11 P Legris Industries c. Comisión, apdo. 36).”

El TEDH sostiene que el art. 6.1 CEDH en relación con el art. 13 del mismo, son aplicable a las materias de Derecho Público³²³, ambos van más allá del derecho de acceso al recurso en la jurisdicción penal, siempre y cuando sus resultados sean decisivos para determinar derechos y obligaciones de naturaleza privada³²⁴, (entre otras materias, cuestiones tributarias, derecho a presentarse a elecciones, decisiones estatales en materia de extranjería)³²⁵.

El Tribunal ha definido que uno de los componentes primordiales del derecho a un proceso equitativo, es el derecho de acceso a un órgano independiente (no sometimiento a influencias externas demás poderes del Estado y partidos políticos) e imparcial (imparcialidad objetiva y subjetiva)³²⁶, establecido por ley, no siendo necesariamente dicho órgano un órgano jurisdiccional clásico, (entendido como los Tribunales de justicia que pertenecen al sistema judicial de un país), sino que puede estar conformado por un órgano que cumpla los requisitos de independencia funcional y formal, imparcialidad y neutralidad, incluido los órganos revisores³²⁷. En este sentido, en nuestro derecho interno,

³²³ Barcelona Llop, J. (2016). “Las vías administrativas de recurso: panorama desde la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en F. López Ramón (Coord.). *Las vías administrativas de recurso a debate*. (pp. 30-36). Madrid: INAP. SSTEDH, Pleno de 21-02-1975, asunto Goldberg c. Reino Unido, nº 4454/1970; Sec. 5ª 24-7-2014, asunto Brincat y otros c. Malta, nº 62338/11, nº 62312/11, nº 62110/2011, nº 62129/11, nº 60908/11, interpretación art. 2, 3 y 8 CEDH. Exposición al amianto. Acción civil de indemnización de daños y perjuicios.

³²⁴ Se ha de recordar el voto disidente del juez LOUCAIDES en la STEDH, GS de 5-10-2000, asunto Maaouia c. Francia, nº 39652/98 el cual señaló que en la determinación de los derechos civiles se incluye a todos los procedimientos judiciales no delictivos, incluidos los litigios entre individuos o entre el Estado y los individuos. De acuerdo con el juez LOUCAIDES, las disposiciones del CEDH, deben ser interpretadas sin hacer referencia al significado dado por el derecho interno en conceptos legales similares. Los términos “derechos civiles” incluidos en la Convención son autónomos y el Tribunal podría fácilmente extenderlos a los procedimientos de expulsión. Esa extensión es a lo que se refiere el art. 1 del Protocolo 7 (Instrumento aprobado el 22-11-1984, garantías procedimentales aplicables en caso de expulsión de extranjeros, en vigor de forma general el 1 de noviembre de 1988 y para España el 1 de diciembre de 2009. BOE 249/2009 de 15-10-2009). El juez LOUCAIDES considera que este complementa las garantías judiciales del art. 6, al ofrecer garantías administrativas. Por lo tanto, su objeto y propósito no son diferentes a los del art. 6.

³²⁵ STEDH, GS de 5-10-2000, asunto Maaouia c. Francia, nº 39652/98. Interpretación del art. 6 CEDH, aplicación de este artículo a los procedimientos de extranjería expulsión. Plazo razonable. El Tribunal adoptó un enfoque sistemático del Convenio y señaló que las disposiciones del Convenio deben ser interpretadas teniéndose en cuenta el conjunto del sistema convencional, incluidas las disposiciones de sus Protocolos. El hecho de que las partes contratantes introdujeran en el Preámbulo del Protocolo 7 la necesidad de adoptar «nuevas medidas que sirvan para asegurar la garantía colectiva de ciertos derechos y libertades por el Convenio» materializando en el art. 1 del mismo las garantías procesales específicas en relación con la expulsión de los extranjeros.

³²⁶ Sánchez Muñoz, Ó., (2019). “El derecho a un tribunal independiente e imparcial”, en F. J. Matia Portilla & L. E. Delgado Del Rincón (Dir.), *Las problemáticas dimensiones del derecho al proceso debido en España a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, (pp. 19-61). Valencia: Tirant lo Blanch. Ratifica el profesor Sánchez Muñoz el criterio doctrinal y jurisprudencial que al respecto se tiene de estos aspectos y que el TEDH los define como “garantía de mínimos”, así como la dificultad de la definición de imparcialidad objetiva subjetiva del mismo y la diferencia interpretativa al respecto de nuestro TC pp. 20, 25, 27-37 y 61. Aspectos que se retomarán más adelante, especialmente en cuanto a la imparcialidad relacionada con actuaciones previas del juzgador o la denominada “contaminación” del juzgador en las medidas cautelares del art. 135 LJCA.

³²⁷ La jurisprudencia del TEDH y la Directriz nº 5.1 Consejo de Europa han definido la naturaleza jurídica del órgano revisor conforme al art. 6 y 13 CEDH. Órgano revisor puede ser una autoridad administrativa que en esencia sea independiente e imparcial, así como que las disposiciones nacionales prevean la posibilidad de que la decisión de dicha autoridad sea revisada por una autoridad judicial. Esto también lo

en la especialidad aquí tratada no existe ese órgano independiente, imparcial y neutral de control administrativo, por lo que imprescindiblemente hay que recurrir al recurso ante un órgano jurisdiccional clásico, el cual cumple las exigencias del artículo aquí analizado. Por tanto, el artículo en estudio tiene una relación directa con las medidas cautelares de aplicación en los procedimientos administrativo de extranjería, (art. 61.1 LO 4/00), debido a que las mismas no son controladas por un órgano independiente, imparcial y neutral de control administrativo, sino que irremediamente hay que recurrir a los órganos jurisdiccionales clásicos para su control.

De otra parte, el art. 53 CEDH establece que "*ninguna de las disposiciones del presente Convenio se interpretará en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier Convenio en el que ésta sean parte*". Lo anterior ha permitido que el TEDH haya ido reconociendo el derecho de los Estados a distinguir entre el derecho penal y derecho administrativo y en especial el sancionador, se reservó así, la facultad de garantizar que la frontera dibujada no afectara el objeto y propósito del art. 6 CEDH³²⁸, ya que un proceso público y equitativo, con independencia de la jurisdicción que sea (penal, civil, social o administrativa), debe de cumplir todos los principios de igualdad de armas, procedimiento contradictorio, audiencia pública, derecho a una resolución motivada, entre otros, atendiendo a la autenticidad y gravedad del litigio, por tanto, su resultado debe ser garantizado por todos los principios que conforma el presente derecho³²⁹.

Acotado lo anterior, los datos, investigación, pruebas, alegaciones de un expediente administrativo tienen una importancia decisiva para el proceso, precisamente para cumplir los principios de igualdad de armas, contradicción, para que luego los órganos competentes (jueces o autoridades administrativas superiores encargadas de resolver los recursos administrativos), tengan ese material probatorio para su examen y cumplimiento de las garantías. La importancia de lo anterior repercute en hechos tan decisivos como determinar, (p. ej.), si el extranjero sujeto al procedimiento continuó realizando las actividades delictivas, si sigue siendo una amenaza real y grave para el orden público, o si en el expediente de inspección de trabajo sobre una empresa por incumplimiento de cotizaciones a la seguridad social, el trabajador extranjero tuvo participación en el mismo, como tercero interesado, o como he señalado ha existido una violación sobre la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, preclusión sobre los derechos de asistencia consular al detenido. Todos estos ejemplos, implican una clara violación del proceso equitativo o debido proceso.

En los supuestos en que en el expediente administrativo solo está conformado por la información de la autoridad administrativa justificando su acto administrativo, se convierten en la única prueba contra el extranjero, (ya fuera presuntamente un peligro

hace suyo el DUE a través del art. 47 CDFUE y se trasmite al derecho derivado, (p. ej.), en la Directiva 2008/115/CE, art. 13, vías de recurso, derecho a interponer un recurso efectivo contra las decisiones relativas al retorno o pidiendo ser revisadas éstas por una autoridad administrativa u otro órgano competente compuesto por miembros imparciales y con garantías de independencia.

³²⁸ STEDH, Sala de 22-05-1990, asunto Weber c. Suiza, nº 11034/1984, apdo. 30.

³²⁹ SSTEDH, Sec. 2ª de 6-07-2010, asunto Užkauskas c. Lituania, nº 16965/04, apdo. 45-51; Sala de 24-1-1997, asunto Werner c. Austria, nº 21835/93, apdo. 66 y la jurisprudencia allí citada; GS de 3-04-2012, asunto Boulois c. Luxemburgo, nº 37575/04, apdo. 90-94 y la jurisprudencia allí citada.

para la sociedad, o se haya realizado una contratación ilegal, etc). Le corresponde a la autoridad administrativa legitimada para dictar el acto, contrastar su propio expediente a partir de las alegaciones, pruebas que aporte el ciudadano, es decir, dar uso a ese principio de contradicción, comprobando (p. ej.), las alegaciones respecto a si se incorporó una prueba nueva para la determinación peligro o daño irreversible. O en realidad fue efectivo y eficaz el derecho de asistencia consular. Por ende, aquellos procedimientos decisorios que no cumplan los requisitos de un procedimiento contradictorio o de igualdad de armas, ni cuenten con garantías adecuadas para proteger los intereses del interesado, son violatorios del art. 6 CEDH, demuestra la desidia y posición contumaz de la Administración, por lo tanto, son hechos invalidantes, tanto desde el punto de vista del fondo del asunto, como de los requisitos de procedibilidad que exija el supuesto en sí. De cumplirse lo antes citado, dicho procedimiento administrativo debería declararse nulo y no como se está sosteniendo en la jurisprudencia de nuestro TS, de que ante situaciones de igual o similar naturaleza a las anteriores, señala que pueden ser una irregularidad formal, no invalidante, si no ha causado indefensión material³³⁰.

Ello conspira directamente contra las garantías del derecho de defensa y del propio art. 6 CEDH, a su vez atenta contra uno de los presupuestos de las medidas cautelares el *fumus boni iuris*. Es doctrina jurisprudencial del TS, que para que se aprecien determinados presupuestos de las medidas cautelares como el *fumus boni iuris*, se requiere que el acto sea declarado, entre otros motivos, nulo³³¹. Por ello, se debe descender a esa actuación

³³⁰ SSTS Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 60/19 de 28-01-2019, Rec. 3964/17; Sala 3ª Sec. 5ª, nº 120/19, de 5-02-2019, Rec. 6379/17 ; Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 1118/18, de 02-07-2018, Rec. 333/17. Con anterioridad Sec. 5ª, nº 337/07 de 25-1-2007, Rec. 7986/03, FJ 4, y STS, Sala 3ª, Sec. 7ª, nº 2405/97, de 07-04-1997, Rec. 1882/94, FD 3 (expulsión, presunción de inocencia, medida o sanción, interpretado con la vigencia la Ley 62/78). Doctrina sobre la indebida elección o no del procedimiento preferente, causa no invalidante. Ello a su vez en relación con la SSTC, Sala 2ª, nº 14/17 de 30-01-2017, BOE nº 59 de 10-03-2017, FJ 5-6; Sala 2ª, nº 131/16, BOE nº 196 de 15-08-2016, FJ 5-6; Pleno nº 236/07, FJ 16, declarándolo constitucional y en correspondencia con el art. 24 CE, señalando que la brevedad de los plazos no implica *per se* una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Los extranjeros sometidos a este procedimiento preferente de expulsión, disponen de las garantías esenciales del procedimiento administrativo, como el derecho de audiencia, el derecho a una resolución motivada, además del control judicial de la decisión que garantiza el art. 65 LO 4/00 (STC Sala 2ª, nº 234/91, de 10-12-1991, BOE nº 3 de 03-03-199, FJ 2. ATC, Sec. 1ª, nº 331/97, de 3-10-1997, FJ. 6). Respecto a los antecedentes de la doctrina del TS, se remontan a jurisprudencia conformada bajo la vigencia de la LJ del año 1956. El TS hace un repaso a toda esta jurisprudencia y de manera condensada la resume, en la STS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 7161/08 de 18-12-2008 Rec. 4708/05, FD 3, (el vicio de forma o procedimiento no es invalidante de por sí, sino en cuanto concurran los supuestos de que el acto carezca de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados, los motivos de dicho procedimiento están tasados en la Ley, además no supone que necesariamente que se vaya a concluir con la inexorable expulsión. Similares términos SSTS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 6706/09 de 12-11-2009, Rec.1517/07; Sala 3ª. Sec. 2ª, nº 3789/11 de 9 -07-2011, Rec. 5481/08, FD 5). En similares términos las SSTJUE, Sala 3ª, de 17-12-2015, asunto C-419/14; Sala 5ª de 11-12-2014, asunto Boudjlida, C-249/13, apdo. 38; Sala 5ª, de 5-11-2014, asunto Mukarubega, C-166/13, apdo. 42-62; Sala 2ª de 10-9-2013, asunto M.G. y N.R., C-383/13, apdo. 22-45 (y toda la jurisprudencia en ellas citadas), anulación de la decisión adoptada al término del procedimiento administrativo del que se trate, si el derecho vulnerado, hubiera podido llevar a un resultado diferente de no concurrir tal irregularidad). Valoran ambos Tribunales el grado de efecto de la posible circunstancia invalidante. Sobre este aspecto se puede ver Nieto Martín, F., (2001). "Procedimiento preferente de expulsión de extranjeros. Derechos de audiencia y tutela cautelar", *Jueces para la Democracia, Informe y Debate*, (nº 41), pp. 32-51.

³³¹ En este sentido la jurisprudencia del TS ha sostenido y sostiene respecto al presupuesto/principio del *fumus boni iuris* que su admisión puede ser, entre otros, en los siguientes supuestos, i) nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta; ii) actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, iii) existencia de una sentencia que anula el acto en una anterior instancia aunque

administrativa, al procedimiento administrativo, para ver si el mismo cumple todos los requisitos de garantías del proceso equitativo, debido proceso, o si se violan determinadas garantías procedimentales como las ejemplificadas, que efectos tienen las mismas, y no asumir la posición que señala el TJUE y el propio TS que muchas de las irregularidades señaladas son formales, no son invalidantes. Obvia a nuestro entender, tanto el TJUE, como nuestro Alto TS, (p. ej.), la jurisprudencia citada *up supra* de la CIJ respecto, a la preclusión consular, al ser violatoria de un derecho fundamental, al no informarse adecuadamente a un extranjero detenido de sus derechos de asistencia consular, o no se le informara de sus derechos de defensa y con ello no pudiera presentar un recurso efectivo y eficaz en tiempo y forma. A lo anterior ha de sumarse la distinción para los extranjeros inmigrantes, su situación administrativa, regular o irregular, (art. 1 del Protocolo nº 7), o situaciones sobrevenidas de irregularidad. La protección de determinadas garantías, como se ha dicho están vinculadas a la dignidad o desarrollo de la personalidad, inherentes a toda persona.

A pesar de todos los avances doctrinales y jurisprudenciales respecto al alcance del art. 6 CEDH, todavía existen serias limitaciones en cuanto a los procedimientos administrativos en el Derecho de Extranjería, ya que estos van más allá de las expulsiones, existen otros actos administrativos de un fuerte gravamen para los extranjeros, tanto en situación administrativa regular, como en situación irregular o aquellos que llevan una situación irregular sobrevenida; todos requieren de tal protección y garantías. Por tanto, las garantías en ese proceso equitativo, debido proceso, deben abarcar no solo los procedimientos administrativos sancionadores, sino todos aquellos procedimientos que llevan esa carga de gravamen, como puede ser, las extinciones de autorizaciones, repatriación menores, devoluciones, u otros que tiene una naturaliza jurídica compleja, como los del art. 59 y 59 *Bis* LO 4/00³³².

2-3-2-e)- El art. 8 vida privada y familiar. Sus límites, la dignidad humana. Proporcionalidad/razonabilidad de intereses. Obligaciones positivas.

El art. 8 CEDH, derecho al respeto a la vida privada³³³ y familiar³³⁴ es otro artículo que requiere por su amplio contenido, dinamismo y acusada transversalidad de conexión con

no sea firme, iv) existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz, v) de modo muy excepcional prosperabilidad ostensible de la demanda.

³³² Actualmente dichas consideraciones se hacen extensivas a una serie de supuestos tales como los citados artículos a colaboración contra redes organizadas, víctimas, perjudicados o testigos de un acto de tráfico ilícito de seres humanos, inmigración ilegal, explotación laboral o de tráfico ilícito de mano de obra o de explotación en la prostitución, abusando de su situación de necesidad, vulnerabilidad y las víctimas de trata de seres humanos.

³³³ Soler García, C., (2019). *Los límites a la expulsión de extranjeros...*, op. cit., pp. 259-320. STEDH, Sec. 2ª de 15-11-2012 asunto Shala c. Suiza, nº 52873/09, apdo. 39.

³³⁴ Draghici, C. (2017). *The legitimacy of family rights in Strasbourg Case Law*, Oxford: Bloomsbur, pp. 1-10, 26-30. Simões de Almeida, C. S., (2015). *Familia a la Luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Lisboa: Juruá, pp. 77-80. Sales i Jardí, M., (2015). *La vida familiar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una interpretación constructiva*, Barcelona: Bosch Constitucional, pp. 19-40. SSTEDH, Pleno de 22-10-1981, asunto Dudgeon c. Reino Unido, nº 7525/76, apdo. 41; Sala de 19-02-1997, asunto Laskey, Jaggard y Brown c. Reino Unido, nº 21627/93, 21826/93, 21974/93, apdo. 36-51 respecto vida privada y familiar, del domicilio y de la correspondencia; Sala de 22-02-1994, asunto Burghartz c. Suiza, nº 16213/90, apdo. 24, (respecto al nombre y discriminación basada en el sexo); Sec. 3ª, Decisión inadmisibilidad de 21-02-2002, asunto Schüssel c. Austria, nº 42409/1998, (respecto al derecho de imagen); Sala de 16-12-1992, asunto Niemietz c. Alemania, nº 13710/88 apdo. 29, (define vida privada); Sala de 24-02-1998, asunto Botta c. Italia, nº 21439/93, apdo. 32 (define vida privada)

el resto de preceptos del Convenio un análisis detenido. Su importancia repercute directamente en el tema de investigación³³⁵, máxime cuando esa vida privada y familiar³³⁶ engloba un abanico amplio de circunstancias, que hacen que el extranjero sea parte de la sociedad democrática donde reside (viendo dicha residencia en su sentido más amplio, sobrepasando los términos de residencia administrativa regular o irregular), sin un ostracismo social (que le impediría desarrollar una vida normal y cubrir sus necesidades más básicas³³⁷), llegando abarcar hasta el matrimonio, orientación sexual, relaciones sociales, entre otros, por tanto, todos directamente relacionados con la dignidad de las personas y el desarrollo de la personalidad.

El párrafo 2 del citado art. 8, regula que la intromisión al derecho a la vida privada y familiar³³⁸ debe ser de acuerdo con la ley, que persiga alguno de los fines legítimos enumerados en ese artículo y sea necesaria en una sociedad democrática para alcanzar los citados fines de dicha sociedad. De cumplirse dichos requisitos no se considerará una vulneración del mencionado artículo la injerencia de la autoridad pública. A su vez, el presente artículo es uno de los cuales la doctrina del TEDH ha considerado que el margen de apreciación de los Estados contratantes es permitido, así como las obligaciones positivas que el mismo genera.

El espíritu de dicho artículo, no se contenta con exigir al Estado que se abstenga de tales injerencias, sino que a este compromiso negativo pueden añadirse unas obligaciones

integridad física y moral de una persona); Sala de 24-04-1996, asunto Boughanemi c. Francia, nº 22070/93, (vida familiar expulsión); Sala de 7-08-1996 asunto Chorfi c. Bélgica, nº 21794/93, apdo. 22-36 (vida privada familiar expulsión); Sala de 7-08-1996 asunto Johansen c. Noruega, nº 17383/90 (disfrute padres e hijo de su mutua compañía); GS de 10-05-2001, asunto Chipre c. Turquía, nº 25781/94, apdo. 175; Sec. 3º de 17-04-2003, asunto Yilmaz c. Alemania, nº 52853/99, apdo. 42-49, (vida familiar, conyugues, inmigrante de la llamada "segunda generación", antecedentes penales, expulsión); Sec. 1ª de 22-04-2004, asunto Radovanovic, c. Austria nº 42703/98, apdo. 31-33 (menor, joven adulto, antecedentes penales, integración); Sec. 3ª de 15-07-2003, asunto Benhebba c. Francia, nº 53441/99, apdo. 32-33 (lazos sociales y educacionales); GS de 09-10-2003, asunto Slivenko c. Letonia nº 48321/1999, apdo. 95-113-130; Sec. 1ª de 16-06-2005, asunto Sisojeva y otros c. Letonia nº 60654/2000, apdo. 103, 104, (art. 8.1 vida privada), asunto recurrido a la GS por el Estado Letón, (sentencia 15-01-2007 que ratifica sentencia de instancia); Sec. 2ª de 31-01-2006, asunto Rodríguez Da Silva y Hoogkamer c. Países Bajos, nº 50435/99, apdo. 37-44; Sec. 3ª de 8-06-2006, asunto Lupsa c. Rumania, nº 10337/2004, apdo. 27 (expulsión, vida privada y familiar); Sec. 2ª de 16-12-2008, asunto Gulijev c. Lituania, nº 10425/03, apdo. 36-40.

³³⁵ Concretamente el TEDH ha interpretado el presente artículo respecto a los extranjeros desde dos ángulos, las medidas de expulsión y el derecho a la reagrupación familiar. En este sentido Santolaya Machetti, P., (2014). "El derecho a la vida privada y familiar (un contenido notablemente ampliado del derecho a la intimidad)", en P. Santolaya Machetti & F. J. García Roca. *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. (3ª Ed., pp. 429-450). Madrid: CEPC. El profesor Santolaya, como veremos más adelante analiza este derecho en relación con el art. 18.1 CE y la STC Pleno nº 236/07, pp. 443-444. A su vez el profesor Santolaya ya en el año (2004) se había pronunciado sobre estos aspectos en su obra *El derecho a la vida familiar de los extranjeros*. Valencia: Tirant lo Blanch. pp. 16-27, en la cual expone su posición interpretativa coincidente con la del TC, la intimidad familiar únicamente protege el poder del individuo de resguardar un ámbito de privacidad, reservado para sí y su familia, inmune frente a la publicidad no querida.

³³⁶ La Spina E., (2011), *Familias transnacionales, sociedades multiculturales e integración: España, Italia y Portugal en perspectiva comparada*. Madrid: Dykinson, S.L, pp. 101-200.

³³⁷ STEDH, Sec. 3ª de 20-07-2010, asunto N. c. Suecia, nº 23505/09, apdo. 51-62.

³³⁸ Santolaya Machetti, P., (2014). "El derecho a la vida privada y familiar...", op. cit., pp. 429-450.

positivas³³⁹ inherentes al respeto efectivo de la vida privada o familiar³⁴⁰. Por ello, las garantías que ofrece el art. 8 del Convenio están destinadas principalmente a asegurar el desarrollo, sin injerencias externas, de la personalidad y por ende de la dignidad de cada individuo en la relación con sus semejantes. Las personas disponen de una “*esperanza legítima*” de protección y de respeto de su vida privada y familiar estrechamente ligada a la dignidad humana. La frontera entre las obligaciones positivas y negativas del Estado en virtud del art. 8 no se presta a una definición precisa³⁴¹; es compleja la aplicación de los principios para la determinación de dichos límites, existiendo supuestos de excepcionalidad³⁴². Sin embargo, hay que tener en cuenta el equilibrio justo a mantener entre el interés general y los intereses del individuo, gozando el Estado en cualquier hipótesis de un margen de apreciación. A ello debemos agregarle que el presente artículo su naturaleza obligacional está clasificada doctrinalmente como perteneciente al grupo de los *qualified rights* (limitados o restringidos), como un *tertium genus*, entre los llamados *absolute rights* (inderogables en toda circunstancia) y los *minimum rights* (de estándar mínimo).

Precisamente a partir de lo anteriormente dicho, los Estados parte gozan de dicho margen de apreciación. En estos supuestos donde pueda existir confrontación o colisión de los derechos y libertades fundamentales, es donde, como he señalado, existe mayor polémica³⁴³, debido a que dichos derechos pueden estar sometidos a ciertas restricciones

³³⁹ Casadevall, J., (2012). *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, ...*, op. cit., pp. 148-154.

³⁴⁰ STEDH, Pleno, asunto Abdulaziz, Cables y Balkandali c. Reino Unido; Sala de 19-02-1998, asunto Dalia c. Francia, nº 26102/95, apdo. 39-55; Sec. 3º de 30-11-1999, asunto Baghli c. Francia, nº 34374/97, apdo. 32-49; Sec. 1ª de 11-07-2000, asunto Ciliz c. Países Bajos, nº 29192/95, apdo. del 49-72. En todas ellas, el Tribunal ha ido produciendo una rica jurisprudencia sobre los derechos de los extranjeros en relación con supuestos de reagrupación familiar (en este sentido la ya citada sentencia STEDH, Sec. 3ª asunto K.A.B. c. España, apdo. 88-117), o de ruptura de la vida familiar derivada de las medidas de expulsión o no renovación de permiso de residencia.

³⁴¹ STEDH, Sala de 13-06-1979, asunto Marckx c. Bélgica, nº 6833/74 y Airey c. Irlanda, expuso como obligaciones positivas que el derecho a la vida familiar del art. 8 CEDH incluía dichas obligaciones donde el Estado debía garantizar que las demandantes pudieran desarrollar un “vida familiar normal”, lo que suponía la integración de la menor en su familia desde el momento de su nacimiento. STEDH GS, de 07-12-2007, asunto Kaftailova c. Letonia nº 59643/2000, expulsión, valoración art. 8 CEDH, apátrida y medidas de integración, vía de regularización propuesta por las autoridades letonas a la demandante como medida positiva constituye una medida adecuada y suficiente para su queja en relación al art. 8 CEDH, por lo que el caso debe ser sobreseído.

³⁴² STEDH, GS asunto Jeunesse c. los Países Bajos, interpretación art. 8 CEDH, derecho al respeto de la vida privada y familiar. Margen de apreciación que se deja a los Estados en asuntos de inmigración, reunificación familiar, obligaciones positivas a las autoridades nacionales, enfoque no necesariamente acumulativo de los factores pertinentes que llevan a circunstancias de excepcionalidad, apdo. 105-122. En esta sentencia se producen votos discrepantes (Magistrados Villiger, Mahoney y Silvis que opinan que las autoridades nacionales ponderaron los intereses de la solicitante y su familia, por una parte, y el interés general de la comunidad por otra, a su vez fundamentan su criterio a partir de la naturaleza jurídica subsidiaria del Convenio y no de la naturaleza humanista). En cuanto a las obligaciones positivas como he señalado hacía más de 35 años atrás el TEDH en los asuntos Marckx c. Bélgica, y Airey c. Irlanda, ya había expuesto que el derecho a la vida familiar del art. 8 CEDH incluía unas obligaciones positivas del Estado.

³⁴³ Una muestra de dicha polémica, en este caso, interpretativa, es la STEDH, Sec. 1ª de 14-02-2012, asunto Antwi y otros c. Noruega, nº 26940/10, apdo. 98, donde el Tribunal considera que no existe violación del art. 8 del CEDH, ateniendo a que los demandantes habían vivido gran parte de vida en su país de origen y que, a pesar de existir un tercer demandante (una menor), de nacionalidad de origen del Estado parte en conflicto, entiende, que procede la expulsión del primer demandante, entre otras razones, porque no existía imposibilidad de que la menor y sus padres pudiesen vivir juntos en el país originario de estos últimos o la

o límites por los Estados parte, siempre que tales restricciones, como se ha dicho, estén reguladas legalmente y sean necesarias en una sociedad democrática. Entra en juego en este punto, el principio de proporcionalidad/razonabilidad de intereses, el interés general y los intereses del individuo, siendo presupuestos importantes al momento de adoptar las medidas cautelares. Al no ser el presente artículo una protección absoluta, como ocurre - (p. ej.)- en el mencionado art. 3, se traduce en que su efectividad, no exige que los interesados dispongan de un recurso con efectos suspensivos automáticos³⁴⁴, (art. 13 Convenio), lo cual influye directamente sobre las medidas cautelares que se tramitan ante el Tribunal (art. 39 Reglamento que veremos *infra*). Una manifestación clara de la elevada conflictividad que puede generar el presente artículo, es lo relativo ciudadanos no originarios de los Estados parte, pero que sí han adquirido su nacionalidad o ciudadanía del mismo³⁴⁵, o son ciudadanos de la UE³⁴⁶ o familiares de estos o en su caso ciudadanos de los Estados firmantes de la CIPDTMF.

Por ello la jurisprudencia del TEDH al respecto señala que para apreciar el art. 8 CEDH, se han de tener en cuenta dos requisitos fundamentales, i), la vida familiar ha de ser lo suficientemente próxima, es decir “real y efectiva”; y, en ii), debe tratarse de una familia “preexistente” a la medida estatal causante de la posible injerencia en el derecho objeto del litigio. Correspondiendo dicha prueba a la parte demandante.

Este art. 8 del CEDH, tiene su equivalente en el art. 7 CDFUE³⁴⁷. Ambos tienen una estrecha relación e importancia interpretativa relacionada con el art. 18.1 CE (el cual

menor visitarlos, debido a que la misma en varias ocasiones (tres), había ido a pasar sus vacaciones al país de origen de su padres.

³⁴⁴ STEDH, GS de 13-12-2012, asunto Souza Ribeiro c. Francia, nº 22689/2007.

³⁴⁵ STEDH, Sala de 18-02-1991, asunto Moustaquim c. Bélgica, nº 12313/86, apdo. 37-47; Sala de 26-03-1992, asunto Beldjoudi c. Francia, nº 12083/86, apdo. 65-80; Sec. 2ª, de 2-08-2001, asunto Boulouf c. Suiza, nº 54273/00, apdo. 39-56. De las sentencias citadas el Tribunal se ha pronunciado sobre aquellos ciudadanos no originarios de las Altas Partes Contratantes pero que sí ha adquirido su nacionalidad o ciudadanía, “*nacionales de segunda generación*”. En igual sentido el Tribunal ha analizado la circunstancia de exigir a una ciudadana de un Estado parte, casada con un ciudadano extranjero, su adaptación a la vida en el Estado de origen de aquel, considerándosele unánimemente que las circunstancias de adaptación del ciudadano del Estado parte sería muy difícil, si no imposible, por tanto, la expulsión atentaría al derecho a la vida familiar protegido por el art. 8 del CEDH, (Sentencia Boulouf c. Suiza). Ya en la sentencia antes señalada del TEDH, Sec. 1ª asunto Sisojeva y otros c. Letonia, se observa como el Tribunal condena Letonia por no regularizar la situación de permanencia de tres ciudadanos que habían vivido en dicho país y que no tenían la nacionalidad del mismo por ser de la antigua URSS.

³⁴⁶ STEDH, Sec. 2ª 17-04-2006, asunto Aristimuño Mendizábal c. Francia, nº 51431/99, apdo. 65-79.

³⁴⁷ En cuanto a la protección de la vida familiar el art. 7 abarca mucho más que el art. 8 del CEDH, pues llega a proteger incluso la familia extensa, parejas de hecho reconocidas o no, así como los matrimonios gais y transexuales y así, fundar esa familia, es decir, como he expresado, el art. 7 y 9 CDFUE, su interpretación es más amplia que el art. 8 CEDH, al obligar a reconocer la existencia y los efectos de un estado civil legalmente adquirido. Respeto a la vida privada y familiar, reagrupación familiar. En este sentido se puede consultar una amplia jurisprudencia, entre ellas, SSTJUE, Sala 6ª de 17-04-1997, asunto Kadiman c. Freistaat Bayern, C-351/95; asunto acumulados D. c. Consejo, C-122/99 y 125/99 de 31-05-2001; de asunto Carpenter, C-60/00 de 11-07-2002; asunto Akrich, C-109/01 de 23-09-2003; GS de 11-12-2007, asunto Eind, C-291/05; GS 20-05-2008, asunto Bosmann, C-352/06; GS 25-07-2008, asunto Metock y otros, C-127/08; Sala 2ª de 10-10-2013, asunto Adzo y otros C-86/12, GS de 2-12-2014, asuntos acumulados nº C-148/13, C-150/13 y STJUE, de 5-10-2010, asunto J. McB. c. L.E, C-400/10 PPU. “*La redacción del artículo 8, apdo. 1, del CEDH es idéntica a la del citado artículo 7, salvo en la medida en que utiliza los términos «su correspondencia» en vez de «sus comunicaciones». Dicho esto, procede observar que este artículo 7 contiene derechos equivalentes a los garantizados por el artículo 8, apdo. 1, del CEDH. Por consiguiente, debe darse al artículo 7 de la Carta el mismo sentido y el mismo*

analizaremos más adelante). Teniendo a su vez dicha interrelación, una clara manifestación con el art. 12 del Convenio “*Derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia*”³⁴⁸ (art. 9 CDFUE y art. 32 CE)³⁴⁹. El TEDH ha precisado que para el ejercicio del derecho a contraer matrimonio habrá de estarse a las limitaciones previstas en las leyes nacionales³⁵⁰ que lo disciplinan, si bien, como es obvio, “*no deben restringirlo o reducirlo de una forma o hasta un punto que lo vulneren en su sustancia misma*”³⁵¹, refiriéndose con ello a los matrimonios entre homosexuales y transexuales. Por lo que ello permite afirmar que el concepto familia interpretado por el TEDH es una definición no tradicional o convencional.

A su vez el art. 8 no contiene exigencias procedimentales explícitas³⁵², en este sentido el juicio de proporcionalidad³⁵³ que se debe aplicar a los casos o asuntos sometidos a su consideración, deben tener en cuenta todos los factores intervinientes cuando se alegue el mismo y sus límites. En este propio contexto de la proporcionalidad y su vinculación con el recurso efectivo, eficaz y suspensivo del art. 13 CEDH, ha sido el propio TEDH quien ha señalado que el citado art. 8 no es imperativo el efecto suspensivo para que el recurso pueda ser considerado efectivo (STEDH GS, asunto Souza Ribeiro c. Francia, apdo. 83). Ello basado en la valoración del riesgo potencialmente irreversible, el cual puede recuperar sus lazos familiares y/o personales si fuese readmitido o estimado el recurso.

En este sentido las valoraciones del TEDH pueden ser criticables, incluso partiendo de su propia jurisprudencia, considerando que entra en contradicciones con otros derechos, esto bajo un análisis axiológico y hermenéutico de los mismos, máxime cuando hay circunstancias que no son recuperables, (digamos la educación³⁵⁴ de los hijos menores de edad). Otra cosa distinta es que se quiera medir esa irreversibilidad con una reversibilidad

alcance que los conferidos al artículo 8, apdo. 1, del CEDH, tal como lo interpreta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (véase, por analogía, el Asunto C-450/06 Varec [2008] Rec. p. I-581, apdo. 48).

³⁴⁸ Simões de Almeida, C. S., (2015). *Familia a la Luz del Convenio...*, op. cit., pp. 77-80. Jimena Quesada, L., (2006). *Sistema Europeo de Derechos Fundamentales*. Madrid: Colex, pp. 45 ss.

³⁴⁹ STC Pleno, nº 198/12, FJ. 9. (sobre el matrimonio homosexual).

³⁵⁰ STEDH, Sec. 4ª de 12-01-2010, asunto Khan A.W. c. Reino Unido, nº 47486/06 apdo. 31-36,39-51.

³⁵¹ Sanz Caballero, S., (2014). “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su respuesta al reto de la Transexualidad: Historia de un cambio de criterio”. *American University International Law Review*. (Vol. IV, nº 29), pp. 831-863. Santolaya Machetti, P., (2014). “El derecho a la vida privada y familiar...”, op. cit., p. 438. En este sentido STEDH GS, de 11-07-2002, asunto I c. Reino Unido, nº 25680/94, apdo. 51-73 (interpretación sobre el art. 8 y la transexualidad) y apdo. 74-84, (interpretación del art. 12 CEDH), un importante viraje en la interpretación de este artículo sobre parejas homosexuales y transexuales operados consideró una violación del art 12 respecto a la anterior jurisprudencia reacia a ello STEDH, GS de 30-07-1998, asunto Sheffield y Horsham c. Reino Unido, nº 22985/93, 23390/94, apdo. 40-61, respecto al art 8 del Convenio y del 62-70 respecto al art. 12 del Convenio.

³⁵² STEDH, Sec. 1ª de 26-07-2011, asunto Liu c. Rusia, nº 29157/09. Legitimación de la esposa como demandante. El principio de subsidiariedad no significa renunciar a toda supervisión del resultado obtenido del uso de los recursos internos, de lo contrario los derechos garantizados por la Convención carecerían de toda sustancia. El margen de apreciación de las Altas Partes Contratantes debe cumplir las interpretaciones del art. 8 que ha realizado el Convenio, aunque dicho artículo no contenga requisitos de procedimiento explícitos; el proceso de toma de decisiones que conduce a medidas de interferencia debe ser equitativo y permitir el respeto debido a los intereses protegidos por el art. 8, aunque se trate de temas de seguridad nacional, apdo. 49-51, 56, 59, 62-63.

³⁵³ Vid. nota 122. En igual sentido Ferrajoli, J. L., (2001). *Derechos y garantías. La Ley del más débil*. (A. Greppi, P. Andrés Ibáñez. Trads). Madrid: Trotta, pp. 116-125.

³⁵⁴ Recuérdese los asuntos SSTEDH Ponomaryovi c. Bulgaria y Tarantino y otros c. Italia

o reparación del daño cuantificable económicamente, a través de la indemnización. Criterio que también se sostiene en nuestro derecho interno. Esto coincide con lo señalado al inicio de esta investigación, sobre la responsabilidad y reparabilidad del daño. Siguiendo la estela de lo allí señalado y con lo aquí expuesto, educación de los hijos, el daño es irreparable, irreversibles³⁵⁵, no sería posible ser compensado o restituido, pues los estudios perdidos en años, aunque puedan ser recuperados, las etapas educacionales correctas han sido sobrepasadas. Evidentemente desde el punto estrictamente económico-contable, si puede ser perfectamente posible a través del pago de una indemnización o cualquier otra fórmula. Sin embargo, a mi parecer en estos supuestos el concepto de irreparabilidad que hay que tomar como parangón de medida, es el de la previsibilidad del daño.

Otro argumento criticable del razonamiento del TEDH, es el referido a cuando se produce la ejecución del acto, (p. ej.), la expulsión, y luego se estima el recurso principal, el demandante podrá siempre volver al Estado demandado y reconstruir su vida. Ese concepto de reconstrucción, es complejo, no correcto del todo, ni completo. Se parte primeramente de lo complejo del proceso de ejecución de dicho regreso, si el acto inicialmente provenía de una situación de irregularidad, luego digamos en otros supuestos, una vez el extranjero se encuentre nuevamente en el territorio del Estado de acogida, podrá recuperar materialmente a través de indemnizaciones medibles, pero los daños morales, aunque se les quiera cuantificar, como puede ser la educación de los hijos, es un daño irreversible. Este aspecto, como veremos más adelante, es un concepto clave en las medidas cautelares del TEDH, así como también una tendencia negativa en nuestro derecho interno, que se arrastra desde la LJ de 1956. (Se desarrollará más adelante y en la parte tercera, como nuestra jurisprudencia interna es restrictiva al respecto).

La relación del art. 8 y del art. 13 CEDH, según se interpreta de la jurisprudencia del TEDH es garantizar que el interesado tenga a su disposición la posibilidad real, efectiva de un recurso contra el acto administrativo que corresponda³⁵⁶ (expulsión, extinción de residencia larga duración RLD, denegación de autorización de residencia, entre otros), pero no un recurso suspensivo y mucho menos suspensivo automático. Es decir, que existan garantías procesales de tutela efectiva, pero no suspensivas directamente. Esta jurisprudencia puede y debe ser revisada, como mismo lo ha realizado respecto a otros derechos, en cuanto al art. 13 y las suspensiones automáticas en los casos de expulsiones colectivas³⁵⁷ sin estar presente los derechos recogidos en los art. 2 y 3 del CEDH.

El criterio interpretativo antes señalado repercute en nuestro derecho interno, donde se aplica mayoritariamente la ponderación de intereses generales ante vida privada y familiar, prevalece en dicho balance el interés general, adoleciendo de ser sometido al

³⁵⁵ STC, Pleno, nº 238/92, de 17-12-1992, BOE nº 17, de 20-01-1993, “*Parece evidente, sin embargo, que la reversibilidad plena o absoluta es, sencillamente, una ficción, pues, de no suspenderse el acto administrativo, el mero transcurso del tiempo podría conllevar un perjuicio en sí mismo irreparable*”.

³⁵⁶ Un botón de muestra de esta forma de interpretación son las SSTs Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 1136/20 de 30-07-2020, Rec. 3863/18, FD 5-6 y nº 22/20 de 15-01-2020, Rec. 6078/18, FD 3, así como la jurisprudencia en ellas citadas.

³⁵⁷ Al respecto Chueca Sancho, Á. G., (2002). “El Derecho Internacional prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros”. *RDME*, (nº 1), pp. 9-36. Del mismo autor, (2002). “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería”. *RDME*, (nº 1), pp. 233-256. No obstante, se ha de recordar que el TEDH en su sentencia GS de 13-02-2020, asunto N.D. y N.T. c. España ha cambiado de criterio interpretativo con matizaciones.

análisis individualizado y proporcionado/racional, partiendo precisamente de cuál es el interés general que está en juego o de forma específica se pretende proteger, la seguridad nacional, la seguridad colectiva, la salud, el orden público, la seguridad ciudadana, o lo que se pretende proteger es el concepto general o jurídico indeterminado de interés general. El juicio de proporcionalidad, debe analizarse desde el prisma ya señalado, previsibilidad del daño, para que no afecte la dignidad del ser humano y su desarrollo de la personalidad, desde una visión de interpretación axiológica y hermenéutica, por tanto, el interés general deberá ser determinado en una magnitud concreta, de forma objetiva, precisando su contenido esencial interno. Luego si dicho perjuicio grave es legítimo y está en correspondencia con la finalidad constitucionalmente justificada, es decir, a partir de la finalidad del derecho mismo que se protege, de su idoneidad, su adecuación, necesidad o indispensabilidad y proporcionalidad propiamente dicha, se adoptara la medida adecuada.

En otro orden de cosas y de acuerdo con la jurisprudencial del TEDH respecto al presente artículo, el mismo ha venido marcando determinadas pautas y requisitos sobre la noción de familia, entre ellos, acreditación de vínculos reales y efectivos, también se ha pronunciado sobre la consideración del concepto de familia, incluyendo tanto, la familia legítima, la natural³⁵⁸, y las de situaciones de hecho³⁵⁹, así como ha interpretado la expresión "*vida privada*", interpretación amplia, que no se presta a una definición exhaustiva. Estos aspectos, como se ha referenciado no son interpretados de igual forma por el TC en relación con el art. 18 CE, interpretando parte de estos conceptos en el contenido del art. 39 CE. En todo caso, ambos criterios interpretativos deben ser tenidos en cuenta *prima facie* ante una solicitud de medida provisional o cautelar, atendiendo a la indivisibilidad de los derechos humanos.

A su vez la interpretación jurisprudencial del TEDH respecto del presente artículo también ha alcanzado al concepto, familia/vida privada-comisión de delitos. En este sentido, si bien es cierto que los mayores puntos de conflictividad han estado presentes en la comisión de un único delito por el justiciable, plazo de su comisión y el actuar administrativo como consecuencia de aquel. La determinación de dicho plazo, la gravedad de delito cometido, la lejanía de la peligrosidad al tiempo actual del procedimiento administrativo en curso, el peligro para el orden público y la seguridad ciudadana o nacional y sus consecuencia para una sociedad democrática, continúan siendo objeto de controversia. En muchos de esos casos el TEDH no ha aceptado la expulsión de dichos extranjeros condenados, considerando la gravedad del delito³⁶⁰, la

³⁵⁸ STEDH, Pleno de 18-12-1986, asunto Johnston y otros, c. Irlanda, nº 9697/82, (familia como realidad natural).

³⁵⁹ STEDH, Sala asunto Marckx c. Bélgica, considera que la vida familiar comprende también la que se deriva de relaciones que resulten de una unión no matrimonial, declara que el art. 8.1 CEDF no distingue entre "familia legítima e ilegítima". En este sentido se puede consultar Quesada Polo, S., (1996). "La expulsión de extranjeros y el respeto de la vida privada y familiar en la jurisprudencia de la Comisión y el TEDH". *Cuadernos de Derecho Judicial*. (nº 22). Dedicado a *Perfiles de Derecho Constitucional a la vida privada y familiar*. pp. 309-343. Madrid: CGPJ p. 322.

³⁶⁰ STEDH, Sala 26-09-1997, asunto Mehemi c. Francia, nº 25017/94, determina la violación del art. 8 CEDH apdo. 23-37. En sentido opuesto STEDH, Sala de 26-09-1997, asunto El Boujaïdi c. Francia, nº 25613/94, apdo. 40. En ambas sentencias, el TEDH hace una diferenciación de los requisitos a tener en cuenta para la interpretación y determinación del citado art. 8. Aunque los asuntos presenten determinada analogía o similares circunstancias el Tribunal hace una aguda diferenciación de los requisitos para determinar el equilibrio justo entre los intereses pertinentes, nacimiento, edad, estudios, residencia, trabajo,

reincidencia, la edad, la familia, los vínculos de dependencia y el resto de elementos que ha ido incorporando a la jurisprudencia para determinar y valorar que la medida de expulsión es necesaria para garantizar una sociedad democrática, por encima del estándar de protección de la familia. Para ello el TEDH ha venido estableciendo unos principios interpretativos orientativos para examinar si la medida de expulsión era necesaria en dicha sociedad democrática. Esta progresión gradual de requisitos expone BOZA MARTÍNEZ, también ha sido de forma desigual³⁶¹.

A partir de octubre de 2006, fecha en la que el Tribunal dictó la sentencia Üner c. Países Bajos³⁶², tales criterios se han ido sistematizando³⁶³ hasta el presente³⁶⁴. Dichos criterios tenidos en cuenta por el TEDH para ponderar, el orden público y los estándares de protección de la vida familiar que se expondrá a continuación han de ser tenidos en cuenta desde el primer momento en una medida cautelar. Estos criterios son: i) naturaleza y gravedad del delito cometido por el demandante. Peligrosidad del recurrente. Si se trata o no de un delincuente habitual, o de unas circunstancias concretas y no repetidas por lo que los efectos sobre el orden público, seguridad, y la prevención de delitos de la expulsión serían mínimos; ii) duración de la estancia del demandante en el país de donde va a ser expulsado³⁶⁵, así como la determinación de dicha estancia, si la misma es en situación regular o irregular³⁶⁶; iii) tiempo transcurrido desde que el delito fue cometido, así como la conducta del demandante en ese período. Este criterio permite analizar en

resto de familia, la propia familia creada por los reclamantes, hijos, sus relaciones paterno filiales, familiares en país de destino u origen para la expulsión, conocimiento del idioma de dicho país, relaciones previas con el mismo. Preocupación por la integración en el Estado parte, obtención de nacionalidad. Tipo de delito cometido y la determinación de la continuidad en la comisión de hechos delictivos o no, es decir su conducta posterior.

³⁶¹ Boza Martínez, D., (2012). “La expulsión de residentes de larga duración como consecuencia de condena penal y la jurisprudencia del TEDH”, en VV.AA. *VI Encuentro Internacional de Investigadores en Derecho de Inmigración y Asilo. Institut de Drets Humans. Universitat de València*. Valencia: Facultad Derecho.

³⁶² STEDH GS, asunto Üner c. Países Bajos, apdo. 54-60. STSDH, Sec. 2ª, de 16-04-2013, asunto Udeh c. Suiza, nº 12020/09, apdo. 45-54 (existencia menores de edad de nacionalidad Suiza, jurisprudencia sobre el derecho de los menores a no ser separados de sus ascendientes). Ambas sentencias introducen la naturaleza y la gravedad de las infracciones cometidas por los recurrentes. Ponen de manifiesto que la peligrosidad de los recurrentes es mínima habida cuenta de que no se trata de delincuentes habituales, sino de unas circunstancias concretas y no repetidas por lo que los efectos sobre el orden público y la prevención de delitos de la expulsión serían mínimos. En el asunto Udeh c. Suiza se ha de tener en cuenta los votos disidentes de Magistrados (Jociene y Lorenzen) discrepan de esta construcción jurisprudencial menores/separación progenitores/antecedentes penales, defienden que no se ha lesionado el derecho fundamental en examen, menores/separación progenitores (por haber ingresado en Suiza como adulto, por hacerlo con documentos falsos y por haber delinquido).

³⁶³ STEDH GS, asunto Souza Ribeiro c. Francia, apdo. 77-96, violación del art. 8, así como del art. 13, ambos CEDH, principalmente debido a la imposibilidad de impugnar una orden de expulsión en su contra, antes de que se ejecutara. Ratifica el Tribunal en esta sentencia las sentencias ya mencionadas Boultif, (ap. 46) y Üner c. Países Bajos apdo. 54 y resto de la jurisprudencia allí citada.

³⁶⁴ STEDH, Sec. 3ª asunto Saber y Boughassal c. España, ratifica los requisitos a tener en cuenta para una expulsión cuando se invoca el art. 8 CEDH, ya sea vida privada o familiar. Ello a pesar de la existencia de antecedentes penales. Análisis del derecho a la vida familiar y el art. 57.2 LO 4/00.

³⁶⁵ SSTEDH, Sala, asunto Berrehab c. Países Bajos, apdo. 21 y 29; GS de 23-06-2008, asunto Maslov c. Austria, nº 1638/2003 apdo. 73-97, la cual proviene de la demanda inicial resuelta por el TEDH Sec. 1ª, quien en su sentencia de 22-03-2007, estima violado el art. 8 CEDH, ante ello, el Gobierno Austriaco recurrió a la GS, ratificando la misma la sentencia de instancia.

³⁶⁶ SSTEDH, Sec. 1ª de 11-02-2010, asunto Zakayev y Safanova c. Rusia, nº 11870/03, apdo. 42-46 y asunto Rodríguez Da Silva y Hoogkamer c. Países Bajos, apdo. 44.

extensión del lapso de tiempo entre la conducta delictiva y el momento en que se pretende analizar la cuestión administrativa planteada ante el Tribunal, evaluándose en todo caso la reincidencia en su conducta delictiva³⁶⁷ y/o si ha mostrado voluntad de mantener buen comportamiento sin reincidir³⁶⁸; iv) nacionalidades de las personas implicadas, solidez de los vínculos sociales culturales y familiares con el país que expulsa y con el país de destino, conocimiento del idioma³⁶⁹, v) situación familiar del demandante, vi) matrimonio, tiempo del mismo o unión de hecho o convivencia *more uxorio* y otros factores indicativos que expresen o testimonien, la realidad y efectividad de la vida familiar de la pareja, vii) si el cónyuge, conocía o estaba al tanto del delito, en el momento en que se conformó la relación familiar, viii) existencia de hijos en el matrimonio, su edad³⁷⁰, efectividad³⁷¹ de dicha relación, convivencia³⁷², dependencia económica y lazos afectivos³⁷³ y económicos en el sostenimiento del hijo, esto es, el comportamiento adecuado con el vínculo personal que se mantiene aun cuando la evidencia de la cohabitación no se produzca³⁷⁴. Unido a ello, el interés y el bienestar de los hijos, interés

³⁶⁷ SSTEDH, Sala de 29-01-1997, asunto Bouchelika c. Francia, nº 23078/93, apdo. 47; Sec. 4ª de 8-01-2009, asunto Joseph Grant c. Reino Unido, nº 10606/07, apdo. 40 y Üner apdo. 63.

³⁶⁸ SSTEDH, Sec. 2ª, asunto Boultif apdo. 51 y Sec. 4ª, asunto Khan A.W. c. Reino Unido, apdo. 31.

³⁶⁹ STEDH, Sala de 13-07-1995, asunto Nasri c. Francia, nº 19465/92, apdo. 45. En este supuesto se integra un análisis de varios artículos del Convenio, interrelacionándose la salud, la integración familiar, trato inhumano. Circunstancias particulares, situación de un hombre sordomudo, que solo puede encontrar un equilibrio psicológico y social mínimo en su familia.

³⁷⁰ SSTEDH, GS, asunto Maslov c. Austria, apdo. 75 y 97; Sec. 3ª de 13-02-2001, asunto Ezzouhdi c. Francia, nº 47160/99, apdo. 34.

³⁷¹ SSTEDH, asunto Berrehab c. Países Bajos, apdo. 21; Sec. 1ª, asunto Ciliz c. Países Bajos, apdo. 59.

³⁷² STEDH, Sec. 5ª de 18-12-2008, asunto Saviny c. Ucrania, nº 39948/06, apdo. 47. Violación del art. 8 CEDH, al producirse la eliminación convivencia entre padres e hijos a pesar la situación precaria de los segundos y de la situación enfermedad de los padres ceguera. En similares términos la STS, Sala 3ª de 8-11-2007 Rec. 8074/02.

³⁷³ En este sentido se puede constatar a través de las sentencias que se citaran como el TEDH interpreta la dependencia y lazos afectivos entre progenitores e hijos, exponiendo claramente el Tribunal que el art. 8 no protege, no garantiza el derecho a elegir el lugar más apropiado para desarrollar una vida familiar. STEDH, Sec. 2ª de 30-07-2013, asunto Polidario c. Suiza, nº 33169/10, apdo. 63-78. El TEDH ha recordado que el respeto efectivo de la vida familiar implica que las relaciones futuras entre padres e hijos se arreglen sobre la única base del conjunto de elementos pertinentes y que el transcurso del tiempo sin contacto entre progenitor e hijo puede tener consecuencias irremediables para su relación. Sin embargo, en la STEDH, Sala de 19-02-1996, asunto Gül c. Suiza, nº 23218/94, apdo. 28-43, el TEDH estimó que la vida en común no es una condición indispensable para la vida familiar entre los padres y los hijos menores, por lo que la denegación a un matrimonio que vive en Suiza de manera legal residencia por razones humanitarias, pero sin permiso de residencia permanente, la denegación de la reagrupación familiar de un hijo menor, que ha vivido siempre en Turquía y que ha crecido en ese entorno cultural y lingüístico, no vulnera el art. 8 citado. En la STEDH, Sala de 28-11-1996, asunto Ahmut c. Países Bajos, nº 21702/93, apdo. 59-73, ratificando la sentencia anterior, insiste que el art. 8 no garantiza el derecho a elegir el medio más apropiado para desarrollar una vida familiar; ratificando a su vez el principio de margen de apreciación de los Estados respecto a la materia de inmigratoria.

³⁷⁴ TEDH, Sec. 3ª, asunto G.V.A. c. España, nº 35765/14. En lo que aquí nos interesa en relación con art. 8 CEDH, vulneración del mismo, atendiendo a las circunstancias del caso de no convivencia del menor con sus padres al encontrarse en prisión. No correspondencia de la interpretación de la vida familiar y privada dada por el TEDH y el criterio del TC español. Previamente STC, Sala 2ª, nº 186/13, de 4-11-2013, BOE nº 290 de 4-12-2013, señala que en los casos de expulsiones decretadas en aplicación del art. 57.2 LO 4/00 *“han de valorarse las circunstancias del caso concreto para ver si la expulsión y el sacrificio que conlleva para la convivencia familiar es proporcional al fin que dicha medida persigue: asegurar el orden público y la seguridad ciudadana.”* En el propio FJ 7 el TC expone que el derecho a la vida familiar derivado de

superior del menor y aquellos hijos mayores de edad³⁷⁵, en particular la gravedad de dificultades de que los hijos de los solicitantes/demandante son susceptibles de encontrar en el país al cual la persona interesada tiene que ser expulsada³⁷⁶; ix) gravedad de las dificultades que el cónyuge probablemente encontrará en el país de origen del otro cónyuge, aunque el mero hecho de que una persona deba enfrentarse a ciertas dificultades al acompañar a su cónyuge no puede en sí mismo excluir la expulsión, entre otros³⁷⁷.

En lo que respecta concretamente a la efectividad, relación, dependencia y lazos afectivos con los hijos, el TEDH ha trazado una línea interpretativa cuyos elementos identificadores son: a) definición del alcance de la obligación por parte de un Estado de admitir en su territorio a los padres de inmigrantes depende de la situación de los interesados y del interés general; b) según un principio de derecho internacional, los Estados tienen el derecho, sin perjuicio de los compromisos que se derivan para ellos de los tratados, a controlar la entrada de nacionales en su territorio, c) en materia de inmigración, el art. 8 no podría interpretarse como una imposición a un Estado de la obligación general de respetar la elección, por parejas casadas, de su residencia común y de permitir el reagrupamiento familiar de sus hijos en su territorio.

Sin embargo, a partir de la STEDH de 21-12-2001, asunto Sen c. Países Bajos³⁷⁸, cambia en su manera de interpretar al respecto y resume en ese entonces su jurisprudencia sobre la efectividad de las relaciones paterno filiar, señalando: i) determinación del tiempo de residencia de los progenitores en el Estado parte y si dicha residencia es legal, ii) determinación del tiempo de residencia de los menores en el Estado parte o si vivieron siempre en el Estado parte, iii) si los menores nacieron en el territorio del Estado parte, iv) escolarización de los menores en el Estado parte o en el Estado de origen, vi) vínculo de los menores con el país de origen de sus progenitores. Medio más adecuado para el desarrollo de una vida familiar.

Se ha citado como puntos de inflexión dentro de la jurisprudencia del TEDH, las sentencias Üner c. Países Bajos, GS de 18-10-2006 y Jeunesse c. Países Bajos, GS, de

los arts. 8.1 CEDH y 7 CDFUE no son una de las dimensiones comprendidas en el derecho a la intimidad familiar *ex art.* 18.1 CE, sino que ha de ser interpretado en relación con el art. 10.1 y 39.1-4, cuya efectividad, de acuerdo con el art. 53.1 (todos CE), no puede exigirse a través del recurso de amparo. Con similares argumentos y circunstancias anteriormente STC, Pleno, nº 60/10, de 7-10-2010, BOE nº 262 de 29-10-2010 FJ 8-a), previamente STC, Sala 2ª, nº 231/98, de 1-12-1998, BOE nº 312 de 30-12-1998, FJ 3, la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario —según las pautas de nuestra cultura— para mantener una calidad mínima de la vida humana, ámbito que igualmente alcanza a determinados aspectos de la vida de las personas con las que se guarde una estrecha vinculación familiar no afectan directamente a este derecho fundamental. La sistemática interpretativa del TC respecto al art. 18.1 CE, está basada en la reagrupación familiar de extranjeros, haciéndola extensiva a la expulsión del art. 57.2 LO 4/00, en este sentido el art. 18 en lo que aquí nos ocupa, ha de ser interpretado en su afeción al libre desarrollo de la personalidad art. 10.1 CE en relación con art. 39.1-4 CE, por tanto, no puede ser invocado a través del recurso de amparo (art. 53.1 CE).

³⁷⁵ STEDH, Sec. 4ª de 17-02-2009, Onur c. Reino Unido, nº 27319/2007 apdo. 44, 45 y 54-63, remitiendo a Üner c. Países Bajos, apdo. 57 y 58.

³⁷⁶ STEDH, Sec. 4ª de 24-11-2009, asunto Omojudi c. Reino Unido, nº 1820/08, apdo. 44-46, remitiendo a Üner c. Países Bajos, apdo. 57 y 58.

³⁷⁷ STEDH, Sec. 1ª de 11-07-2002, asunto Amrollahi c. Dinamarca, nº 56811/00 apdo. 36-43.

³⁷⁸ STEDH, Sec. 1ª de 21-12-2001, asunto Sen c. Países Bajos, nº 31465/96. Interpretación del art. 8 CEDH respecto a las relaciones paterno filiales, "interferencia" en el ejercicio de los solicitantes de su derecho al respeto de su "vida familiar" o, de lo contrario, la supuesta falla del Estado demandado de cumplimiento de sus obligaciones positivas al respecto, apdo. 29-42.

03-10-2014. Las mismas realizan una combinación y sistematización de la interpretación del art. 8 CEDH³⁷⁹ en todos los aspectos antes referenciados, que van desde la comisión de delito, la reagrupación familiar, margen de apreciación, obligaciones positivas, relaciones paterno filiales e interés superior del menor, todo ello, ante situaciones y supuestos de ciudadanos de terceros Estados, que por diversos factores y circunstancias se encuentran como “*emigrantes establecidos*”, o en situaciones de estancias prolongadas en el tiempo, bajo situaciones administrativas de irregularidad en el Estado parte, pretendiendo ser expulsados. Analizan a su vez la legislación migratoria de la UE y su relación con el Convenio, señalando el TEDH, que no es competente para examinar las presuntas violaciones de las normas de la UE, a menos y en la medida en que puedan, haber infringido los derechos y libertades fundamentales protegidos por el Convenio. Recalca el Tribunal, que de manera general les corresponde principalmente a las autoridades nacionales, especialmente a los tribunales nacionales, interpretar y aplicar su legislación nacional, y determinar si está en correspondencia o no y de conformidad con la legislación de la UE en el área en estudio. El papel del TEDH, se limita a determinar si los efectos de dicha legislación de la UE y su aplicación son compatibles con el Convenio, concretamente en lo que aquí nos ocupa, el derecho al respeto a la vida familiar y privada, es decir, si dicha legislación europea y luego la nacional, no se conviertan en un obstáculo de apreciación de los requisitos de la vida familiar y privada, de ser así sería una causa de injerencia sobre dichos derechos que repercuta sobre la concesión o no de una autorización de residencia.

Lo expuesto en párrafos anteriores no es más que una muestra del complejo entramado del constitucionalismo, diálogo o tutela multinivel, no es más que el balance interpretativo de la equivalencia que tienen los derechos nacionales, los derechos del CEDH, de la CDFUE y de los Tratados y Convenciones Internacionales. Ello se refleja con mayor enrevesamiento, cuando como he citado el TEDH señala que no es competente en principio para revisar los actos de las Altas Partes contratantes del Convenio cuando aplican el DUE. Esto nos conduce a que la UE no es miembro del sistema del Convenio, pero sí todos sus EM de forma individual, (cuestión similar con la CIPDTMF). Por tanto, nos remite teóricamente a la solución de la protección equivalente en el ámbito de la propia UE, o a la existencia de pronunciamientos previos por parte del TEDH al respecto³⁸⁰.

He mencionado *supra* las obligaciones positivas de los Estados. Atendiendo a ello, el Tribunal también ha trazado los requisitos interpretativos respecto a las mismas en cuanto al derecho a la vida familiar y privada, interés superior del menor y su relación con la concesión de las autorizaciones de residencia o expulsiones, en los supuestos de emigrantes establecidos. Dichos requisitos a tener en cuenta, partiendo de la situación *sine qua non*, de emigrantes establecidos son: i) ratifica que los Estados tienen el derecho sin perjuicio de sus obligaciones en virtud de los Tratados, de controlar la entrada y la

³⁷⁹ Arzoz Santisteban, X., (2015). “Derecho al respeto a la vida privada y familiar”, en I. Lasagabaster Herrarte. (Dir.). *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*. (3ª. Ed., pp. 338-438). Pamplona: Civitas. Arrese Iriondo, M. N., (2011). “El derecho a la reagrupación familiar de las personas extranjeras”. UPV-EHU, Bilbao. De la misma autora, (2010). “El derecho a la reagrupación familiar tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 2/2009”, *RVAP*, (nº 87- 88), pp. 79-107.

³⁸⁰ Vid. notas 131 y 257. Un reflejo de la complejidad descrita y de la asimilación por los órganos jurisdiccionales ordinarios del diálogo multinivel es STS Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 1472/20 de 10-11-2020, Rec. 3160/19 FD 5-7.

residencia de los no nacionales en su territorio. A su vez los Estados contratantes tienen el derecho a exigir a los no nacionales que soliciten el derecho a residir en su territorio a través de los mecanismos legales establecidos en las legislaciones nacionales y en correspondencia con la solicitud o pretensión en sí, los requisitos que consideren necesarios, mientras no contravengan el contenido del art. 8 CEDH. En igual sentido, los Estados contratantes no tienen la obligación de permitir a los extranjeros esperar en su territorio el resultado de los procedimientos de inmigración., ii) dicho esto, en un caso en que se involucre, tanto la vida familiar, como la inmigración, el alcance de la obligación del Estado contratante de admitir a familiares de las personas que residen en él, varía según las circunstancias particulares de las personas afectadas y del interés general, iii) determinación de la afección a la vida familiar y privada, iv) determinación de la diferenciación, entre la situación de un “*inmigrante establecido*” y la de un extranjero que busca ser admitido por vez primera en el territorio nacional. Existe tanto una diferencia de hecho, como de derecho. Se ha de partir, en el caso de un “*inmigrante establecido*”, del tiempo previo de residencia legal del ciudadano en el Estado parte y las relaciones de este con aquel en dicho periodo. A su vez se tendrá que determinar los diferentes factores y circunstancias que hicieron que dicho ciudadano pasara a constituir un “*emigrante establecido*”, (no renovación de la residencia, por antecedentes penales, deuda con seguridad social, etc. y las consecuencias de las obligaciones adquiridas por el Estado). La tolerancia de la presencia en su territorio de un “*emigrante establecido*”, da la posibilidad de esperar nuevamente a la decisión sobre una nueva solicitud del permiso de residencia, lo que le permite a su vez continuar participando en la vida económica, social, cultural del país en el que se encuentra, establecer relaciones (vida privada), y fundar una familia, (vida familiar). Aunque esa tolerancia no significa una concesión “automática” de la residencia, si ha de ser elementos integrantes a tener en cuenta en el análisis proporcional, v) en el supuesto del ciudadano extranjero, en situación de estancia administrativa irregular, permite, en primer lugar, ir creando esa vida privada, (arraigo social, laboral) y la posibilidad de crear una vida familiar, (arraigo familiar). En igual sentido que el anterior, ese margen de tolerancia, permite que en su momento se determine el nivel de injerencia sobre el art. 8, de procederse a la denegación de la solicitud; vi) determinación de las relaciones maritales, o de parejas de hecho, o de parejas estables y singulares, con ciudadanos de los Estados contratantes o de terceros Estados, y las obligaciones adquiridas por los mismos respecto a aquellas, comprobación si la vida familiar, se creó con conocimiento de que en ese momento entre las personas involucradas, conocían de que la situación de uno de ellos con respecto a las leyes de inmigración era negativa, lo cual generaría una situación de mala fe o matrimonio de conveniencia; vii) determinación de la existencia de menores de edad, definición de la edad de los mismos, así como, si dichos menores tienen nacionalidad del Estado contratante, prevalencia del interés superior del menor, escolarización y las obligaciones de los Estados respecto a los mismos en cuanto a la situación administrativa del progenitor, su situación regular o irregular, poder o no desempeñar actividades laborales, sociales y económicas para la subsistencia del menor. Por lo que la determinación del grado de dependencia o de subsistencia del menor ciudadano del Estado parte se hace muy compleja. La denegación a un nacional de un tercer Estado de una autorización de trabajo y residencia, bajo las circunstancias anteriores, privarían a los menores del disfrute

efectivo de la mayoría de los derechos asociados a su *status*³⁸¹. En todo caso se ha de tener en cuenta la CDN. Dicho interés superior del menor, por sí solo no es determinante, pero no obstante a ello se le debe dar un peso significativo.

Como señala el TEDH, todos estos factores, o requisitos han de ser tenidos en cuenta, por los órganos jurisdiccionales nacionales³⁸² con un enfoque integral de interpretación, no necesariamente acumulativos, entendiéndose por lo tanto, que los mismos pueden influir directamente *prima facie* en la adopción de una medida cautelar, por estar estrechamente relacionados con cualquiera de los presupuestos de las medidas, así como con el tipo de medida, ya sea una medida cautelar de suspensión de un acto de gravamen o incluso con la adopción de medidas cautelares positivas en los supuestos denominados emigrantes establecidos.

Se puede concluir parcialmente que respecto a este art. 8 CEDH, coincidiendo con GARCÍA VÁZQUEZ, que en suma, la labor jurisprudencial e interpretativa del TEDH al respecto no ha sido uniforme, con poca utilización y sistematicidad de principios generales³⁸³, lo cual ha generado varios estándares de interpretación sometidos a varios

³⁸¹ STJUE, Sala 1ª de 2-10-2019, asunto Ermira Bajratari c. Reino Unido, C-93/18, interpretación Directiva 2004/38/CE, ciudadanos UE y sus familiares, art. 7-1-b) recursos económicos de progenitor en situación irregular.

³⁸² Sin embargo, a pesar de la sugerencia realizada por el TEDH a los órganos jurisdiccionales nacionales de la utilización de esta doctrina interpretativa como un control de convencionalidad democrático y medidor de dicho estándar de Estado democrático y de derecho, no siempre la misma es recepcionada en dicha forma por los órganos jurisdiccionales nacionales, no interpretando dichos criterios al alza, sino que atendiendo a su margen de apreciación, realizan interpretaciones a la baja. Muestra de ello es (p. ej.), la doctrina establecida por el TSJCV Sala (Contencioso). Sec. 5ª, en cuanto a la interpretación de antecedentes penales, amenaza grave y actual para el orden público, arraigo familiar, matrimonio con CUE, determinación de la convivencia familiar real y efectiva, tiempo del matrimonio y convivencia, así como la existencia de hijos comunes de dicho matrimonio. Al respecto, mantiene una interpretación restrictiva, tanto para el régimen general, (solicitudes iniciales y expulsiones), así como para solicitudes de TFCUE y expulsiones de ciudadanos UE y de sus familiares, señalando que la interpretación de dichos requisitos de forma individualizada permiten a la Sala declarar y cerciorarse de que la medida jurídica que mejor se acomoda al ordenamiento legal aplicable y al criterio que, en interpretación de éste, y sigue la Sala de lo (Contencioso) del TSJCV es la de carencia del derecho al logro de una regularización administrativa, ya sea del régimen general propiamente dicho o al régimen de la UE. Señala la doctrina de dicha Sección que se ha de analizar los delitos cometidos y los bienes jurídicos que atacan lo cual ponen en cuestión y peligro los principios sobre los que se asientan la convivencia ciudadana de seguridad y respeto a los derechos de los demás en cuanto a la salud, integridad física y propiedades que les pertenecen. Por otra parte, en cuanto al arraigo familiar, señala que tampoco se puede admitir el arraigo familiar aducido en determinados supuestos, teniendo que observarse, desde el momento y el tiempo de cumplimiento de la condena en prisión, ya que ello dificulta la convivencia con su pareja e hijos, repercutiendo a su vez en el cumplimiento de las obligaciones paterno-filiales; determinación del periodo de tiempo o plazo entre el matrimonio, la expulsión y la condena. Es decir, determinación: i) del espacio temporal que medie entre la/s condena/s precedente/s de la jurisdicción penal y la resolución administrativa, ii) carácter que presenta el/los delitos/s que han dado lugar a la inclusión de la solicitud dentro de las lindes del art. 57.2 LO 4/00 y el art. 15.1.b) R.D. 240/2007; iii) medida de castigo impuesta por la jurisdicción penal. En este sentido las SSTJCV Sala (Contencioso) Sec. 5ª, nº 232/19 de 23-03-2019, Rec. 881/17; nº 291/19 de 11-04-2019, Rec. 388/17; nº 790/15 de 18-09-2015, Rec. 656/13; nº 857/11, de 26-10-2011, Rec. 716/10; nº 559/11 de 6-07-2011, Rec. 659/10; nº 97/11 de 2-02-2011, Rec. 119/10. Téngase en cuenta que respecto a las dos primeras sentencias citadas del año 2019, al momento de su votación y fallo, ya era de conocimiento la condena al Reino de España por el TEDH en su STEDH, Sec. 3ª asunto Saber y Boughassal c. España.

³⁸³ García Vázquez, S., (2015). “El Derecho Constitucional a la protección de la intimidad familiar. La impronta garantista de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *AFDUC*. (nº 19), pp. 261-281.

requisitos o *test* para su medición, entre ellos, i) que dicho artículo no es un derecho a la reagrupación familiar, ii) de acuerdo con la situación social, económica, estancia, tiempo, integración de la familia en el Estado de acogida la protección de la familia, puede tener varias aristas, a) respecto a la expulsión, devolución, b) reagrupación familiar, iii) de acuerdo con la familia el contenido del derecho a la vida privada y familiar también influirá y determinará la expulsión, devolución y en su caso la reagrupación familiar. Agregando a ello la ponderación de los requisitos de orden público, interés general, margen de apreciación, obligaciones positivas, emigrantes establecidos e interés superior del menor son en su integralidad requisitos a tener en cuenta, totalmente aceptados y que conforman los presupuestos de las medidas cautelares por lo que han de ser apreciados, tanto al momento de las solicitudes como en la adopción de las medidas cautelares. Debiéndose determinar por las autoridades administrativas y los Tribunales si la injerencia está justificada en virtud del art. 8-2 CEDH.

2-3-2-f)- El art. 13 recurso efectivo, suspensivo, suspensivo automático.

El art. 13 CEDH derecho a un recurso efectivo es un derecho nuclear al objeto de la presente investigación. El mismo tiene estrecha relación con el citado art. 6 CEDH, así como con el art. 47 CDFUE y el arts. 10.2 y 24, ambos CE. Su alcance ha de ser visto desde el ángulo de su repercusión al derecho interno de las Altas Partes contratantes, partiendo de su naturaleza subsidiaria³⁸⁴, así como su proyección a que las mismas deban garantizar la disponibilidad de vías de recursos efectivos³⁸⁵ (celeridad o rapidez³⁸⁶

³⁸⁴ STEDH, Sec. 2ª de 10-03-2015, asunto Varga y otros c Hungría, nº 14097/12, apdo. 44-46, recoge con nitidez la interpretación del art. 35 y el agotamiento de los recursos internos.

³⁸⁵ Juan-Sánchez, R., (2020). *Proceso justo en España...*, op. cit., p. 80-83, 105-111. Bellido Penadés, R., (2019). “El derecho de acceso al recurso no penal en el proceso español...”, op. cit., p. 137 y 165. De Lucchi López-Tapia, Y., (2017). “Derecho al efectivo (artículo 13)”, en C. Monereo Atienza & J. L. Monereo Pérez. (Dir/Coords.). *La garantía multinivel de los Derechos Fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea. (Parte I. Convenio Europeo de Derechos Humanos. Derechos en el texto*, pp. 161-176). Granada: Comares. San Martín Ontoria, A. B., (2016). “Derecho a un recurso efectivo y con efecto de suspensión automática en el ámbito del TEDH”, en A. Pastor Palomar. *Temas relevantes de Derecho Internacional Público ante la jurisdicción contencioso-administrativa*, (pp. 87-96). Madrid: Ministerio de Justicia. Arrese Iriondo, M. N., (2015). “Artículo 13. Derecho a un recurso...”, op. cit., pp. 717-757. Casadevall, J., (2012). *El Convenio Europeo de Derechos Humanos...*, op. cit., pp. 393-399. Carmona Cuenca, E., (2014). “El derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional. Problemas interpretativos (art. 13 CEDH)”, en P. Santolaya Machetti & F. J. García Roca. (Coords.). *La Europa de los Derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*. (3ª Ed., pp. 565-586). Madrid: CEPC.

³⁸⁶ En cuanto a la celeridad o rapidez el TEDH ha señalado que debe ser interpretado desde dos vertientes, i) referida a la excesiva duración que puede convertirlo en inadecuado, ineficaz (SSTEDH, Sec. 3ª de 22-04-2014, asunto A.C y Otros C. España, nº 6528/11, apdo. 89-94, remite a la Sentencia Čonka apdo. 82 en relación con los requisitos del art. 34-35 CEDH; Sec. 5ª de 02-02-2012, asunto I.M c. Francia nº 9152/09, apdo. 147; Sec. 3ª, asunto K.A.B. c. España, nº 59819/08, apdo. 88-117; Sec. 3ª de 31-07-2003, asunto Doran c. Irlanda, nº 50389/99, apdo. 57), y ii), que la excesiva celeridad o rapidez vulnere otras garantías del debido proceso, igualdad de parte, contradicción, entre otras. Al respecto nuestro TC sentencias Sala 1ª, nº 24/81, de 14-07-1981, BOE nº 172 de 20-07-1981, Sala 2ª, nº 324/94, de 1-12-1994, BOE nº 310 de 28-12-1994, FJ 3, donde ha declarado, que el proceso no puede entenderse desligado del tiempo durante el que se tramita. Fundamenta y relaciona la celeridad con el art. 24.2 CE, con el art. 14.3 c) PIDCP, y con el propio art. 6.1 CEDH. Proscribe las dilaciones indebidas en todo proceso público, los procedimientos deben tramitarse en un plazo razonable, distinguiendo en correspondencia con el TEDH que celeridad no puede atentar contra las garantías de las partes, pues tan perjudicial es que un proceso experimente retrasos injustificados como que se desarrolle precipitadamente con menoscabo de las garantías individuales.

calidad, y efecto suspensivo³⁸⁷) y eficaces (requisitos de accesibilidad real³⁸⁸, no meramente formal, disponibilidad especialmente en el sentido de que su ejercicio no debe ser obstaculizado de manera arbitraria, tanto por actos como por omisiones de las autoridades estatales³⁸⁹). Ello para hacer a su vez efectivo los derechos y libertades protegidos por el Convenio, ya sea ante órganos jurisdiccionales propiamente dicho (tribunales de justicia), o órganos funcionales de control independientes con los atributos del art. 6.1 antes citado.

La configuración por los Estados parte está dotada de discrecionalidad, margen de apreciación³⁹⁰, no hay una forma particular del recurso que alcance a todos los modelos de justicia de la región, sino que el recurso ha de ser efectivo y eficaz, dictado por una autoridad, independiente y neutral. No obstante, como veremos *infra* dicho margen de apreciación se ve influenciado e incluso determinado por la propia interpretación del

³⁸⁷ En cuanto al efecto suspensivo y efecto suspensivo automático el TEDH ha manifestado que el mismo es requerido en los casos en los que la ejecución de la medida pueda derivar en un riesgo potencialmente irreversible, asociándose el mismo a supuestos relacionaos con el art. 3 CEDH. En este sentido existen otras circunstancias que son meritorias de dicha clasificación y no son tenidas en cuenta (aspectos que analizaremos más adelante). La irreversibilidad del daño continúa siendo en nuestros días un aspecto complejo de determinar y medir, (STEDH, Sec. 3ª asunto A.C y Otros C. España, apdo. 103; GS asunto Souza Ribeiro c. Francia, apdo. 82). En los aspectos señalados se ha de tener en cuenta la importante STEDH, GS de 23-02-2012, asunto Hirsi Jamaa y otros c. Italia nº 27765/09, apdo. 200, recurso efectivo, tanto en la práctica, como en la ley, (así como las SSTEDH, GS de 21-01-2011, M.S.S. c. Bélgica y Grecia, nº 30696/09, apdo. 388; Sec. 2ª de 26-4-2007, asunto Gebremedhin c. Francia nº 25389/05, apdo. 53-67; Sec. 4ª de 11-07-2000, asunto Jabari c. Turquía, nº 40035/98, apdo. 48-50; GS, de 26-10-2000, asunto Kudla c. Polonia nº 30210/96, apdo. 152). STEDH, Sec. 1ª asunto A.Y. c. Grecia, violación del art. 3 y 13 CEDH, debido a la falta de recurso interno para hacer frente a esta vulneración Generalmente como he señalado el TEDH asocia ese riesgo potencialmente irreversible a los arts. 2-3 CEDH, señalando que dichos derechos son unos de los más importantes del CEDH y por ende no pueden ser considerados como unos elementos de carácter subsidiario. Efecto contrario, con él ya analizado art. 8.

³⁸⁸ Respecto a la eficacia y accesibilidad real el TEDH señala que ello no es más que la verdadera exigencia de accesibilidad y de realidad del recurso, sin trabas, ni formalismos. El recurso debe estar disponible, tanto en el derecho, como en la práctica, en ese sentido su ejercicio no debe ser obstaculizado de forma injustificada por los actos u omisiones de las autoridades del Estados parte. Al respecto: SSTEDH, GS de 8-07-1999, asunto Çakici c. Turquía, nº 23657/94, apdo. 112; GS, asunto Kudła c. Polonia, apdo. 132, 146-160; Sec. 4ª de 27-06-2006, asunto Saygill y Seyman c. Turquía nº 51041/99; GS M.S.S. c. Bélgica y Grecia, apdo. 290 y 318; Sec. 3ª asunto A.C y Otros c. España, apdo. 81-89, 94-95; Sec. 3ª de 1-03-2016, Affaire Kholmurodov c. Rusia, nº 58923/14, apdo. 58-62. En este sentido, como se expondrá parte tercera, en nuestro derecho interno estas trabas y formalismos los podemos ver, (p. ej.), en la accesibilidad del art. 135 LJCA por razones de competencia jurisdiccional o razones de competencia territorial art. 7 y 14 LJCA; no ser recurrible la resolución judicial (auto) por no ser definitivo (art. 135.1-b) pudiéndose ejecutar el acto administrativo; no realización comparecencia posterior del art. 135.1-a), todos LJCA; posibles vicios de imparcialidad relacionada con actuaciones previas del juzgador o de la denominada “contaminación” del juzgador, en este caso del juzgado de instrucción de guardia cuando autoriza el internamiento en CIE y luego puede ser el mismo juzgado que conoce de una solicitud de medida cautelarísima del art. 135 LJCA, incluso el propio juzgado de lo contencioso administrativo cuando realiza actuaciones previas ante el propio art. 135 LJCA y luego realiza la comparecencia o tiene que dar paso procesal al art. 131 de la propia ley; o en lo relativo a los MENAS su repatriación determinación de la edad y la designación de defensor judicial; en los supuestos de los extranjeros internos o privados de libertad y la necesidad de la existencia de un recurso suspensivo automático previo.

³⁸⁹ SSTEDH, Sec. 5ª, asunto I. M c. Francia, apdo. 128-130; GS M.S.S. c. Bélgica y Grecia, apdo. 288-290; Sec. 3ª de 5-02-2002, asunto Conka c. Bélgica, nº 51564/99, apdo. 75-79; GS asunto Çakici c. Turquía, apdo. 112; GS, asunto Kudła c. Polonia, apdo. 157; Sec. 3ª de 11-01-2007, asunto Salah Sheekh, c. Países Bajos, nº 1948/04, apdo. 153.

³⁹⁰ STEDH, Sec. 3ª asunto A.C y Otros c. España, apdo. 82-88, y toda la jurisprudencia allí citada.

TEDH. No debe ser un recurso de control jerárquico, (p. ej.),alzada o reposición (en este sentido art. 112.2 LPACAP, objeto y clases de recursos). Es la regla de la “efectividad”, la que hace que la finalidad legítima del recurso sea verdaderamente eficaz, que lo resuelto por el recurso sea cumplido³⁹¹, lo que nos permitirá sostener más adelante (tercera parte, capítulo V ejecutividad de la medida cautelar). La necesidad de que los recursos existentes en la presente disciplina respecto a la solicitud de medidas cautelares gocen de las reglas o requisitos generales antes expuestos, harían que su eficacia y efectividad fuera más garantista, no viendo solo dicho recurso como la garantía de la finalidad del recurso o sentencia, la evitación de su frustración, sino además como garantías de celeridad, rapidez, efecto suspensivo, previsibilidad o cualquier otro tipo de medida, accesibilidad real, no meramente formal.

El recurso requerido por el art. 13 debe ser “*efectivo*”, tanto en la práctica como en la ley, con independencia de la forma en que los derechos y libertades se encuentren regulados en la legislación interna. Esta disposición tiene el efecto de exigir un recurso interno habilitado para examinar el contenido de una “*demanda discutible*”, un “*agravio defendible*” y ofrecer la solución apropiada o proporcionar una compensación adecuada³⁹². El carácter “*suspensivo*” responde a aquel recurso efectivo contra la suspensión de un acto. Al ser dicho derecho, un derecho procesal siempre estará en relación con derechos de carácter sustantivo, teniendo autonomía por sí mismo³⁹³, no siendo necesario que se consuma la violación del otro derecho en cuestión.

Lo dicho hasta el presente me permite compartir y ampliar la opinión de SOLER GARCÍA, respecto a que el art. 13 CEDH cumple con una doble función dinámica³⁹⁴, por un lado, desde el punto de vista procesal, llevar por vías concretas la eficacia de los demás derechos reconocidos por el CEDH, por otro lado, obligar a las Altas Partes contratantes cada día a tener más presentes la necesidad de la eficacia de la protección nacional de los derechos del CEDH y a su vez de sus propios derechos fundamentales, es decir, mayor efectividad de los derechos internos. A esto último agrego, dicha efectividad debe ir al alza, más allá de los mínimos que señala la Convención e incluso el propio efecto suspensivo de su art. 13, en cuál, también su efectividad está limitada en dependencia o determinada por la categorización del derecho concreto de la Convención que sea objeto de la denuncia o queja en cuestión. Su muestra más elocuente son los arts. 2-3, en comparación con art. 8 todos del CEDH).

³⁹¹ Teso Gamella, M. P., (2007). *Medidas Cautelares en la Justicia Administrativa*, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 64.

³⁹² STEDH, Sec. 2ª de 1-9-2015, asunto Khlaifia y Otros contra Italia, nº 16483/12, apdo. 166-173; GS de 16-07-2014, asunto Ališić y otros c. Bosnia y Herzegovina, Croacia, Serbia, Eslovenia y la antigua República Yugoslava de Macedonia, nº 60642/08, apdo. 131; Sec. 3ª de 22-04-2014, A.C. y otros c. España, asunto nº 6528/11, apdo. 82; GS, asunto El-Masri.

³⁹³ Matia Portilla, F. J., (2018). “Examen de las Sentencias del Tribunal de Estrasburgo que afectan al Reino de España”. *Teoría y Realidad Constitucional*. (nº 42), UNED, pp. 273-310. En similares términos el mismo autor, Matia Portilla, F. J., (2018). “España”, en F. J. Matia Portilla & I. Álvarez Rodríguez, *Informes nacionales europeos sobre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Alemania, España, Francia, Italia y Polonia*. Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 57-59. STEDH, Sec. 3ª de 17-03-2005, Bubbins c Reino Unido, nº 50196/99, apdo. 170, pese a esta dependencia, se trata de un derecho autónomo.

³⁹⁴ Soler García, C., (2019). *Los límites a la expulsión de extranjeros...*, op. cit., pp. 428-456. En este caso la profesora Soler García, refiere que el art. 13 CEDH impulsa la eficacia de los demás derechos reconocidos por el CEDH y estimula la eficacia de la protección nacional respecto del CEDH, entendiendo que el margen de apreciación de los Estados se ha de adecuar en sus acciones a la obligación que subyace del art. 13 del Convenio. (pp. 455-456).

La “*autoridad*” a que se refiere esta disposición no tiene que ser necesariamente una autoridad judicial, por lo que puede ser una autoridad administrativa independiente³⁹⁵ de la Administración controlada, donde sus poderes y garantías que otorgue sean pertinentes, imparciales, para determinar si el recurso es efectivo y puede ser suspensivo en su caso. Es decir, aquellos órganos de control que no estén conformando el Poder Judicial, sino órganos de control independientes de la Administración controlada³⁹⁶. Independientemente de ello el TEDH también ha señalado al respecto que si el recurso es ante autoridad judicial (Poder Judicial), la misma también debe tener en cuenta su independencia y garantías procesales³⁹⁷, las mismas han de ser pertinentes, efectivas y eficaces³⁹⁸ para determinar si el recurso es efectivo y eficaz en cuanto a su suspensión y luego ejecución de dicha medida³⁹⁹. En la disciplina en estudio no existe autoridad administrativa independiente, sino lo que existe es una autoridad jerárquica superior. Generalmente serían los Delegados o Subdelegados del Gobierno, dicha autoridad administrativa jerárquica superior encargada de resolver los recursos potestativos de reposición y alzada en su caso, y los Ministros (o autoridades con responsabilidad delegada), para resolver los recursos de alzada. En todo caso, con independencia de cuestionar los poderes y garantías de dichas autoridades administrativas controladoras del acto, respecto a determinar el carácter suspensivo de los recursos o adopción de cualquier otra medida cautelar solicitada, lo cierto es que rara vez son acogidos a lugar dichos recursos y mucho menos que se otorguen medidas cautelares suspensivas o positivas o de cualquier otro orden.

A su vez de la propia jurisprudencia antes citada, se observa otra limitación del derecho a un recurso efectivo y eficaz, con efectos suspensivos en el ámbito en estudio, la misma es la referida a la aplicación mayoritaria del artículo en cuestión a los temas de procedimientos sancionadores, expulsión, devoluciones, protección internacional. Sin embargo, más allá de los supuestos citados existen otras situaciones y circunstancias que también hacen necesario y meritorio de la eficacia y efectividad del recurso suspensivo. Como bien señala el propio TEDH este derecho ha de verse en el contexto en el que opera, así como las circunstancias concretas del recurrente. Atendiendo a lo anterior en la especialidad existen otros actos de gravamen (extinciones de permisos, entre otros), que se requieren de la garantía de un recurso efectivo eficaz y suspensivo. En igual sentido el art. 13 del CEDH se ha desarrollado por la propia jurisprudencia del TEDH, el cual de manera cierta, en lo que aquí nos ocupa, ha expuesto como se materializa el art. 39 del

³⁹⁵ SSTEDH, Sala de 26-03-1987, asunto Leander c. Suecia, nº 9248/1981, apdo. 77 y 81 a 83; Sec. 3ª, de 12-05-2000, asunto Khan c. Reino Unido, nº 35394/97, apdo. 44 a 47; GS, de 04-05-2000, asunto Rotaru c. Rumania nº 28341/95, apdo. 69.

³⁹⁶ Agudo González, J., (2018). *La función administrativa de control. Una teoría del control orientada a la configuración de un sistema de justicia administrativa*, Cizur Menor (Navarra), Civitas-Thomson Reuters, pp. 578-592.

³⁹⁷ STEDH, Pleno de 6-09-1978, asunto Klass y otros, c. Alemania, nº 5029/1971, apdo. 67.

³⁹⁸ STEDH, GS de 8-07-1999, asunto Cakici c. Turquía nº 23657/94, apdo. 112.

³⁹⁹ En este sentido, como desarrollaré *infra* y en la tercera parte de la presente investigación, se han de tener en cuenta los obstáculos que se presentan para la solicitud de medidas cautelares ante los juzgados de instrucción, así como, la falta de mecanismos materiales de control una vez adoptada la medida y el justiciable se encuentra en áreas de embarque de la zona internacional del aeropuerto o incluso en el propio avión, pues la medida se hace ineficaz, al ejecutarse el acto administrativo, siendo no ejecutiva la medida cautelar en los términos que señala el art. 134.1 LJCA. Un ejemplo ilustrativo es el asunto Souza Ribeiro c. Francia, del TEDH, nº 22689/07, apdo. 92-96.

Reglamento del Tribunal respecto de las medidas cautelares. Se constata en dicha jurisprudencia que lo realiza de forma eficaz, rápida, sin formalismo, ni tan siquiera dictando una resolución motivada, lo cual hace, por un lado, verdaderamente eficaz y efectivo el recurso, ello en cuanto a la rapidez, pero por otro lado, genera la inseguridad jurídica, en relación a las motivaciones, así como lo relativo a los presupuestos de las medidas cautelares. Esto último se convierte en cierta forma en otra limitación de carácter dogmático jurídica, la cual influye y determina en el margen de apreciación del Estado parte, a partir del propio diálogo entre tribunales, los que pueden reducir al mínimo la necesidad de motivación de sus resoluciones.

En sentido general la naturaleza jurídica del art. 13 trasmite un examen riguroso, independiente⁴⁰⁰, imparcial, neutral y suficientemente diferenciado de la Administración controladora del asunto concreto, debiendo tener como resultado una justicia preventiva y reparadora, junto a la existencia de una jurisprudencia nacional que no sea adversa, cuestión que como se constatará en nuestra especialidad, si lo es, siendo una jurisprudencia por su generalidad restrictiva y adversa en cuanto a la efectividad del recurso cautelar. Resulta constatado que el Reino de España ha sido condenado por el TEDH respecto del art. 13 respecto de la materia aquí analizada, constituyendo aún un reto pendiente de solución, pues de continuar así se convertirían los recursos internos en ineficaces⁴⁰¹. Como botón de muestra de lo anterior, lo tenemos en aquellas solicitudes de medidas cautelares (art. 135 LJCA), que atendiendo a razones de especial urgencia requieren una intervención eficaz⁴⁰² del orden jurisdiccional, sin embargo, por las razones antes dicha el recurso deja de ser efectivo y eficaz. Otro ejemplo, puede ser lo referido al art. 132.2 “*in fine*” LJCA, no modificación o revocación las medidas cautelares en razón de los distintos avances que se vayan haciendo el proceso, respecto al análisis de las cuestiones formales o de fondo que configuran el debate, y, tampoco, en razón de la modificación de los criterios de valoración del Juez o Tribunal es decir la cláusula “*rebus sic stantibus*” y las restricciones entre el proceso principal y el cautelar no se produce la permeabilidad⁴⁰³ necesaria para que exista esta sintonía entre los avances del principal y su incidencia en el proceso cautelar.

Concretamente en cuanto a la naturaleza jurídica suspensiva automática del art. 13 del Convenio, generalmente ello sucede, como hemos visto, cuando la injerencia se realiza sobre los arts. 2-3 CEDH, no siendo así, cuando se aborda vida privada y familiar, (art. 8 comentado), respecto a este último, la efectividad, no exige que los interesados dispongan

⁴⁰⁰ STEDH, Sec. 3ª de 5-07-2016, asunto A.M. c. Países Bajos, nº 29094/09, apdo. 63-70, el Tribunal ratifica, que entre los requisitos fundamentales del art. 13 respecto a un recurso efectivo son su independencia y que dicho recurso tenga efecto suspensivo. Señalando además que el efecto suspensivo no significa, ni obliga a los Estados contratantes a establecer una segunda instancia de apelación.

⁴⁰¹ Matia Portilla, F. J., (2018). “España...”, op. cit., pp. 57-59, concretamente sobre los retos, respecto a los recursos de suspensión automática y la interpretación de la vida familiar privada. Bea Pérez, E., (2013). *Conversación con Antônio Augusto Cançado Trindade...*, op.cit., p. 19.

⁴⁰² La eficacia no está solo en lo relativo al acceso a la jurisdicción, sino también ha de estar en que no existan trabas, omisiones, complejidad de acceso al propio recurso cautelar en sí mismo. Incluso en determinados momentos procesales a su propia impugnación. Recuérdese que en determinados tipos de medidas interviene el juzgado de instrucción de guardia o el contencioso administrativo propiamente dicho. Tal configuración genera disfunciones que analizaremos indistintamente. STSJA (Sede Málaga), Sala (Contencioso), Sec. 2ª, nº 2472/17 de 4-12-2017, Rec. 1378/17, FD 6; STSJ Madrid, Sala (Contencioso), Sec. 9ª, nº 900/15 de 6-11-2015, Rec. 730/14, FD 3.

⁴⁰³ Teso Gamella, M. P., (2007). *Medidas Cautelares...*, op. cit., p.150.

de un recurso con efectos suspensivos automático. Esto responde fundamentalmente, a lo ya señalado en varias ocasiones, la clasificación de los derechos y libertades fundamentales en su relación con la dignidad.

A su vez el TEDH ha señalado que dentro de un ordenamiento de un Estado contratante donde la suspensión de un acto no es efectiva con la interposición del recurso, sino que se concede bajo solicitud, caso por caso, (como es el sistema español), puede traer como resultado que dicha solicitud inicialmente pueda ser denegada. Sucediendo posteriormente en el asunto principal la estimación del mismo, en tal caso, el recurso ejercido por el interesado no presenta la efectividad requerida por el art. 13 CEDH⁴⁰⁴. Muestra de lo hasta aquí dicho es en nuestro derecho interno la STEDH de 22-04-2014, Sec. 3ª, asunto A.C y Otros c. España, en su apdo. 100, expone que el recurso contencioso administrativo solicitado en unión de suspensión de la ejecución de la medida de expulsión, en base al art. 135 LJCA ante la AN, por sí mismo, no cuenta con las garantías enunciadas inicialmente que exige el art. 13 CEDH, respecto a un recurso efectivo y eficaz que tenga carácter suspensivo automático⁴⁰⁵. Criticando al procedimiento español, en cuanto a la denegación de las solicitudes de medidas cautelarísimas⁴⁰⁶, recalcando la aplicación del art. 39 del Reglamento del Tribunal al respecto, (apdo. 101).

Lo anterior nos permite realizar la siguiente interpretación de nuestro derecho interno en la temática aquí investigada. El art 24.1 CE como se ha dicho prevé la tutela cautelar efectiva, el art. 20 y 21 LO 4/00, así también lo reconocen, (en su caso el art. 29 Ley 12/09 de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria), es decir, el interesado ciertamente dispone de la oportunidad de recurrir, de impugnar o solicitar la suspensión de la resolución administrativa, (expulsión, la denegación de permiso de residencia, extinción, devolución, los supuestos del art. 59 y 59 *Bis* LO 4/00, o cualquier otro acto de gravamen), es decir, caso por caso. Existiendo en el procedimiento administrativo sancionador la posibilidad del uso del art. 90.3 LPACAP, posibilidad de efectos suspensivos del recurso en general cuando el interesado manifiesta su voluntad, pero solo para aquellos procedimientos sancionadores ordinarios o simplificados, no es de aplicación a los procedimientos sancionadores preferentes. El resto de actos de administrativos de gravamen, sus recursos no tienen efectos suspensivos alguno. Se ha de hacer uso del art. 117 LPACAP. En todo caso, ninguna de estas medidas, ya sean suspensivas o positivas son trasladables a la vía contenciosa administrativa.

Requiere mención separada el análisis del efecto suspensivo automático en aquellos supuestos de expulsiones colectivas, sin la existencia a un riesgo de daño potencialmente

⁴⁰⁴ STEDH, Sec. 3ª asunto Čonka c. Bélgica, apdo. 82.

⁴⁰⁵ STEDH, Sec. 3ª asunto A.C y Otros c. España, apdo. 72, 89, 90-105, 109-110. Se pronuncia el Tribunal contra España, sobre el recurso efectivo suspensivo automático, exponiendo que la Ley 12/09 adolece de ello. El análisis del TEDH respecto a la respuesta dada por España de que ciertamente tiene un remedio efectivo, al aplicar el art. 135 LJCA, con las medidas cautelarísima, ha señalado de que ese remedio no es efectivo, porque no tienen un verdadero efecto suspensivo. Sin embargo, como es conocido a pesar de todos los cambios legislativos, hasta los más recientes, año 2015, en la jurisdicción contenciosa, (anteriormente Ley 37/11 LMAP, modificativa de la LJCA en su art. 135, cautelarísima o medidas urgentes), no existió pronunciamiento de cambio legislativo al respecto. Lo más próximo a la línea jurisprudencial del TEDH, es el art. 90-3 LPACAP referente a la materia de suspensiones en procedimientos administrativos sancionadores.

⁴⁰⁶ Barcelona Llop, J., (2016). "Protección internacional y tutela cautelar en el orden contencioso administrativo". *REDA*, (nº 181), pp. 87-121.

irreversible⁴⁰⁷ de los arts. 2-3 CEDH. En estos supuestos el CEDH no impone al Estado una obligación imperativa de garantizar un recurso con efecto suspensivo automático. Pero ello no hace que se deje de cumplir que el demandante continúe teniendo el resto de garantías, tener la posibilidad real, efectiva y eficaz de impugnar el acto administrativo de expulsión mediante un examen suficientemente minucioso de su demanda por una autoridad independiente e imparcial. Como botón de muestra de estas situaciones tenemos la STEDH Sec. 2ª, de 1-9-2015, asunto Khlaifia y Otros contra Italia, nº 16483/12, la cual inicialmente considero que existía una expulsión colectiva, así como la ausencia de vías de recurso efectivo en el derecho interno que les permitiera hacer valer sus derechos en este sentido. Esta sentencia fue recurrida a la GS por el Estado Italiano, revocando la GS la sentencia de instancia, (STEDH GS, de 15-12-2016, asunto Khlaifia y Otros c. Italia, nº C 16483/12). En esta importante sentencia el TEDH distingue que el propósito del art. 4 del Protocolo es evitar que los Estados expulsen a varios extranjeros sin examinar su situación personal individualizada, es decir, un examen suficientemente individualizado, sin permitirles presentar sus argumentos en contra de la medida adoptada por la autoridad competente, donde expongan las consideraciones y las circunstancias particulares de cada una de las personas involucradas, así como el contexto general en el momento material. Incorpora la citada sentencia en su argumentario la Directiva 2008/115/CE y la jurisprudencia del TJUE, en cuanto a que todo extranjero tiene el derecho a ser oído y expresar, con anterioridad a la adopción de una decisión respecto de su devolución, su punto de vista sobre la legalidad de su estancia. Finalmente la GS del TEDH concluyó que en el presente supuesto no existía una violación del art. 13 en relación con el art. 4 del Protocolo nº 4 CEDH, ya que los demandantes no alegaron la existencia de un riesgo real de violación de los derechos garantizados en los arts. 2-3 CEDH, siendo sus pretensiones evaluadas individualmente por los mecanismos del derecho interno. Por tanto la falta de efecto suspensivo de un recurso ante una expulsión con las características del supuesto no constituye, en sí mismo, una violación del art. 13 CEDH.

Nos permite la sentencia señalada, junto a la STEDH Sec. 3ª, asunto N.D. y N.T. c. España, determinar que en los supuestos devoluciones colectivas o devoluciones en caliente, donde no se lleva a cabo, ni la mera identificación individualizada de los extranjeros, comprobación de las circunstancias personales de los mismos, un atento y riguroso control de su solicitud antes de su devolución, o ninguna otra acción procedimental, trae por consiguiente que no se cumpla ninguna de las garantías de acceso al debido proceso. Ello es totalmente contraproducente con los requisitos o presupuesto *ut supra* señalado del art. 13 CEDH, es decir, en estos tipos de supuestos alcanza ser una garantía contra la arbitrariedad. Sin embargo, ambas sentencias de instancia al ser recurridas a la GS la misma realizó serias matizaciones.⁴⁰⁸

⁴⁰⁷ STEDH, Sec. 2ª de 12-04-2005, asunto Shamayev y otros c. Georgia y Rusia, nº 36378/02, apdo. 448, 473 y 478.

⁴⁰⁸ Este criterio ha tenido serias matizaciones con la reciente STEDH GS de 13-02-2020, asunto N.D. y N.T. c. España, al revocar la sentencia de instancia, realizando una valoración jurídica diferenciadora del art. 13 CEDH, respecto de las devoluciones colectivas o en caliente y los análisis de situaciones individualizadas de los solicitantes. Parte el Tribunal de las circunstancias concretas del caso y según el mismo la colocación voluntaria de los demandantes en las situaciones descritas en la sentencia, violando todo tipo de alternativas y procesos legales establecidos para las solicitudes de asilo. Razonamientos que no se comparten, los cuales entran a nuestro entender en franca contradicción con toda la doctrina jurisprudencial del TEDH al respecto.

Todo lo antes dicho respecto al art. 13 CEDH se puede puntualizar en una serie de principios o requisitos que determinan la efectividad y eficacia de su aplicación. Dichos requisitos son aspectos importantes a tener en cuenta en la concepción sobre las medidas cautelares. Entre los requisitos tenemos: i) que los recursos internos contengan garantías efectivas (celeridad, calidad, rapidez y efecto suspensivo) y eficaces (requisitos de accesibilidad real, disponibilidad especialmente en el sentido de que su ejercicio no debe ser obstaculizado de manera arbitraria, tanto por actos como por omisiones de las autoridades estatales), para hacer respetar los derechos y libertades protegidos por el CEDH y a su vez los de las constituciones internas. Es decir, ser “efectivo”, tanto en la práctica, como en la ley. De dicha regla de “eficacia” junto al carácter efectivo, es de lo que deben estar impregnadas las Administraciones y los órganos jurisdiccionales. No solo la existencia del recurso, sino también el contexto en el que opera, así como las circunstancias concretas del recurrente. Mostrándose el art. 13 CEDH como una garantía contra la arbitrariedad, ii) se ha de invocar siempre en relación con un derecho concreto de los recogidos en el Convenio. El recurso efectivo y eficaz en el derecho interno tiene que estar relacionado con la disponibilidad de hacer valer los derechos y libertades del Convenio y que éstos sean aplicados de forma correcta y en correspondencia con el Convenio, iii) la celeridad o rapidez ha de ser interpretada desde dos vertientes. Una, referida a la excesiva duración, que puede convertirlo en inadecuado, ineficaz, hay que buscar la diligencia debida, razonable⁴⁰⁹, y otra, que la excesiva rapidez no vulnere otras garantías del debido proceso, igualdad de parte, contradicción, entre otras. La aplicación automática y sistemática de un plazo tan corto para la presentación de una petición, (p. ej.), en el procedimiento preferente (art. 63 LO 4/00), o el reexamen para el asilo, debe ser considerada contraria a la protección del valor fundamental consagrado por el art. 13 CEDH⁴¹⁰, debido a que entre otros factores, no permite analizar correctamente naturaleza del riesgo potencialmente irreversible del daño. La celeridad o rapidez también hay que conciliarlo con la proporcionalidad de los intereses en juego y los daños irreversible, iv) el alcance de la obligación establecida en el art. 13 CEDH varía en función de la naturaleza de la demanda (un exhaustivo examen de toda la demanda) y del demandante. Como he dicho en el punto anterior, de una adecuada valoración del riesgo potencialmente irreversible del daño que se puede causar, v) lo anterior conlleva al análisis del efecto suspensivo y del efecto suspensivo automático, determinados ambos, fundamentalmente por ese riesgo de causar un daño potencialmente irreversible, compleja de determinar, estando en dependencia del derecho humano del Convenio que este en juego, de acuerdo con la categorización interpretativa establecida por la propia jurisprudencia del TEDH. Dicho riesgo, actualmente está medido principalmente, por el contenido de los derechos recogidos en los arts. 2-3 CEDH al ser considerados como unos de los contenidos más importantes a medir en una sociedad democrática. Fuera de ellos, los demás derechos que se relacionan con la materia en estudio, son considerados de carácter subsidiario, como aquellos supuestos del art. 8 CEDH, vi) la eficacia del recurso no depende de la certeza de un resultado favorable para el demandante, vii) la “autoridad” a que se refiere esta disposición para dictar el recurso efectivo y eficaz no tiene que ser necesariamente una autoridad judicial, puede ser cualquier otra que acredite su independencia, de la Administración controlada, así como las garantías procesales para los demandantes. Esto se hace extensivo para aquellos órganos de control que estén

⁴⁰⁹ STEDH, Sec. 1ª de 3-06-2004, asunto Bati y otros c. Turquía, nº 33097/96 y 57834/00, apdo. 136.

⁴¹⁰ STEDH, Sec. 4ª de 11-07-2000, asunto Jabari c. Turquía, nº 40035/98, apdo. 48-50.

conformados por el Poder Judicial, los mismos también debe tener en cuenta su independencia y garantías procesales, efectivas y eficaces para determinar si el recurso es efectivo y eficaz en cuanto a su suspensión y luego su ejecución.

Al ser estos criterios de plena aplicación a las solicitudes de medidas cautelares en nuestro derecho interno en la temática tratada, nos permite concluir parcialmente que las mismas, tanto en vía administrativa (art. 20, 21 y 61 LO 4/00) y en los art. 129 y ss., LJCA no están en correspondencia con las exigencias interpretativas señaladas por el TEDH respecto del art. 13 CEDH. Existiendo una excepción en el art. 90.3 LPACAP.

2-3-2-g)- La salud humana y su interrelación con los art. 2, 3, 6, 8 y 13 CEDH. Obligaciones positivas.

Se ha expuesto en párrafos anteriores, la salud relacionada con la detención. Analizaremos ahora su protección e interpretación jurisprudencial en relación con el art. 3, 6, 8 y 13 CEDH, las obligaciones positivas que se generan en estos supuestos, que en unión a otros principios (no devolución)⁴¹¹, conforman aquellos presupuestos de las medidas cautelares necesarios para su adopción de acuerdo con nuestro derecho interno. En este sentido el análisis dogmático e interpretación hermenéutica de la jurisprudencia que se ha realizado al respecto y que se comentará a continuación, tendrá una trascendencia que repercutirá en el análisis de las figuras jurídicas recogidas en el art. 57.6 LO 4/00, mujeres embarazadas, personas enfermas, en cuanto a la suspensión del acto de expulsión o la adopción de cualquier medida cautelar, o en el art. 58.3-4 en cuanto a las devoluciones, (ya sean colectivas o individuales o las denominadas devoluciones en caliente).

Anteriormente se ha expuesto los criterios o requisitos que son utilizados para la interpretación del art. 3 CEDH. Dichos criterios también han sido utilizados de una forma u otra para interpretar la salud humana en relación con temas de extranjería (enfermos terminales de VIH u otras enfermedades⁴¹²), fundamentalmente con procedimientos de

⁴¹¹ Soler García, C., (2019). *Los límites a la expulsión de extranjeros...*, op. cit., pp. 186-190. Ceriani Cernadas, P., (2009). "Control migratorio Europeo en territorio Africano: La omisión del carácter extraterritorial de las obligaciones de Derechos Humanos". *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*. (nº 10), pp. 189-216.

⁴¹² Soler García, C., (2019). "La prohibición de expulsión de extranjeros por motivos de salud: una evolución jurisprudencial *in melius* de los derechos humanos". *Ordine internazionale e diritti umani*, Sapienza, Universidad di Roma-Intercenter-Universidad di Messina, pp. 776-800. Las sentencias que se citaran a continuación, así como las decisiones de inadmisibilidad reflejan en esencia que todas niegan las diferentes situaciones de enfermedad en relación con el art. 3 CEDH. SSTEDH, Sala de 7-09-1998, asunto B. B. c. Francia, nº 30930/96, apdo. 34-40, solución amistosa principio de excepcionalidad. Decisiones de inadmisibilidad del TEDH, Sec. 1ª de 15-2-2000, asunto SCC c. Suecia, nº 46553/99; Sec. 2ª de 24-06-2003, asunto Arcila Henao c. Países Bajos, nº 13669/03; Sec. 4ª de 22 -06-2004, asunto Charles Ndongoya c. Suecia, nº 17868/03; Sec. 3ª de 25-11-2004, asunto Amegnigan c. Países Bajos, nº 25629/04. STEDH, GS asunto N. c. Reino Unido, apdo. 29-51, en esta sentencia se ha de tener presente, las opiniones disidentes común de los jueces Tulkens, Bonello y Spielmann; Sec. 3ª de 6-02-2001, asunto Bensaid c. Reino Unido, nº 44599/98, el Tribunal realiza una estricta interpretación del art. 3 CEDH, según la cual la expulsión a Argelia de un esquizofrénico que sufría ataques sicóticos no supone una violación del mismo, ya que en su país de origen está disponible el tratamiento médico necesario, apdo. 32-41. Más recientemente con igual resultado, SSTEDH, Sec. 2ª de 20-12-2011, asunto Yoh-Ekale Mwanje c. Bélgica, nº 10486/10, apdo. 80-86; Sec. 4ª de 10-04-2012, asunto Balogun c. Reino Unido, nº 60286/09 (tendencias suicidas diagnosticadas, apdo. 29-34); Sec. 5ª de 15-05-2012, asunto Nacic y otros c. Suecia, nº 16567/10, apdo. 50-56, enfermedad no diagnosticada, ninguna enfermedad mental concreta, en todo caso, el país de origen (Kosovo/Serbia), tenía servicios de salud mental que podrían atenderles a su llegada; Sec. 1ª de 3-7-2012,

expulsión⁴¹³, no queriendo ello decir, que los argumentos que se expondrán no puedan ser expuestos en otros tipos de procedimientos en la materia en estudio.

En estos supuestos de enfermedad o salud, bajo el mismo paraguas del art. 2-3 CEDH, el TEDH ha adoptado unos criterios rígidos y alejados de las realidades objetivas de muchos de los países en cuestión, aspecto este que se contradice con su propia jurisdicción en cuanto al análisis individualizado de los países de origen o destino a donde se va a expulsar o devolver al extranjero. Ante supuestos como los citados, estando en juego la salud humana, vida humana, en estrecha relación con la dignidad, se debería inicialmente adoptar la medida cautelar de suspensión y en los casos necesarios haber obligado a través de obligaciones positivas a los Estados contratantes a la medida de internamiento en el centro hospitalario adecuado según el tipo de patología.

En igual sentido la salud es una parte esencial de la vida privada, que concierne a la integridad moral, y por ende, también es analizada desde el estándar del art. 8 CEDH, (atendiendo a que la misma es una condición previa al goce efectivo del derecho al respeto de la vida privada). El TEDH ha seguido el principio de tratar de evitar cualquier ampliación⁴¹⁴ complementaria de la categoría de casos excepcionales en los temas de salud, según el cual los extranjeros amenazados con la expulsión no pueden reivindicar un derecho a permanecer en el territorio de un Estado contratante al objeto de seguir gozando de la asistencia médica, social o de otro tipo que asegura el Estado que expulsa. El Tribunal ha dicho, en el fondo que el hecho de que un tratamiento contra determinadas enfermedades, el riesgo de no estar al alcance del demandante en el Estado de destino, no debe considerarse una circunstancia excepcional. Las cosas serían algo distintas, en situaciones en las que se pudiese decir que este tratamiento no está disponible en dicho país y que el demandante corre un riesgo inevitable por la falta total de tal tratamiento.

Otra excepción sería que al menos se pruebe que el estado de salud del demandante ha llegado a una fase realmente crítica, que existen motivos humanitarios imperiosos para no expulsarlo a un lugar que no ofrece los servicios sanitarios y sociales que requiere para prevenir el sufrimiento extremo antes de su muerte, una especie de muerte digna. Ejemplo elocuente de esta posición jurisprudencial es la sentencia N. c. Reino Unido, de apdo. 42-44⁴¹⁵.

asunto Samsonnikov c. Estonia, nº 52178/10, no violación art. 3 y 8 CEDH, en lo que respecta a su estado de salud, virus del VIH y hepatitis. Criterio contrario a los anteriores en SSTEDH Sala asunto Nasri c. Francia, apdo. 41-46 (sordomudo de nacimiento analfabeto y conoce mal el lenguaje de los sordomudos no pudiendo encontrar un mínimo de equilibrio psicológico y social más que dentro de su familia, compuesta en mayor parte por ciudadanos franceses sin ningún apego a Argelia, parece que la decisión de expulsar al demandante, si se llevara a cabo, sería desproporcionada al fin legítimo perseguido. Negaría el respeto debido a la vida familiar y, por tanto, violaría el artículo 8); Sala de 2-05-1997, asunto D. c Reino Unido, nº 30240/96, apdo. 39-54 y 65-73 reconoce la relación enfermedad derecho del art. 3 CEDH; Sec. 5ª de 11-02-2016, asunto Karpylenko c. Ucrania, nº 15509/12, donde si consideraron responsable a Estado de Ucrania por la muerte del Sr. Karpylenko.

⁴¹³ Villán Durán, C., (2003). "Los derechos humanos ante la epidemia del SIDA", en F. Gómez Isa, (Dir.). & J. M. Pureza. *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI* pp. (765-800). Bilbao: Universidad de Deusto.

⁴¹⁴ STEDH Sec. 3ª, asunto Bensaid c. Reino Unido, en el ya mencionado apdo. 32-41.

⁴¹⁵ En el apdo. 42 ratifica en síntesis, la doctrina del mismo desde la Sentencia D. c. Reino Unido, donde ha aplicado de manera constante los principios siguientes "43. *El Tribunal no excluye que puedan existir otros casos muy excepcionales en los que las consideraciones humanitarias sean igualmente imperiosas. Sin embargo, estima que debe conservar el umbral fijado en D. c. Reino Unido (TEDH 1997, 29) y aplicado en su jurisprudencia posterior, umbral que en su opinión es correcto en principio dado que, en estos casos,*

Es contradictorio que el Tribunal vele por las garantías de dignidad humana y luego ante situaciones concretas, como estado de salud humana de los demandantes enfermos, su curación y mantenimiento, fije al final de ello que tales situaciones no deben ser una carga pesada para las Altas Partes Contratantes y no proyectar su análisis sobre el valor de la vida, la salud y la dignidad humana⁴¹⁶. Al respecto el TJUE también ha abordado esta problemática, teniendo hasta el presente una interpretación más amplia, superando razonamientos totalmente economicista, de política presupuestaria. Lo antes expuesto es otro reflejo de la necesidad de diálogo entre los tribunales ante cuestiones cruciales para los derechos humanos⁴¹⁷.

En definitiva, la interpretación jurisprudencial del TEDH sobre estos aspectos de salud, ha definido una línea de principios, entre ellos, que los extranjeros contra los que pese una orden de expulsión no pueden, i) reivindicar un derecho a permanecer en el territorio de un Estado contratante al objeto de continuar beneficiándose de la asistencia social o sanitaria, de los servicios médicos, sociales o de otro tipo de garantías sociales que proporciona el Estado que expulsa, ii) el hecho de que en caso de expulsión del Estado contratante, la situación del demandante se degradaría de forma importante y se reduciría significativamente su esperanza de vida, no es suficiente en sí mismo para vulnerar el art. 3 CEDH, debiéndose valorar otras circunstancias, familia en Estado Parte y familia en país de destino u origen, iii) la decisión de expulsar a un extranjero aquejado de una enfermedad física o mental grave a un país en el que los medios para tratar esta enfermedad son inferiores a los disponibles en el Estado contratante, puede plantear una presunta vulneración desde el punto de vista del art. 3 CEDH, pero no es una obligación, solo en aquellos casos muy excepcionales, cuando las consideraciones humanitarias sean imperiosas, (muerte digna), iv) el art. 3 no impone al Estado contratante la obligación de paliar la disparidad sanitaria entre su Estado y el Estado de origen del extranjero. El hecho de proporcionar asistencia sanitaria gratuita, no significa que sea ilimitada a todos los extranjeros que carecen del derecho a permanecer en su territorio. Estas observaciones en

el perjuicio futuro alegado provendría no de actos u omisiones intencionados de las autoridades públicas u órganos independientes del Estado, sino de una enfermedad que ha sobrevenido naturalmente y de la falta de recursos suficientes para hacerle frente en el país de destino. 44.... Si bien el Tribunal, habida cuenta de la importancia fundamental del artículo 3 en el sistema del Convenio, ha de continuar haciendo uso de cierta flexibilidad al objeto de impedir la expulsión en casos muy excepcionales, el artículo 3 no impone al Estado contratante la obligación de paliar tal disparidad proporcionando asistencia sanitaria gratuita e ilimitada a todos los extranjeros que carecen del derecho a permanecer en su territorio. Concluir lo contrario impondría una carga demasiado pesada a los Estados contratantes.” En similares términos STJUE, GS de 18-12-14, asunto Mohamed M'Bodj c. Bélgica, asunto C-542/13, apdo. 39-47.

⁴¹⁶ En este sentido se ha de tener en cuenta algunas opiniones disidentes de los jueces Françoise Tulkens (Bélgica), Giovanni Bonello (Malta) y Dean Spielmann (Luxemburgo), los cuales han señalado, respecto al art. 3 CEDH, refutando el criterio interpretativo del Tribunal sobre estos temas de una supuesta inmigración médica o se abrirían las puertas a la inmigración médica y se correría el riesgo de convertir a Europa en «*la enfermería*» del mundo. A parte de la opinión crítica de los citados jueces, es suficiente con echar un vistazo a las estadísticas relativas al art. 39 del Reglamento del Tribunal aplicables, (p. ej.), al Reino Unido y comparar el número total de peticiones de aplicación de este artículo, el número de inadmisiones y el número de demandas aceptadas con el número de casos, en enfermedades, como VIH.

⁴¹⁷ STJUE Sala 1ª de 30-09-2020, asunto B c. Bélgica C-233/19, apdo. 46-50, y parte dispositiva de la sentencia sobre el efecto suspensivo de pleno derecho ante grave enfermedad o deterioro serio e irreversible aun cuando la normativa nacional no establezca tal suspensión. De la misma Sala y fecha, asunto LM c. Bélgica C-402/19 (hijo mayor de edad padece una grave enfermedad), apdo. 34-36, 38, 40-41, 55. STJUE, GS, 18-12-2014, asunto Abdida nº C-562/13, asilo, expulsión, retirada ayuda social por enfermedad grave riesgo grave de deterioro serio e irreversible de su estado de salud, aplazamiento de la expulsión, apdo. 31-63.

sentido general se tendrán en cuenta, parte segunda, para cuando se analice la suspensión del art. 57.6 LO 4/00 (mujeres embarazadas).

2-3-2-h)- El Protocolo nº 4 y el Protocolo nº 7 del CEDH.

Los Protocolos adicionales nº 4 y nº 7, ambos del CEDH⁴¹⁸, están destinados a regular, en el Protocolo nº 4 la libertad de circulación, prohibición de la expulsión de los nacionales, prohibición de las expulsiones colectivas. El Protocolo nº 7, la no expulsión de extranjero que se encuentre legalmente en el Estado contratante y en todo caso si se fuera a realizar la misma exponen claramente que se han de tener en cuenta determinados requisitos. En ambos, sus respectivos contenidos serán de aplicación a todas las personas que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado contratante. Los mismos ratifican la diferenciación entre extranjeros, en situación administrativa regular⁴¹⁹ e irregular⁴²⁰. Dicha diferencia se encuentra superada con la CIPDTMF y por la Opinión Consultiva OC-18/03⁴²¹.

⁴¹⁸ Protocolo nº 4 CEDH entre otros temas regula la libertad de circulación, prohibición de la expulsión de nacionales, prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros. Entró en vigor el 2-05-1968, para España el 16-09-2009. Instrumento de Ratificación por España BOE 247/09, de 13-10-2009. Protocolo nº 7, entre otros temas regula los requisitos para expulsión de extranjero que resida legalmente en el territorio de un Estado. Entró en vigor el 1-11-1988, para España el 1-12-2009. Instrumento de Ratificación por España BOE 249/09, de 15-10-2009.

⁴¹⁹ SSTEDH, Sec. 1ª de 29-06-2010, asunto Shchukin y otros c. Chipre, nº 14030/03, apdo. 52, 75-76, 151 y la jurisprudencia allí citada; Sec. 3ª de 13-07-2010, asunto Ahmed c. Rumania, nº 34621/03 apdo. 45; Sec. 3ª de 20-09-2007, asunto Sultani c. Francia, nº 45223/05, apdo. 87; Sec. 3ª de 12-10-2006, asunto Kaya c. Rumania, 33970/05, apdo. 46-61; Sec. 3ª asunto Lupsa c. Rumania, apdo. 52.

⁴²⁰ Freixes Sanjuán, T., & Remotti Carbonell, J.C., (1997). “Los derechos de los extranjeros en el ámbito del Consejo de Europa: especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal de Derechos Humanos”. *Revista Migraciones*, (nº 2), pp. 161-191.

⁴²¹ COIDH OC-18/03 de 17-09-2003.

En cuanto al Protocolo nº 4, su art. 2 regula la libertad de circulación⁴²² y su art. 4 la prohibición de las expulsiones colectivas extranjeros⁴²³ o las denominadas devoluciones en caliente⁴²⁴.

El Protocolo nº 7 en su art. 1 establece que la expulsión de los residentes legales solo podrá ser por resolución adoptada conforme a la ley⁴²⁵, señalando tres circunstancias de garantía de su defensa⁴²⁶, i) hacer valer las razones que se opongan a su expulsión, ii) hacer que se examine su caso y iii) hacerse representar para su defensa ante las autoridades competentes. Dichas garantías son limitadas cuando la expulsión sea necesaria en interés del orden público o se base en motivos de seguridad nacional⁴²⁷.

⁴²² STEDH, Sec. 1ª de 11-7-2013, asunto Khlyustov c. Rusia, nº 28975/2005, apdo. 68-77 y 92-102, respecto a la obligación de los Estados de asegurar que cualquier interferencia con el derecho a abandonar el país debe estar justificada y proporcionada, violándose el art. 2.2 y 3 del Protocolo nº 4. Previamente SSTEDH, Sec. 5ª de 26-11-2009, asunto Gochev c. Bulgaria, nº 34383/03, apdo. 55 a 57 y Sec. 5ª de 2-7-2009, asunto Ignatov c. Bulgaria, nº 50/2002, apdo. 32-41 y la jurisprudencia allí citada.

⁴²³ STEDH, Sec. 3ª asunto Čonka c. Bélgica, apdo. 38, 46-59, 60-63, 80-83 (define expulsiones colectivas, como toda medida que obligue a los extranjeros, en cuanto grupo, a salir de un país, salvo en el caso de que la medida se haya tomado como consecuencia y sobre la base de un examen razonable y objetivo de la situación particular de cada uno de los extranjeros que forman el grupo. Este concepto lo retoma de decisión inadmisión asunto Andric c. Suecia, de 23-02-1999); STEDH, GS asunto Hirsi Jamaa y otros c. Italia, apdo. 113, 177, 160-164, 174-176, 180-185, 200 (sobre inmigrantes y solicitantes de asilo en sentido general). STEDH, GS de 3-07-2014, asunto Georgia c. Rusia (I), nº 13255/07, apdo. 167-178 y punto 5 del fallo. STEDH, Sec. 2ª de 21-10-2014, asunto Sharifi y otros c. Italia y Grecia, nº 16643/09, 54-82, 135-181, 219, 223 (inmigrantes y solicitantes de asilo). STEDH, Sec. 3ª de 20-12-2016, asunto Shioshvili y otros c. Rusia, nº 19356/07; STEDH, Sec. 3ª de 20-12-2016, asunto Berdzenishvili y otros c. Rusia, nº 14594/07 y otros 6, (estos dos últimos también contra georgianos). Más reciente, STEDH, Sec. 3ª, asunto N.D. y N.T. c. España, en la cual como se ha expuesto inicialmente se condenó a España por infracción del art. 4, del citado protocolo (dicha sentencia como se dijo *ut supra* ha sido revocada por la GS, sentencia del 13-02-2020). En igual sentido en fecha 20-09-2007, el TEDH dictó sentencia en su Sec. 3ª, asunto Sultani c. Francia, apdo. 61-68 y 81-84 y 87, en la cual no se apreció la violación del art. 4 del Protocolo nº 4. STEDH, Sec. 2ª asunto Khlaifia y Otros c. Italia, se condenó inicialmente a Italia por infracción del art. 4 del Protocolo nº 4, apdo. 145-158, la misma como se ha señalado fue recurrida por el Estado Italiano dictándose por GS el 15-12-2016 revocación de la misma, al considerar que no existen los requisitos para una expulsión colectiva, apdo. 237-255. En fecha 21-7-2015 el TEDH dicta sentencia en su Sec. 4ª, de 21-7-2015, asunto K.F c. Chipre, nº 41858/10, considerando que las autoridades no han llevado a cabo una deportación colectiva, de modo que desestima la violación del art.4 del Protocolo nº4 CEDH, apdo. 147-151.

⁴²⁴ Valdés Dal-Ré, F., (2018). “Las expulsiones colectivas de extranjeros: su tratamiento en el ordenamiento internacional y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Derecho de las Relaciones Laborales* (nº 4), pp. 357-365. Solanes Corella, Á., (2017). “Contra la normalización de la ilegalidad: la protección judicial de los extranjeros frente a las expulsiones colectivas y las devoluciones “en caliente”. *CEFD*. <https://doi.org/10.7203/CEFD.36.11269>, (nº 36), pp. 196-225.

⁴²⁵ STEDH, Sec. 1ª de 17-1-2012, asunto Takush c. Grecia, nº 2853/09, considera que el demandante no pudo hacer examinar su caso de forma verdadera, ni hacer valer sus razones en contra de la expulsión violándose así el art. 1 del Protocolo nº 7, rechazando todas las demás quejas del interesado, apdo. 49-63. STEDH, Sec. 4ª de 12-7-2011, asunto Baltaji c. Bulgaria, nº 12919/04, determina violación del Protocolo nº 7 CEDH, debido a la ausencia de las precisas garantías procesales que este enumera, apdo. 50-59.

⁴²⁶ Consejo de Europa, Informe explicativo del Protocolo nº 7 CEDH (ETS nº 117), apdo. 9. Especifica que las garantías procesales en caso de expulsión tampoco se aplicarán a casos de personas que se encuentren en puertos o puntos de entrada sin haber sido aún admitidos, a personas que estén en tránsito, ni a las que hubieran sido admitidas legalmente pero su permiso de permanencia haya vencido.

⁴²⁷ Morenilla Rodríguez, J. M., (2017). “La actividad del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la seguridad ciudadana”. www.portal.uned.es/pls/url, recuperado 14-11-2017.

No obstante, en lo que aquí nos interesa el contenido de la Convención ha sido reforzada por otros protocolos, lo cual hace que tenga una eficacia procedimental y efectividad mayor en el mecanismo de garantías sobre el reconocimiento de los derechos promulgados⁴²⁸, entre ellos, se han dictado los Protocolos nº 14⁴²⁹, (modificación del mecanismo de control establecido por el Convenio), o el Protocolo nº 16 (opiniones consultivas relativas a la aplicación e interpretación del CEDH)⁴³⁰.

De la interpretación sistemática de los protocolos antes mencionados, se constata la existencia de la diferencia entre los extranjeros en situación administrativa regular y los que se encuentran en situación irregular, así como, que se define solo los temas concernientes a los procesos de expulsión, sin que se mencionen otros procedimientos en el área en estudio que tienen una carga de gravamen, tan alta, como una expulsión y afectan por igual o aún en determinados casos, más graves que la propia expulsión. Siendo como he expuesto una limitación, que trasciende al derecho interno.

2.3.2-1)- Conclusiones parciales.

Antes de dar paso a la regulación procesal de las Medidas Cautelares por el TEDH y su Reglamento, es correcto resumir o concluir parcialmente los principales requisitos de los derechos humanos estudiados, generados a partir de los propios criterios valorativos del TEDH. Los mismos podrán ser tenidos en cuenta o incorporarlos a los presupuestos de las medidas cautelares, tanto para ante el propio TEDH, como para el derecho interno. No serán necesariamente requisitos taxativos, debido entre otros factores al margen de apreciación de los Estados en materia migratoria, pero sí una guía orientativa necearía dirigida a dilucidar y definir los posibles elementos integradores de los presupuestos que conforman las medidas cautelares. Ellos serían los siguientes:

1.- Se debe partir del acceso a un órgano institucional establecido por ley, que ejerza un control caracterizado por su independencia y funcionalidad, en el cual se pueda tener acceso a un recurso efectivo y eficaz, cumpliendo así los requisitos del art. 6 y 13 CEDH. Dicho órgano puede ser jurisdiccional propiamente dicho (tribunales de justicia, pertenecientes al Poder Judicial) o puede ser cualquier otro órgano que garantice su independencia, neutralidad, formal y funcional, fuera del Poder Judicial y de la autoridad Administrativa controladora del acto administrativo impugnado. La existencia de estos últimos puede ser un mecanismo coadyuvante a descongestionar el mecanismo de control judicial ordinario. Este tipo de mecanismo de control no existe en nuestro derecho interno, en cuento a la especialidad aquí tratada. El art. 24 CE permite esta posibilidad, sin que ello no quiera decir, que no exista y se mantenga el control jurisdiccional ordinario, por lo que la creación de los mismos sería un mecanismo que coadyuvaría a la descongestión del sistema jurisdiccional ordinario contencioso administrativo. Siendo reforzado dicho mecanismo de control con un acceso a un sistema de recurso independientes, neutrales, no de control jerárquico, sino que sea un recurso efectivo y eficaz. Posibilidad regulada en el art. 112.2 LPACAP.

⁴²⁸ Carrillo Salcedo, J. A., (2008). “Hacia una mayor efectividad del mecanismo de garantía instituido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en I. Agirreazkuenaga Zigorraga. (Coord.). *Derechos Fundamentales y otros estudios en homenaje al profesor Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*. (Vol. I. *Derechos fundamentales. Aspectos generales, Garantías*, pp. 229-248). Zaragoza: El Justicia Aragón.

⁴²⁹ Instrumento de Ratificación del Protocolo nº 14 por el que se modifica el mecanismo de control del Convenio, Estrasburgo el 13-05-2004, BOE nº 130, de 28-10-2010.

⁴³⁰ Dicho Protocolo entro vigor 1-08-2018. Es optativo. España, no ha firmado, ni ratificado el mismo.

2.- Teniendo garantizado dicho sistema de acceso al control y a un recurso efectivo y eficaz, permitiría un análisis individualizado de la determinación de las circunstancias personales del demandante, tanto en el Estado parte concreto, como en su país de destino u origen, consecuencias previsibles e irreversibles de los daños o riesgos alegados, los cuales deben ser reales, siendo su análisis, necesariamente actualizado. Debiéndose aportar un mínimo de prueba, notoria, objetivas al respecto.

3.- La determinación del maltrato que el solicitante alegue, el mismo debe alcanzar un nivel mínimo de severidad, gravedad para que esté dentro del alcance del art. 3 CEDH. La valoración de este mínimo de severidad, gravedad, es relativo; depende de todas las circunstancias del caso, la duración del maltrato, tiempo y lugar de la detección, circunstancias de la misma, sus efectos físicos o mentales, en algunos casos, el sexo, la edad y el estado de salud de la víctima.

4.- Dentro de las circunstancias personales del demandante cobran un significado relevante, la vida privada, vida familiar, o si es un inmigrante establecido, así como la existencia de antecedentes penales. Estos elementos permitirán ponderar, el orden público y los estándares de protección de la vida privada y familiar. Dichos criterios se consolidan fundamentalmente a partir del asunto *Boultif c. Suiza* (2001), reafirmando en el asunto *Üner c. Países* (2006), alcanzando mayor seguridad jurídica en el asunto *Saber y Boughassal c. España* (2018). El TEDH ha venido desarrollando progresivamente un análisis de la legitimidad de las medidas y la necesidad de las mismas en una sociedad democrática y su proporcionalidad.

5.- El concepto inmigrante establecido, llevará la valoración de la duración de la estadía del migrante en el país o Estado parte en el conflicto. En este sentido, se valora si la estancia ha sido prolongada o no en el país, incluso si esta estancia o estadía ha sido de manera irregular o regular. Tiempo de la regularidad administrativa y alcance de la misma (RLD), así como las circunstancias sobrevenidas que pudieron llevar a la pérdida de la misma.

6.- La edad que tenía el extranjero cuando ingresó al país o Estado parte del conflicto y el alcance de los vínculos del migrante en su país de origen, así como su integración en el Estado parte receptor. Al tomar en cuenta estos elementos, la prueba de equilibrio, proporcionalidad/razonabilidad sopesa las posibilidades del extranjero pueda restablecer y/o recomenzar su vida en su país de origen o en un tercer estado, o de acuerdo con su grado de integración en el Estado parte. Es decir, si el migrante ha ingresado al Estado parte en conflicto con una corta edad, es altamente probable que se haya educado, adquirido la cultura y el idioma de ese país. Por ello, mientras menor sea la edad del ingreso, mayores son las posibilidades de que sus vínculos con el país de origen sean mínimos o inexistentes, lo cual puede llegar a resultar un obstáculo infranqueable para poder restablecerse.

En estrecha relación con lo anterior, la capacidad del migrante para hablar los idiomas, costumbres, etc., principales de su país de origen. Las posibilidades de readaptarse el migrante en su país de origen o en un tercer Estado, serán extremadamente difíciles.

7.- Los vínculos familiares forjados por el migrante, tanto en el Estado parte en conflicto, así como, los que tuviera en su Estado de origen, hacen de éste criterio que deba analizarse cuidadosamente al momento de analizar la injerencia en la vida familiar y privada, atendiendo siempre al concepto amplio de familia. Esto hará necesario considerar

vínculos que exceden la órbita de la familia nuclear clásica, incluso abarcando, noviazgos prolongados, parejas de hecho, matrimonios gays.

8.- Valoración del alcance de todas las consecuencias que constituye para el migrante y su familia, la situación de conflicto concreta de que se trate. Este criterio incorpora al análisis el grado de afectación que sufrirá la familia a raíz de la denegación de las pretensiones del migrante, considerando cuáles serían las consecuencias en sus dos fases posibles: a) deberá analizarse el grado de dependencia que ostentan los familiares respecto del integrante del cual se encuentra la situación de conflicto, teniendo en cuenta la edad de los hijos, lugar de nacimiento de los mismos, escolarización, la existencia de situaciones especiales de dependencia, como en el caso de niños de corta edad, enfermedades, etc, b)- en el caso concreto de expulsiones, si los familiares acaso decidieran acompañar al expulsado. Este elemento incorpora un nuevo motivo de análisis de los vínculos de los familiares del migrante que se pretende expulsar con el país al cual sería expulsado. Es decir, si los familiares fueran completamente extraños y ajenos a la cultura e idioma de ese país y carecieran de todo vínculo con otras personas, entonces mayores serán las penurias que deberán enfrentar si acaso debieran acompañar a su familiar expulsado.

9.- Valoración de la naturaleza y gravedad del delito (o delitos) cometido(s) por el demandante. La edad al momento de la comisión. Si se trata o no de un delincuente reincidente o habitual. Determinación cuando el caso concreto lo requiera, si se tiene como antecedente de hecho la comisión de un delito que sea propiamente dicho la mera irregularidad migratoria. Tiempo transcurrido de la comisión del hecho delictivo, cumplimiento de la pena, suspensión de la misma o beneficios penitenciarios y si ha existido reincidencia en ese periodo y/o si ha mostrado voluntad de mantener buen comportamiento sin reincidir. Pruebas⁴³¹ de la rehabilitación del extranjero, con respecto a su actividad criminal. En este mismo orden de cosas se entrarán a observar y a delimitar los conceptos de seguridad pública, orden público, salud, y la actualidad de dichas circunstancias. En este sentido, no pueden extraerse parámetros prefijados para determinar la gravedad de los delitos, por cuanto, existen antecedentes en los que, aun habiéndose probado la comisión de delitos que pueden considerarse “*graves*”, para ese orden público, seguridad o para la salud, el Tribunal preestablecido por ley entendió que no eran de tal catalogación atendiendo a circunstancias atenuantes.

10.- Estado de salud mental del inmigrante.

11.- Los esfuerzos de integración realizados por el inmigrante para obtener el *status* de RLD, la ciudadanía o nacionalidad en el Estado parte en conflicto. El hecho de que la persona haya tenido su regularización migratoria o haya hecho todo lo que estuviera a su alcance para lograrlo, ser RLD y haberse extinguido o revocado dicha condición, por las causales que fuesen (causas sobrevenidas), ello da muestras claras de su voluntad de cumplir con las normas internas y estabilizar su situación en el país. En muchos casos, la desidia administrativa respecto de la irregularidad migratoria ha servido como un elemento de apreciación en contra de la situación del inmigrante, siendo un elemento negativo de actuar de la Administración controladora.

12.- Concretamente y de forma autónoma en el caso de la existencia de menores, el interés superior y el bienestar del menor, en particular las dificultades que encontraría en un

⁴³¹ Ver asunto *Affaire Kholmurodov c. Rusia*, apdo. 62 y asunto *F.G c. Suecia*, apdo. 120 y 127.

Estado tercero, en aquellos casos al cual se pretende deportar a su padre y/o madre, se hace necesario tener en cuenta el grado de solidez de los vínculos sociales, culturales y familiares que ha desarrollado del menor en el país Estado parte del conflicto. Este último criterio plantea un examen de contraste entre los vínculos del migrante en el país en el que se encuentra y aquellos que mantiene con su país de origen, considerando no sólo los lazos familiares, sino de manera amplia todos aquellos que pueda haber establecido a nivel social y cultural, como parte de su vida privada.

13.- Las obligaciones positivas de los Estados en aquellos supuestos en que los solicitantes se encuentran bajo su responsabilidad directa o indirecta, atendiendo a que dicha obligación surgen precisamente de que las mismas están bajo la tutela directa del propio Estado, protección del Estado. El mismo debe garantizar a dichas persona las condiciones que sean compatibles con el respeto a la dignidad humana. Ello en la materia en estudio no sería otra cosa que, la vinculación de derechos fundamentales, con derechos sociales prestacionales, derecho a la vida familiar y privada en relación derecho al trabajo, la libertad de ejercer una profesión, derecho a un salario digno, dignas condiciones de trabajo; interés superior del menor en relación con la educación, detenciones e internamientos, situaciones de enfermedad grave o sobrevenidas en dichas circunstancias. Todo lo relacionado al no sometimiento a la angustia o dificultad que exceda el nivel inevitable de sufrimiento inherente a la detención y que dadas las exigencias prácticas del encarcelamiento, su salud y bienestar estén asegurados adecuadamente con tratamientos, traslados a centros especializados. Los supuestos de las medidas para la identificación de las víctimas de la trata de personas (incluida la trata de menores), periodo de reflexión.

14.- Todos estos requisitos han de ser apreciados en su integralidad, no necesariamente acumulativos, unido a recursos de derecho interno que contengan garantías efectivas (calidad, rapidez y efecto suspensivo) y eficaces (requisitos de accesibilidad real, disponibilidad especialmente en el sentido de que su ejercicio no debe ser obstaculizado de manera arbitraria, tanto por actos, como por omisiones de las autoridades estatales), para hacer respetar los derechos y libertades protegidos por el CEDH y a su vez por las constituciones internas. Es decir, ser “*efectivo*” tanto en la práctica, como en la ley.

Lo anterior no es más que el reflejo del punto 20-a) de la Declaración de Copenhague, creación y mejora de recursos internos efectivos, ya sean de naturaleza específica o general, para presuntas violaciones de los derechos y libertades especialmente en situaciones de graves problemas estructurales o sistémicos. Aspectos que hasta el presente no han sido cumplidas por el Estado español en la materia que nos ocupa. (Como veremos más adelante, se analizará una aproximación teórica a una nueva concepción sobre las medidas cautelares, teniendo en cuenta estas recomendaciones que pueden encajar perfectamente en la ejercicio del derecho fundamental a la tutela cautelar efectiva con la creación de otros órganos de control diferentes a los tribunales jurisdiccionales propiamente dichos y la creación de recursos efectivos- al ser derechos de configuración legal-, así como lo relativo al art. 132.2 LJCA, en cuanto a la permeabilidad del proceso cautelar y el principal o el art. 135 LJCA y lo referente al procedimiento de adopción de la medida cautelar de internamiento u otras medidas cuando el extranjero esta privado de libertad y quiere solicitar la suspensión de determinados actos, así como las disfunciones entre estas dos últimas, o lo referido al nombramiento de defensor judicial en el caso de los MENAS, donde debe existir un recurso suspensivo automático previo).

2.3.3- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Su jurisprudencia y la adopción de las Medidas Cautelares.

2.3.3.a)- Consideraciones previas.

En un proceso contencioso internacional de los derechos humanos es de aplicación como hemos visto la solicitud de medidas provisionales. La CEDH no es una excepción, pero su regulación no está recogida⁴³² en la propia Convención, sino en el Reglamento del TEDH (RTEDH), a través del art. 39 del mismo; medidas cautelares⁴³³. Se garantizan y preservan así los derechos humanos recogidos en el CEDH. Esto repercute de forma efectiva en las partes y en sus pretensiones, así como la ejecutividad de la resolución judicial definitiva, evitando toda situación de daño que pueda devenir en irreversible.

A diferencia del desarrollo jurisprudencial de los derechos del CEDH, los requisitos, contenidos y presupuestos procedimentales de las medidas cautelares del art. 39 del Reglamento, no están desarrollados en igualdad a los anteriores. No tiene la jurisprudencia del TEDH un desarrollo dogmático, sistemático tan amplio como el anterior. El citado artículo no explica mucho más allá que lo ya señalado, limitándose a prever que el TEDH puede concederlas de oficio, o a petición de una parte u otro interesado, y quien está facultado para adoptarlas, esto es, fundamentalmente las Salas, los Presidentes de Sección u otros jueces a los que se asigne tal función (Vicepresidentes de Sección).

De los datos estadísticos existentes sobre las medidas cautelares dictadas por el TEDH, así como de la jurisprudencia citada se constata que un grupo importante de las medidas cautelares concedidas por el TEDH coinciden precisamente con la materia aquí tratada⁴³⁴,

⁴³² A diferencia de la CADH la cual en su art. 63.2 regula las medidas de las cuales dispondrá la COIDH.

⁴³³ RTEDH, versión actualizada, en vigor 1-08-2018. Esta nueva edición del Reglamento de Procedimiento incorpora las modificaciones adoptadas por el TEDH en Sesión Plenaria el día 19-09-2016, incorpora Protocolo nº 16 en vigor. El art. 39 está compuesto de cuatro apartados, los cuales, en su apartado 1 señala que la Sala o, en su caso, el Presidente de la Sección o el Juez de guardia designado podrán, ya sea a instancia de parte o de cualquier otra persona interesada, o de oficio, indicar a las partes cualquier medida cautelar que consideren deba ser adoptada en interés de las partes o del buen desarrollo del procedimiento. En su apartado 3 señala que aquellos señalados en el apartado 1 y los Vicepresidentes de Sección designados como Jueces de guardia (apdo 4), podrán solicitar a las partes que aporten información sobre cualquier cuestión relativa a la puesta en práctica de las medidas cautelares indicadas.

⁴³⁴ Soler García, C., (2019). *Los límites a la expulsión de extranjeros...*, op. cit., pp. 180-185. Barcelona
Llop, J., (2017). “El artículo 135 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en J. C. Laguna de Paz, Í. Sanz Rubiales, & I. M. De Los Mozos y Touya. (Coords.). *Derecho Administrativo e Integración Europea. Estudios en homenaje al profesor José Luis Martínez López Muñiz*. (Vol. II, *El actuar de la Administración Pública y garantías de su efectiva legalidad*, pp. 1495-1511). Madrid: Reus.

así como con procedimientos de solicitudes de asilo⁴³⁵, aunque ello no quiere decir que no se haya pronunciado sobre otras materias⁴³⁶.

En todo caso, las medidas cautelares se dictaran siempre que exista un riesgo real o plausible⁴³⁷ e inminente daño irreparable e irreversible, siendo la evaluación del mismo previsible en un momento concreto, asociando cada vez más el TEDH la tendencia a considerar el daño irreparable, como aquel, que haga inexistente, ineficaz, inútil, o nada efectivo su pronunciamiento final⁴³⁸. Esa eficacia también se refiere, como no puede ser

⁴³⁵ STEDH, Sec. 2ª asunto Gebremedhin c. Francia, apdo. 66-67, violación del art. 3 y 13 CEDH, ausencia en zona espera aeroportuaria para el acceso a un recurso con efecto suspensivo automático. Indicación del art. 39 del Reglamento (solicitud de asilo en frontera), contra las decisiones de denegación de admisión y derivación, mientras que existan razones de peso para creer que el solicitante estaba en riesgo de tortura o malos tratamientos en el Estado de destino. Es la garantía, y no la mera declaración de intenciones. El ejemplo más reciente que demuestra ese análisis de TEDH es precisamente la medida provisional adoptada respecto a Italia en cuanto a la embarcación "Sea Watch 3", en dicha medida el Tribunal el 29-01-2019, otorgó una medida provisional conforme al art. 39 referente a la citada embarcación cuando tenía 47 migrantes a bordo en Syracuse, Sicilia, Italia, no permitiendo esta última al barco entrar en el puerto. Los solicitantes se quejaron de que fueron detenidos a bordo sin base legal, sufriendo tratos inhumanos y degradantes. Existencia de 15 MENAS entre ellos. El Tribunal solicitó al gobierno italiano que "tome todas las medidas necesarias, tan pronto como sea posible, para proporcionar a todos los solicitantes atención médica adecuada, alimentos, agua y suministros básicos según sea necesario". En lo que respecta a los MENAS, el Tribunal solicitó al gobierno que proporcione asistencia legal adecuada (tutela legal), que mantuviese al Tribunal informado regularmente sobre los acontecimientos relacionados con la situación de los solicitantes. En similares circunstancias el THDH otorgó una medida provisional en diciembre del año 2018 a una madre detenida y a su hija de cuatro meses, en un centro de detención de inmigrantes en el Departamento de Loir-et-Cher (Francia), para evitar su traslado a Italia. El Tribunal en este caso adoptó la medida de su liberación de la detención. (Estos casos aún no se encuentran registrados oficialmente en la web del TEDH, se ha obtenido su información a través del Boletín Trimestral nº 2, Migración: preocupaciones clave sobre derechos fundamentales. El cual aborda las cuestiones de derechos fundamentales entre el 1 de enero y el 31 de marzo de 2019. Publicado en mayo 2019. (FRA).<https://fra.europa.eu/en/publication/2019/migration-overviews-may-2019>. Revisado el 21-05-2019.

⁴³⁶ El TEDH se ha pronunciado también respecto a extradiciones, así como para evitar la expropiación de tierras o viviendas en el país de acogida, o cualquier otro daño siempre que exista un riesgo de daño irreparable e irreversible. STEDH, Sec. 4ª de 24-09-2012, asunto Yordanova y otros c. Bulgaria, nº 25446/06 apdo. 4, 49-53, 103, medidas cautelares (propiedades reclamadas). STEDH GS, de 8-07-2004, asunto Ilascu y otros c. Moldavia y Rusia, nº 48787/99, apdo. 11, se instar a uno de los solicitantes a que suspendiera su huelga de hambre.

⁴³⁷ STEDH, Sec. 2ª de 27-03-2012, asunto Mannai c. Italia, medidas cautelares, hechos plausibles de crear un daño irreversible, apdo. 50 y ss.

⁴³⁸ El control de previsibilidad del daño irreversible, está dado para mantener el *statu quo* objeto de disputa hasta que el tribunal decida sobre el fondo del asunto. Su objetivo primordial, es preservar los derechos de las partes mientras está pendiente una decisión del tribunal. Se ratifica así la idea de proteger los derechos humanos de las partes de un daño irreparable mientras discurre el procedimiento, en cumplimiento de un requisito de justicia procedimental a nivel internacional. En este sentido STEDH, GS de 04-02-2005, asunto Mamatkulov y Askarov c. Turquía, nº 46827/99, 46951/99, apdo. 103-127. Como señala Casadevall respecto a la sentencia citada que la misma "*causo ruido en dos sentidos opuestos*". Ello debido, a que se reconoció por parte de las ONG y de asociaciones dedicadas a la promoción de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, en cuanto que la nueva apreciación del art. 39 del Reglamento, puesto en relación con el art. 34 CEDH, refuerza la eficacia del recurso individual. Por otra parte, al considerar que tal sentencia emanada de un órgano internacional, constituyendo un acto unilateral que crea obligaciones adicionales para los Estados parte que van más allá de las que figuran en el Convenio. Dicha sentencia ha sido poco apreciada por determinados sectores doctrinales del campo del derecho internacional público. Aunque no obtuvo la unanimidad de la GS, la sentencia fue votada por una confortable mayoría de catorce votos contra tres. Casadevall, J., (2012). *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, ...*, op. cit., p. 102.

de otra manera, al efecto del recurso del propio art. 13 CEDH, que tiene como hemos citado efecto suspensivo⁴³⁹ y en determinados supuestos efectos suspensivos automáticos.

Se analizará a continuación a partir de las indicaciones y de la jurisprudencia del TEDH los requisitos generales y presupuestos para las medidas cautelares ante el mismo, así como su interrelación específica con la materia en estudio. De ello se obtendrá las cuestiones positivas del procedimiento de medidas cautelares ante el TEDH y se señalará las cuestiones negativas que entiendo en un futuro deberán ser superadas por el mismo. Los aspectos positivos serán tenidos en cuenta, atendiendo precisamente a la comparativa con nuestro derecho interno, sus deficiencias, en cuanto a las medidas cautelares, como recursos y sus efectos suspensivos efectivos y eficaces.

2.3.3.b)- Requisitos generales: solicitud medidas cautelares del art. 39 RTEDH.

Lo dicho anteriormente puede tener tres lecturas. Una, referente a que las medidas cautelares que toma el TEDH, son producto del agotamiento previo en vía jurisdiccional interna de las Altas Partes Contratantes de los recursos que poseen sus legislaciones internas, donde los mismos no son efectivos y mucho menos con efectos suspensivos o de suspensión automática, por lo que hay que recurrir a dicha jurisdicción contenciosa internacional para preservar esos derechos humanos antes descritos. Segunda lectura, es precisamente la propia postura del TEDH respecto a su carácter restrictivo en cuanto a las medidas cautelares. El propio TEDH en su jurisprudencia ha venido señalando, que él mismo no es un Tribunal de apelaciones, que son las Altas Partes Contratantes internamente los que han de solventar las problemáticas de sus recursos, si son efectivos o no, o si son suspensivos automáticos, unido a las presuntas violaciones del CEDH. La tercera lectura, responde a temas logísticos que no vienen al tema ser tratados, pero que se centran en el desbordamiento del trabajo del Tribunal⁴⁴⁰. Analizaré de forma combinada las dos primeras, atendiendo a su manifestación en la práctica forense, destacando fundamentalmente la primera, lo cual hace precisamente tener en cuenta esos requisitos para poder presentar la solicitud de la medida cautelar.

Para la determinación de los requisitos generales de las medidas cautelares del TEDH se ha de partir del art. 34 CEDH demanda completa⁴⁴¹, individuales⁴⁴² o en conjunto (cuando se trate de una familia), o menores de edad. Siendo a través de dichas demandas en que se pueda hacer uso del art. 39 del RTEDH para la aplicación y solicitud de las medidas cautelares⁴⁴³. Dicha demanda completa, también puede presentarse en un momento posterior, quiere ello decir, que se puede presentar la solicitud de medida cautelar previa a la demanda. No obstante, se levantará la medida adoptada en caso de que no se presente

⁴³⁹ Se ha de recordar la importante STEDH, GS, asunto Hirsi Jamaa y otro c. Italia, apdo. 200.

⁴⁴⁰ Véase la Declaración del Presidente del TEDH (febrero de 2011), relativa a las solicitudes de medidas cautelares. Disponible en: http://www.echr.coe.int/NR/art_39_Statement_EN.pdf. En este sentido, se ha ido estableciendo un umbral muy alto para adoptar medidas cautelares, para evitar así el colapso del Tribunal. Dicha limitación y umbral, han hecho que la actividad del propio Tribunal sea limitada en su forma interpretativa, dejando como ya he dicho el margen de apreciación nacional a las Altas Partes Contratantes.

⁴⁴¹ STEDH, Sec. 1ª, de 27-03-2008, asunto Shtukaturov contra Rusia, nº 44009/05, apdo. 31, 40, 135-149.

⁴⁴² STEDH, Sec. 5ª de 10-08-2006, asunto Olaechea Cahuas c. España nº 24668/03, señala de forma determinante que la inobservancia de cualquier medida cautelar provoca una vulneración del art. 34 CEDH.

⁴⁴³ Instrucciones prácticas RTEDH del 1-6-2015, requisitos para solicitudes de medidas provisionales Dirección Práctica emitida por el Presidente del TEDH.

aquella. La solicitud de la demanda o la medida puede ser por cualquier persona interesada, permitiendo así ampliar la legitimación de las personas a dicha solicitud.

Es obvio que cualquier solicitud de demanda o medida cautelar presentada ante el TEDH debe ser razonada. El solicitante deberá prever, en particular los detalles, motivos en los que se basan sus temores particulares, la naturaleza de los supuestos riesgos reales o plausibles y las disposiciones del Convenio que presuntamente han sido violados. No basta, una mera referencia a documentos o proceso internos, sino presentación de pruebas o documentos en relación con la pretensión. Es imprescindible, que las solicitudes deban ir acompañada de todos los documentos justificativos necesarios, en particular, aquellos del tribunal nacional competente, u otras decisiones, junto con cualquier otro material que sea considerado necesario y fundamental para las alegaciones. Todas estas exigencias de forma correcta son analizadas por el TEDH, y en aquellos supuestos, que la solicitud este carente de tales requisitos, el Tribunal no requerirá para su subsanación. Este requisito tiene su equivalente analógico con el art. 133-1 LJCA.

Requiere especial mención la conformación del requisito, (que a su vez será un presupuesto) riesgo real o plausible, inminente, daño irreparable e irreversible. Dicha conformación, en lo que respecta a la materia aquí tratada, se ha ido construyendo a través de la propia jurisprudencia del TEDH, señalando generalmente que solo existe dicho riesgo o daño si *prima facie* se comprueba una amenaza seria⁴⁴⁴ para la vida o integridad física⁴⁴⁵, en fin, ese riesgo grave se identifica con la pérdida de la vida humana, malos tratos, situaciones de torturas. Este requisito, desde el punto de vista de su reconocimiento en una resolución judicial en el momento de la solicitud de la medida cautelar, es un lado oscuro dentro del procedimiento, al no existir resolución específica sobre ello. Hay que ir a buscar la argumentación en las sentencias de fondo, e interpretar las mismas, aunque en las mismas poco o nada motivan en relativo a las medidas cautelares adoptadas. Tampoco se encuentra nada en las denominadas comunicaciones a los Estados. Por lo que no es muy entendible esa opacidad o falta de transparencia del propio TEDH, en la forma y plasmación de la toma de decisión sobre la medida adoptada o desestimada. Dicha conformación en fin, hay que buscarla a partir del fondo de la sentencia, de la valoración de los principios generales y la aplicación de los antedichos principios al caso concreto.

De dicho análisis en lo que aquí nos compete, permite ratificar que los riesgos o daños en cuestión, su previsibilidad, los mismos generalmente se encuentran asociados principalmente a los arts. 2, 3, 5 y 8 del CEDH y dentro de ellos fundamentalmente art. 2-3 CEDH. Cada uno de estos derechos, lleva aparejado el análisis de las circunstancias personales del demandante como mismo quedo definido anteriormente.

Respecto al requisito daño irreparable e irreversible también pasa a conformar un presupuesto a tener en cuenta. Se ha de partir para la evaluación del mismo en un momento concreto, asociando cada vez más el TEDH la tendencia a considerar el daño irreparable, como aquel que haga inexistente, ineficaz, inútil, o nada efectivo su pronunciamiento final, es decir, la posibilidad de restituir al demandante en la integridad de su derecho, una especie de *restitutio in integrum*⁴⁴⁶ o reparación integral (aunque sea una entelequia, el carácter irreparable de este tipo de daño, los perjudicados no pueden

⁴⁴⁴ Morte Gómez, C. (2011). *Cómo presentar una demanda ante el Tribunal Europeo...*, op. cit., pp. 213.

⁴⁴⁵ STEDH, Sec. 1ª de 25-04-2013, asunto Savridin Dzhurayev c. Rusia, nº 71386/10, apdo. 213.

⁴⁴⁶ Cruz Ortiz de Landázuri, M. L., (2010). “La reparación a las víctimas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.” *REDI*. (Vol. LXII, nº 1), pp. 89-117. En este sentido art.106.2 CE.

esperar u obtener una reparación integral y plena), que junto a las obligaciones positivas y medidas con fines no repetitivos que se adopten, serian la verdadera tutela judicial efectiva y eficaz que persigue el art. 13 del Convenio. Esto a diferencia precisamente de la concepción del daño irreparable, como aquel de imposible reparación, pero que si puede ser compensado o restituido a través, (p. ej.), del pago de una indemnización o cualquier otra fórmula económica. Tal diferencia no es baladí para el tema tratado, ya que esta última trae como consecuencia que no procedería la adopción de medida cautelar alguna, pues a todo supuesto, se puede cuantificar, indicar un valor económico y por ende ser indemnizable. Sin embargo, lo que pretende el TEDH es que ese derecho humano, en su contenido y extensión no sea dañado por situaciones precisamente irreversibles, ellas en relación con en esa condición de la dignidad humana. Esto como se ha expresado anteriormente recobra un significado especial en la materia en estudio. Hay aspectos como los señalados *ut supra*, (educación de un menor, o separación de una familia, etc.), que generarían un daño moral, difícil de cuantificar en términos no sólo económicos, sino también cualitativos, por lo tanto, es evitar precisamente ese daño con la medida cautelar correspondiente y más adecuada. Criterio que como veremos más adelante, no es el predominante en nuestra jurisprudencia interna.

Unido estrechamente a lo anterior se encuentra, que dicho riesgo sea real e inminente, urgente. Precisamente este requisito de inminencia o urgencia, es lo que quizás pudiera justificar en cierta medida el defecto procesal de que el Tribunal no dicta una resolución motivada de la medida, atendiendo a que los plazos de tiempo son muy cortos⁴⁴⁷. No es discutible en sentido general que ante la inminencia o urgencia de forma muy ágil el Tribunal toma la decisión de la medida y se lo comunica al Estado correspondiente. Tampoco define la jurisprudencia del TEDH elementos o indicadores que se han de tener en cuenta para conceptualizar o determinar la urgencia, sino que la misma está asociada al tipo, forma, circunstancias del carácter del daño que se prevé, tanto en presente, como futuro inmediato. En fin, la urgencia se determina a partir de todas las circunstancias antes citadas en los supuestos de los derechos humanos estudiados.

A su vez el art. 39 del RTEDH, tiene otro requisito general, en este caso para los Estados parte y demás partes en el procedimiento, su efecto vinculante, obligatorio para las partes en el procedimiento⁴⁴⁸. Dicha obligatoriedad ha tenido un serio alcance en el control del

⁴⁴⁷ STEDH GS, de 10-03-2009, asunto Paladi c. Moldavia, nº 39806/05, apdo. 88-89, "se desprende de la propia naturaleza de las medidas provisionales que la decisión sobre si es necesario indicar su adopción en un caso determinado a menudo debe tomarse en un lapso de tiempo muy corto (...). Por tanto, con frecuencia, la relación completa de los hechos del caso queda sin determinar hasta el momento de la sentencia del Tribunal sobre el fondo (...). Es precisamente con el fin de preservar la capacidad del Tribunal para emitir un juicio (...) que dichas medidas se indican. Hasta ese momento, puede resultar inevitable para el Tribunal la adopción de medidas provisionales sobre la base de hechos que, a pesar de parecer aconsejarlas a primera vista, con posterioridad se añaden a otros o se contrastan hasta el punto de hacer cuestionable la justificación de tales medidas"

⁴⁴⁸ Díaz Crego, M., (2018). "¿Tomando la Justicia Cautelar en Serio?: Las Medidas Provisionales en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos". *Teoría y Realidad Constitucional*. (nº 42). UNED, pp. 425-451. Salado Osuna, A., (2004). "La obligatoriedad de las medidas provisionales dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos". *Anuario de derecho europeo*, (nº 4), pp. 185-210. Doctrina generada en los asuntos Cruz Vara y Mamatkulov y Askarov c. Turquía, Olachea Cahuas, las medidas cautelares adoptadas por el mismo, tienen obligatoriedad de cumplimiento, su incumplimiento provoca siempre una vulneración del art. 34 CEDH. SSTEDH, Sec. 4ª de 2-03-2010, asunto Al-Saadoon y Mufdhi c. Reino Unido, nº 61498/08 apdo. 160; Sec. 4ª de 17-01-2006, asunto Aoulmi c. Francia, nº 50278/99, apdo. 100 y 111, expulsión, art. 3 y 8 CEDH. Indicación art. 39 RTEDH y su fuerza "vinculante".

cumplimiento de las medidas cautelares que lleva el TEDH, no permitiendo incluso a los Estados causas de incumplimiento como obligaciones o compromisos internacionales o imposibilidades materiales⁴⁴⁹).

Definidos los requisitos generales mencionados me permite señalar, por un lado, que el procedimiento del TEDH en cuanto a las medidas cautelares es efectivo, eficaz, ello por su urgencia, pero por otro, en lo relativo a la forma de la toma de la decisión, análisis de los hechos, su omisa motivación⁴⁵⁰, la transparencia del mismo, no expresión formal en una resolución y por último, la propia clasificación y jerarquización⁴⁵¹ de los derechos, hace que los daños irreparables e irreversibles, no siempre sean valorados desde la misma perspectiva e intensidad, de ver ineficaz, inútil, o nada efectivo el pronunciamiento final del proceso. Por lo que hace que el recurso no sea en todos los supuestos lo verdaderamente efectivo y eficaz. Agréguese la limitación procesal objetiva de la irrecurribilidad. Todo lo cual indica a señalar que dicho proceso cautelar puede seguir siendo mejorado⁴⁵².

2.3.3.c)- Presupuestos de las medidas cautelares del art. 39 del RTEDH.

Una vez expuestos los requisitos generales necesarios a tener en cuenta para la solicitud de las medidas cautelares. Se analizará los presupuestos, estos, como se ha señalado *supra*, puede coincidir en cierta medida y forma con alguno de los requisitos, existiendo cierto solapamiento. Se une a ello las características principales en la materia que nos ocupa.

Dentro de los presupuestos de las medidas cautelares que se interpretan del art. 39 del RTEDH se encuentran:

1.-) Alto grado de probabilidad de violación de un derecho protegido por el Convenio. Este presupuesto está relacionado con el objetivo del Convenio de garantizar el

Esta obligatoriedad o fuerza vinculante se resume en i) los Estados no pueden sustituir al propio tribunal en lo que a la valoración del riesgo se refiere, ii) la interpretación del contenido de las medidas cautelares no puede ser formalista, iii) los Estados habrán de cumplir esas medidas con una celeridad y diligencia notable, articulando procedimientos adecuados para ello. Esta obligatoriedad también se hace extensiva al cumplimiento de las obligaciones positivas de los Estados adoptadas en las medidas cautelares, SSTEDH, Sec. 3ª de 1-03-2016, asunto Andrey Lavrov, nº 66252/14; Sec. 3ª de 4-10-2016 Klimov c. Rusia, nº 54436/14; Sec. 3ª de 4-10-2016, asunto Maylenskiy c. Rusia, nº 12646/15; Sec. 5ª de 6-10-2016, asunto Pivovarnik c. Ucrania, nº 29070/15.

⁴⁴⁹ STEDH, Sec. 5ª de 1-02-2018, asunto M.A nº 9373/15 y Sec. 5ª de 1-04-2018, asunto A.S. 46240/15, ambos c. Francia, donde el TEDH rechazaba las alegaciones del Estado francés que señalaba la imposibilidad de cumplir la medida cautelar adoptada por el TEDH a fin de evitar la expulsión de ambos demandantes porque cuando ésta fue notificada los dos se encontraban ya dentro del avión que les llevaría a su destino. Señala el Tribunal que es plenamente consciente de que es necesario que las autoridades competentes apliquen las órdenes de expulsión de manera rápida y efectiva, sin embargo, las condiciones para tal ejecución, no deben tener por objeto privar a la persona del derecho de solicitar al Tribunal la indicación de una medida cautelar.

⁴⁵⁰ En la sentencia que a continuación citare el TEDH señala precisamente la necesidad de la interpretación del art. 6 CEDH, respecto a la motivación y fundamentación de las resoluciones, sin embargo, en cuanto a sus propias decisiones sobre medidas provisionales no las hace. STEDH, Sec. 3ª de 15-02-2007, asunto Boldea c. Rumania, nº 19997/02, apdo. de 28-35 y la jurisprudencia allí citada.

⁴⁵¹ Díaz Crego, M., (2018). “¿Tomando la Justicia Cautelar en Serio?...”, op. cit., pp. 445-446.

⁴⁵² Keller, H., & Marti, C., (2013). “*Interim Relief Compared: Use of Interim Measures by the UN Human Rights Committee and the European Court of Human Rights*”. *Heidelberg Journal of International Law*. (Vol. 73, nº 3), pp. 325-372, (p. 338.339).

cumplimiento efectivo de los derechos humanos/fundamentales de las partes, evitando daños irreversibles, es la previsibilidad de la evitación del daño irreversible, el que junto a la urgencia, se analizan para así garantizar la efectividad de la resolución judicial definitiva. Se evita toda situación que pueda devenir en irreversible, además de preservar la efectividad de la resolución judicial. Los hechos que sucedan y se demanden deben indicar un alto grado de probabilidad de que pueda producirse una violación de un artículo del Convenio. Se tiene que probar que existen razones fundadas del solicitante que la adopción de la medida la que va a prever un riesgo o daño real irreversible. Este presupuesto de forma analógica está en correspondencia con el art. 130-1 LJCA, valoración previa circunstanciada de todos los intereses en conflicto (aspectos que se desarrollaran en la tercera parte, capítulo i).

2) El daño grave irreparable, irreversible, riesgo serio, real, inminente en relación con uno de los derechos reconocidos por el CEDH, es otro presupuesto, que a su vez conforma unos de los requisitos anteriormente analizados. Este presupuesto está en correspondencia el art. 130-2 y 136.1, ambos LJCA, en lo referido a la perturbación grave de los intereses generales o de tercero y los propios del actor. A su vez en relación con el art. 133.1 LJCA, en lo relativo a los perjuicios de cualquier naturaleza, que pudieran derivarse.

3.-) La inminencia o la urgencia, el presente presupuesto que a su vez constituye uno de los requisitos generarles antes citados, se encuentra en estrecha relación con la especial urgencia del art. 135.1 LJCA. Siendo en el sistema de las medidas cautelares del TEDH uno de los presupuestos fundamentales de las mismas. Como se expuesto con anterioridad tiene una estrecha vinculación con el riesgo real e inminente, pero a su vez con el recurso efectivo, eficaz y suspensivo (art. 13 CEDH). Precisamente la urgencia hay que verla en el procedimiento de las medidas cautelares, no solo en cuanto al peligro o al riesgo del daño, e incluso de la envergadura de este, sino desde el punto de vista de la agilidad del procedimiento para dictar la misma, la accesibilidad real al sistema procesal, la disponibilidad especialmente en el sentido de que su ejercicio no debe ser obstaculizado de manera arbitraria, tanto por actos, como por omisiones de las autoridades estatales. Son los rasgos antes señalados, (p. ej.), con los que no cuenta el art. 135 LJCA⁴⁵³, o el obstáculo a la accesibilidad de las mismas ante los juzgados de guardia, o incluso cuando la misma se solicita ante la jurisdicción correspondiente y ante los horarios ordinarios y se alegan obstáculos procesales, tales como los del art. 7 y 14 LJCA, ante la inminencia de un riesgo o daño real. O las situaciones de nombramiento de defensor judicial respecto a los MENAS cuando existe conflicto de intereses entre estos y sus tutores o el Fiscal. Todos estos aspectos se desarrollaran en la tercera parte de la presente investigación.

4.-) Margen de apreciación nacional y carácter subsidiario⁴⁵⁴, este presupuesto al igual que los anteriores surge de la jurisprudencia del TEDH. El mismo, en la materia en estudio destaca significativamente la autonomía de las Altas partes en la política de la materia migratoria. Para valorar el grado de probabilidad de que pueda producirse una violación de un artículo del Convenio, el TEDH parte del principio de confianza en los Estados contratantes y el margen de apreciación de los mismos. Ese alto grado de confianza en las autoridades nacionales se sustentan atendiendo a que son éstas quienes tienen el contacto directo con el recurrente y se encuentran en una mejor posición para valorar el

⁴⁵³ STEDH, Sec. 3ª, asunto A.C y Otros c. España, apdo. 89.

⁴⁵⁴ Este presupuesto no debe confundirse con la obligación formal de agotar los recursos internos antes de enviar una solicitud completa al Tribunal, a la que se refiere el art. 35.1 CEDH.

riesgo invocado y la probabilidad de presunción en el estado de este, es decir, una especie de principio de inmediatez.

Respecto al carácter subsidiario, el Tribunal aplica en sentido general el criterio de que su competencia jurisdiccional interviene cuando un demandante ha agotado todos los procedimientos internos del Estado parte. No puede dirigirse al Tribunal por regla general, si antes no ha agotado la oportunidad de las instancias nacionales de corregir la situación y reparar el daño consecuencia de la violación invocada. Se trata del sentido del principio en derecho internacional de agotamiento de los recursos internos. Principio íntimamente vinculado al hecho de que los destinatarios naturales y por vocación del Convenio son los jueces y los tribunales del orden interno, el sistema de control internacional sólo actúa por defecto. Este carácter subsidiario, concretamente en las medidas concernientes al objeto de estudio, no necesariamente requiere el agotamiento de la vía de los recursos internos. Ello debió a como se ha venido planteando, los recursos internos no son efectivos, eficaces y suspensivos. En los casos donde un solicitante alegue que un recurso interno no es efectivo, claramente deberá especificar tal extremo en la solicitud.

5.-) Equivalencia multinivel: los derechos humanos del Convenio, la CDFUE, las normas del DIDH y los derechos fundamentales de las Constituciones internas de los Estados parte⁴⁵⁵, estos conformarían el *fumus boni iuris*. Este presupuesto también se construye al igual que los anteriores de los principios y jurisprudencia desarrollada por el TEDH. Son los derechos de la Convención los que se denuncian como vulnerados, conformando *prima facie* un buen derecho, atendiendo a la intensidad del derecho concreto vulnerado (arts. 2, 3, 5, 8). Al ser el propio art. 52-3 CDFUE el que remite al CEDH, señalando que los derechos que contenga la Carta se corresponden con aquel, serán de sentido y alcance iguales a los que les confiere el Convenio, se refuerza el carácter equivalente y el *fumus boni iuris*. Ello lleva de *facto* a analizar al momento de la determinación de la medida del art. 39⁴⁵⁶ del RTEDH el principio de la confianza entre los EM de la UE y de estos con el propio Consejo, agregando a este análisis multinivel la CIPDTMF y los países que la conforman, que a su vez son integrantes del Consejo y son candidatos oficiales o potenciales a pertenecer la UE (vid. nota 206). En este sentido, se ha de tener en cuenta el enfoque equilibrado y lleno de matices ya mencionado en la sentencia Bosphorus.

Atendiendo a todo lo expuesto, fundamentalmente al desarrollo jurisprudencial del TEDH respecto a los aspectos positivos, como la apreciación de la urgencia y la rapidez de la solución de la medida o la previsibilidad del daño, deben en su justa medida ser interpretados por nuestros órganos jurisdiccionales y autoridades administrativas internas en la materia en estudio o como señala AZPITARTE SÁNCHEZ, fortaleciendo la tutela de los derechos fundamentales, aumentando el estándar o el *test* de interpretación de nuestra Constitución, y en determinados casos incluso doblar la propia línea interpretativa de nuestra Constitución realizada por el TC⁴⁵⁷.

2.3.3.d)- Conclusiones parciales.

⁴⁵⁵ STEDH GS, de 04-11-2014, asunto Tarakhel c. Suiza, nº 29217/2012, apdo. 88-91.

⁴⁵⁶ STEDH, GS, de 21-01-2011, asunto MSS c. Bélgica y Grecia, nº 30696/09, apdo. 330.

⁴⁵⁷ Azpitarte Sánchez, M., (2014), "Derecho constitucional y derecho europeo", en J. Alguacil González-Aurilloles, e I. Gutiérrez Gutiérrez. *Constitución: norma y realidad. Teoría constitucional para Antonio López Pina*. (pp. 87-96). Madrid: Marcial Pons.

1.- No cuenta el CEDH con una regulación interna de las medidas cautelares. Las competencias del TEDH al respecto están reguladas en su Reglamento, es a través del art. 39 RTEDH que se estipula la solicitud a instancia de parte o de cualquier otra persona interesada o de oficio por el TEDH.

2.- Las medidas cautelares están dirigidas no sólo a garantizar la efectividad de la resolución judicial definitiva, sino de preservar los derechos humanos de las partes evitando toda situación que pueda devenir irreversible. Es la previsibilidad de los daños irreversibles uno de sus requisitos generales y presupuesto específico más importante, que unido a la urgencia hacen eficaz y efectivo el recurso cautelar.

3.- El uso de las medidas cautelares tiene un carácter excepcional y restringido. Se parte de la evaluación del riesgo y daño que se produce en un momento concreto y conduce a la adopción de la decisión. Se tiene en cuenta la situación administrativa regular o irregular del solicitante de acuerdo con la propia distinción que realiza el Convenio. Se establece una especie de configuración de jerarquía entre los derechos del CEDH, creando altos estándares o umbrales sobre determinados derechos, como los del art. 2, 3, siendo de menor estándar el art. 8 CEDH, esto trae como resultado que se puedan obviar algunos daños que pueden ser difícilmente reparados e irreversibles. A su vez el Tribunal tiene en cuenta el principio de confianza en los Estados contratantes y el margen de apreciación de los mismos.

3.- Las medidas cautelares del art. 39 del RTEDH no pueden ser vistas como recursos de apelación frente a las resoluciones de los tribunales nacionales. No es necesario en la presente especialidad el previo agotamiento de los recursos o vías impugnativas internas. Se puede hacer uso del art. 39, sin que se haya agotado dichas vías, precisamente por las deficiencias de los recursos internos, no efectivos, eficaces o suspensivos (no cumplir los requisitos art.13 CEDH).

4.- El efecto de las decisiones de las medidas cautelares tomadas por el Tribunal son de carácter vinculantes y obligatorios para los Estados de que se trate.

5.- De la compleja jurisprudencia del TEDH sobre el margen de apreciación de los Estados contratantes, de acuerdo con los estándares superiores de garantías que puedan tener dichos Estados a partir de los mínimos que señala el CEDH, tanto los órganos judiciales nacionales -en este caso concreto los del Estado Español-, así como las entidades administrativas intervinientes en estos procedimientos de extranjería, deben de tener en cuenta en todo caso, que de acuerdo al estudio -fundamentalmente de los arts. 2, 3, 5, 6, 8 y 13, así como los Protocolos 4 y 7, en sus arts. 4 y 1 respectivamente, todos del CEDH- han de tomar de la interpretación dada por el TEDH los estándares mínimos de garantías que señalan los mismos incorporándolos en todo caso a través del art. 10.2 CE, haciendo nuestros estándares equivalentes superiores, al alza. Estos serán de aplicación directa como estándares superiores al momento de la solicitud de una medida cautelar, ya sea en vía administrativa, o luego en vía jurisdiccional (STC Pleno nº 172/20).

Lo anterior nos permite clasificar desde este momento que en los casos de solicitud de medidas cautelares en el derecho interno en la presente especialidad se ha de tener en cuenta: i) que en los procedimientos de expulsión, devolución, retornos forzosos en frontera, extinciones, protección humanitaria y todos aquellos que generen una fuerte carga de gravamen -debido a irregularidades sobrevenidas-, o aquellos que lleven implícito las salidas obligatorias o cualquier otro acto que atente contra el *statu* jurídico del extranjero -RLD, o aquellos inmigrante establecido-, se han de aplicar los estándares

equivalentes superiores o al alza, previendo los daños irreversibles que se puedan causar para la dignidad humana y el desarrollo de la personalidad, la vida familiar, vida privada, situaciones de posibles malos tratos, torturas o tratos degradantes, situación de salud o enfermedades; ii) especial significado han de tener aquellos supuestos con la presencia de menores o situaciones de MENAS. En todo caso debe prevalecer el interés superior del menor. Reforzado por la interpretación del art. 8 CEDH, y un *plus* de reforzamiento en aquellos supuestos donde existan menores o familiares CUE o de los Estados contratantes del Convenio.

6.- La doctrina jurisprudencial desarrollada por el TEDH en relación a las medidas cautelares y los derechos protegidos por el CEDH equivalentes a los de nuestro derecho constitucional, al ser el contenido de dichas medidas vinculantes y obligatorias para los Estado, las mismas deben interpretarse, no sólo en cuanto la suspensión de aquellos actos de expulsión, devoluciones en caliente o colectivas, sino que también ha ser tenida en cuenta al momento de interpretar aquellas doctrinas internas, tales como la de no suspensión de actos negativos y proceder en consecuencia con medidas cautelares suspensivas o positivas en el derecho interno.

7.- A través de las técnicas de protección indirecta, interpretación evolutiva, obligaciones positivas del Estado, e incluso por razones del principio de oportunidad, en unión de la indivisibilidad de los derechos humanos, todos inherentes a la dignidad humana, los derechos humanos antes descritos actúan con los derechos sociales de prestación, fundamentalmente aquellos denominados como derechos sociales de prestación de racimo (derecho al trabajo, la libertad de ejercer una profesión, derecho a un salario digno), los que deben ser tenidos en cuenta y ser objeto de protección al momento de la decisión de la tutela cautelar. Estos derechos coincide con unos de los elementos conformadores del interés general en la materia (art.2 bis inciso i) LO 4/00. Con dichas técnicas, dichos derechos sociales de prestación pueden conformar el presupuesto del “*fumus boni iuris*”, derechos que permitirían realizar un correcto análisis de la ponderación de intereses generales e individuales.

8.- Las medidas cautelares adoptadas por el TEDH son irrecurribles. La decisión adoptada tampoco se muestra con transparencia, los análisis que realizan los jueces del TEDH para la toma de la decisión, motivación y fundamentos a tener en cuenta para el análisis de los supuestos son desconocidos y se muestran en las sentencias de forma muy escueta.

2.3.4- La Carta Social Europea. Comité Europeo de Derechos Sociales.

2.3.4.a)- Consideraciones previas.

Los derechos sociales dentro de los objetivos de la presente investigación tienen una notoria importancia, atendiendo a que los mismos pueden conformar los presupuestos de las medidas cautelares, como elementos integradores de buen derecho de los recurrentes. Para ello es necesario tener presente que en nuestra región se encuentra el instrumento jurídico internacional por excelencia, el Tratado europeo de derechos sociales, la Carta Social Europea⁴⁵⁸, (CSE), que proyecta su credibilidad a través del trabajo del CEDS. La CSE revisada⁴⁵⁹, ha sido declarada oficialmente como la Constitución Social de Europa,

⁴⁵⁸ Abierta firma en Turín 18-10-1961. BOE nº 153 de 26-06-1980, Instrumento ratificación 29-04-1980.

⁴⁵⁹ La CSE revisada de 3-05-1996, Estrasburgo, actualiza el contenido de la Carta de 1961 (vuelta a revisar en Montenegro el 3-03-2010), ampliando el catálogo de derechos e introduce nuevas enmiendas, prestando

conformándose así, entre, el Consejo de Europa y la Unión Europea el Pilar Europeo de Derechos Sociales⁴⁶⁰. A pesar de su revisión y actualización, la evolución de los derechos sociales en algunos supuestos ha sido regresivo y lento⁴⁶¹. No obstante, se aspira a respetar el derecho fundamental a la igualdad de trato de todos los individuos independientemente de su edad, condiciones, nacionalidades, sin dejar de proporcionar protección y apoyo a quienes lo necesitan (art. 18 CSE)⁴⁶².

El análisis sobre este instrumento jurídico nos permitirá tener en cuenta los derechos en ella recogido, como derechos fundamentales para la dignidad humana y el desarrollo de la personalidad, aunque no sean vistos, como los derechos fundamentales recogidos en nuestro Título Primero de la CE⁴⁶³, pudiéndose ejercer de forma directa o indirecta junto a aquellos al estar íntimamente relacionados, incorporando los mismos a través del presupuesto del “*fumus boni iuris*” en las medidas cautelares de extranjería. Para ello nos basaremos en los principios generales del derecho, del derecho constitucional⁴⁶⁴ y el

especial consideración a las personas vulnerables. España hasta el presente no había firmado la Carta revisada de 1996. Procediendo el Consejo de Ministros el 10-11-2020 a aprobar un Acuerdo por el que se dispone la remisión a las Cortes Generales, trámite urgencia, de la CSE revisada y se autoriza la manifestación del consentimiento de España para obligarse por dicha carta. Iniciando la suscripción del Protocolo adicional (nº3) de 1995, reclamaciones colectivas.

⁴⁶⁰ Monereo Pérez, J. L., (2018). “Pilar Europeo de los Derechos Sociales y Sistemas de Seguridad Social”. *Lex Social. Revista jurídica de los derechos sociales* (Vol. 8, nº 29), pp. 251-298. Del mismo autor (2018). “La racionalización jurídica de las relaciones laborales y la emergencia de nuevas fuentes reguladora en el orden internacional”. *Lex Social. Revista jurídica de los derechos sociales*. (Vol.8, nº 1), pp.1-44. Viciano Pastor, R., (2002). “Los derechos sociales y culturales conforme al derecho internacional”, en J. L. Monereo Pérez, C. Molina Navarrete & M. N. Moreno Vida, (Coords). *Comentario de la constitución-socioeconómica de España*. (pp. 177-201). Granada: Comares.

⁴⁶¹ Se han de tener en cuenta las regresiones en cuanto al derecho de salud universal (art 11.1). Decisión de fondo de 20-10-2009, sobre la Reclamación nº 47/08 (Defence of Children International, DCI c. Países Bajos), interés superior del menor que concluyó con la violación de los artículos 11, 13, 16, 17, 30 y 31 CSE revisada. Decisión de fondo de 11-09-2012, sobre la Reclamación nº 67/11 (Médecins du Monde – International c. Francia), art. 11, salud. El Comité ratifica que los Estados parte en la Carta tienen obligaciones positivas en materia de acceso a la asistencia sanitaria con respecto a los migrantes, «*se encuentren o no en situación irregular*». Decisión de fondo de 23-10-2012, sobre la Reclamación nº 69/11 (Defence for Children – International, DCI c. Bélgica), en la que se declaró la violación de varias disposiciones de la CSE revisada (arts. 3, 7, 11, y 17), a causa de la situación de desamparo de los MENAS o no, que se encontraban en situación irregular o eran demandantes de asilo en Bélgica. Otro ejemplo, en el 2017, en sus Conclusiones el CEDS respecto a España, señala que la situación de exclusión al acceso universal a la atención sanitaria de las personas extranjeras en situación irregular es conforme al art. 11.1.

⁴⁶² Martín Martínez, M. M., & Jiménez Sánchez, C., (2017). “Derecho a la libre circulación (protocolo nº 4)”, en C. Monereo Atienza & J. L. Monereo Pérez. (Dir/Coords.). *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de los Derechos Humanos y la Carta Social Europea. (Parte I. Convenio Europeo de Derechos Humanos. Derechos en protocolos*, pp. 245-254). Granada: Comares.

⁴⁶³ García Roca, J. F., (2014). *Pautas para una reforma constitucional...*, op. cit., pp. 39-40. En este sentido se plasma en el Informe que algunos de los principios rectores del capítulo tercero del Título I CE, como el de la seguridad social o a la protección de la salud o asistencia sanitaria, los cuales gozan de un desarrollo y concreción legal amplia, de un *status* similar a otros derechos prestacionales, como el de la educación, por ende deben “subir”, conformar los derechos fundamentales, sin que se pueda justificar la distinción actual, cuando “*al cabo, la salud tiene una conexión muy directa al derecho a la vida y la integridad física (art. 15 CE), derechos inderogables e indiscutiblemente conectados con la dignidad humana*”. Argumentación sostenida en el año 2019 en su artículo “Los Riesgos de una buena Constitución vieja: tiempos de reformas y democracia de consenso”. *Revista de las Cortes Generales* (nº 106), pp. 153-173.

⁴⁶⁴ Gavara de Cara, J. C., (2016). “Los Derechos Fundamentales: valoración y posibles modificaciones” en T. Freixes Sanjuán & J. C. Gavara de Cara. *Repensar la constitución. Ideas para una reforma de la*

DIDH, en particular en lo que aquí respecta a la -CSE- y a la jurisprudencia del -CEDS, como vector axiológico de la sociedad (como instrumento al servicio de los valores y derechos fundamentales y, en consecuencia, orientado al respeto de la dignidad de la persona y a la consecución del fin último de la justicia)⁴⁶⁵. No existe la indivisibilidad de los derechos humanos, la “*integralidad maximizadora del sistema global de derechos humano*”⁴⁶⁶, o la sinergia integradora y carácter complementario de los diversos mecanismos internacionales de protección de derechos humanos⁴⁶⁷, (principio *pro personae, favor libertatis, o in dubio pro libertate*) hacen que estos derechos puedan ser tenidos en cuenta de forma directa y positiva en las medidas cautelares en estudio.

Lo señalado nos permitirá el análisis de dichos derechos sociales, tanto desde el control de convencionalidad⁴⁶⁸, como desde su control de constitucionalidad⁴⁶⁹, unido a la tutela multinivel de dichos derechos fundamentales⁴⁷⁰. Debiendo primar el canon superior de garantías de los derechos en cuestión, el estándar de protección más favorable, resolver

Constitución de 1978: reforma y comunicación dialógica. (1ª Ed. Primera Parte, pp. 39-71). Madrid: CEPC, Agencia Estatal BOE. El profesor Gavara se refiere a las propuestas de extensión del recurso de amparo constitucional a los derechos del capítulo tercero del Título I CE, como el derecho a la seguridad social o a la protección de la salud o asistencia sanitaria, señalando que los mismos “*precisaría una puesta al día al menos en comparación con la CDFUE*”, pp. 40, 59-60. En este sentido el profesor Gavara en el año 2007 en su trabajo “La vinculación positiva de los poderes públicos a los derechos fundamentales”. *Teoría y Realidad Constitucional*, (nº 20). UNED, pp. 277-320, señalaba los efectos de la vinculación positiva de carácter objetivo en los derechos de prestación, los cuales debe ser definidos y estructurados previamente en función de un determinado contenido, para que una pretensión de su protección sea ejecutable jurídicamente, es decir, se deben articular, desarrollar y concretar normativamente las circunstancias y contenido de dicha prestación, pp. 312-317.

⁴⁶⁵ Jimena Quesada, L., (2017). “Las Grandes Líneas Jurisprudenciales del Comité Europeo de Derechos Sociales: Tributo A Jean-Michel Belorgey”. *Lex Social Revista de los Derechos Sociales*. (Vol. 7, nº 1), pp. 1-25.

⁴⁶⁶ Bidart Campos, G., (1994). “La interpretación del sistema de derechos humano”. *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*. (nº 19), pp. 11-47.

⁴⁶⁷ Cançado Trindade, A. A. (1998). “Reflexiones sobre la interacción entre el Derecho internacional y el Derecho interno en la protección de los derechos humanos”, en VV.AA. *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. (1ª, Ed. pp. 107-136). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas/Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. UNAM.

⁴⁶⁸ Akandji-Kombé, J. F., (2014). “La aplicación de la Carta Social Europea por los órganos jurisdiccionales de los Estados partes”, en M. Terol Becerra, & L. Jimena Quesada, (Dir.). *Tratado Sobre Protección de Derechos Sociales*. (pp. 269-295). Valencia: Tirant lo Blanch.

⁴⁶⁹ Atendiendo a lo anterior, los derechos de la CSE forman parte del ordenamiento interno español, por tanto son vinculantes para la ciudadanía y los poderes públicos, incluido el TC. Resuelta igualmente obligatoria la jurisprudencia emanada del CEDS, como intérprete y garante último de la CSE, es decir, dichas perspectivas jurisprudenciales deben ser incorporadas al acervo jurídico nacional por los operadores jurídicos. quienes, en caso de conflicto ante un derecho fundamental, un derecho humano deberá aplicar el control de convencionalidad unido al principio de más favorable (*favor libertatis*). Jimena Quesada, L., (2010). “Crónica de la Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales-2010”. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*. (nº 16), pp. 385-407.

⁴⁷⁰ Jimena Quesada, L., (2013). *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*. Cizur Menor: Thomson Aranzadi, pp. 24- 25, 53-118. Con anterioridad el profesor Jimena Quesada se había pronunciado al respecto, año (2007). “La inconstitucionalidad del control de constitucionalidad sucesivo de los tratados internacionales (crítica a la postura mantenida por el Tribunal constitucional español), en VV. AA., P. Pérez Tremps. (Ed.). *La reforma del Tribunal Constitucional: Actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*. (pp. 419-439). Valencia: Tirant lo Blanch. Fondevila Marón, M., (2017). “Control de Convencionalidad...”, op. cit., pp 347-360.

con plenas garantías dichos derechos, evitando la existencia de valoraciones dispares por los órganos jurisdiccionales.

No obstante, este punto lo acoto señalando que nos referiremos fundamentalmente a los derechos sociales de prestación y dentro de ellos a los que se han calificado por la doctrina científica como derechos racimo, entre ellos, derecho al trabajo, la libertad de ejercer una profesión, derecho a un salario digno, dignas condiciones de trabajo, que son los que en determinado momento del proceso de las medidas cautelares pueden ser alegados, ya que estos derechos han sido contrastado por el propio CEDS determinado que los extranjeros son una fuerza productiva beneficiosa⁴⁷¹. Coincidiendo lo antes dicho, con lo ya señalado en conclusión anterior (Vid. conclusión parcial nº 7 del TEDH, punto 2.3.3.d), así como, veremos más adelante con la aproximación a la definición el interés general en la materia en estudio, [concretamente con el art. 2 *bis* inciso i) LO 4/00, segunda parte, punto 1.3].

2.3.4.b)- Los derechos económicos sociales. Su control de convencionalidad aplicado a las medidas cautelares, *fumus boni iuris*.

Los derechos sociales y dentro de ellos los prestacionales concretamente pueden perfectamente ser utilizados como fundamentos de derecho material a tener en cuenta para la solicitud de una medida cautelar en el ámbito de extranjería, tanto para los residentes legales, como para los que se encuentran en situación administrativa irregular⁴⁷², los MENAS⁴⁷³, así como, también pueden ser tenidos en cuenta para los solicitantes de asilo, desplazados o solicitante de protección internacional.

La anterior afirmación se sustenta en las propias conclusiones y decisiones de fondo del CEDS, como interpretaciones con valor o doctrina de cosa interpretada, siendo muestra de ello las de 2017, que ratifican las del 2013. La importancia de lo anterior entronca con los siguientes ejemplos descriptivos del informe, los que nos permitirá examinar si los órganos jurisdiccionales nacionales, tiene en cuenta esta doctrina de cosa interpretada o no hacen un uso adecuado de ella, en este caso de la CSE y del CEDS sobre la base del control de convencionalidad.

Se refiere críticamente el Comité a aquellos Estados parte que no pertenecen a la UE y los EM de esta última, que no dan un trato de igualdad respecto al art. 12.4 CSE (todos los trabajadores y las personas a su cargo tienen derecho a la seguridad social). Respecto a España, el Comité en su tercera conclusión se pronuncia en cuanto al tema señalado exponiendo que no se garantiza la igualdad de trato en materia de acceso a las prestaciones familiares a los nacionales de todos los otros Estados parte en la CSE que residen en España. Para ello, el Comité analiza el DUE al respecto, recordando que los EM de la UE y del EEE deben garantizar a los nacionales de las demás Partes Contratantes en la CSE la igualdad de trato en materia de derechos de seguridad social si disfrutaban de residencia

⁴⁷¹ CEDS, Pleno, del 12-12-2018 y 13-12-2018. Dictamen del CEDS sobre “Los costes de la no inmigración y la no integración” (Dictamen de iniciativa). (2019/C 110/01), de 23-03-2019. En similar sentido, Muñoz Comet, J., (2014). “*La inserción de los inmigrantes en el mercado de trabajo español: efectos del cambio del ciclo económico*”, Tesis Doctoral Facultad de Ciencias Políticas y Sociología Departamento de Sociología. Madrid: Universidad Complutense, pp.71-173.

⁴⁷² Jimena Quesada, L., (2015). “Protection of refugees and other vulnerable Persons under the European Social Charter”. *RDP/UNED*. (nº 92), pp. 245-272.

⁴⁷³ Decisión de fondo del CEDS, de 24-01-2018, asunto EUROCEF c. Francia, reclamación 114/2015.

legal⁴⁷⁴. Es decir, señala que la igualdad señalada no resulta plena en el plano unilateral a la luz de los arts. 10.1 Derecho al trabajo y a la Seguridad Social y 14 Derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales de la LO 4/00⁴⁷⁵.

El citado informe de 2017 en su quinta conclusión, declara la violación del art. 19 CSE (Derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a protección y asistencia), en concreto su apdo. 3, por cuanto, no habría quedado acreditado por España “*que haya una cooperación suficiente entre los servicios sociales de España y de los países de emigración e inmigración*”⁴⁷⁶.

En igual sentido en el mismo informe, se señala la vulneración del art. 19.6 CSE, relativa al favorecimiento en lo posible del reagrupamiento de la familia del trabajador extranjero a quien se le haya autorizado para establecerse dentro del territorio. El informe del año 2017, vuelve a basarse en uno de los motivos que ya fueron objeto de crítica al Gobierno Español en las Conclusiones 2015, “*no ha quedado acreditado que las prestaciones de asistencia social no estén excluidas del cálculo de los ingresos del trabajador a los efectos de la reagrupación familiar*”. El informe de España indicaba que las prestaciones de asistencia social sólo son contabilizadas o tomadas en cuenta en la hipótesis de una renovación del permiso de estancia con objeto de mantener o prolongar la reagrupación familiar, de conformidad con el art. 61.3.b) ROLEX, en su redacción dada por la LO 2/09.

El art. 54.4 del citado Reglamento dispone “*No serán computables a estos efectos los ingresos provenientes del sistema de asistencia social, pero sí los aportados por el cónyuge o pareja del extranjero reagrupante, así como por otro familiar en línea directa en primer grado, con condición de residente en España y que conviva con éste*”. Sin embargo, el Comité insistía en preguntar al Gobierno cuáles son las prestaciones consideradas como parte de la asistencia social y, por tanto, no reconocidas como ingresos a efectos de reagrupación familiar, así como cuáles no serían calificadas como asistencia social para ser tenidas en cuenta como ingresos. Así las cosas, y ante la repetida falta de información sobre este particular, el CEDS reitera su conclusión y el requerimiento de información. Un ejemplo negativo al no tener en cuenta estos aspectos de convencionalidad, lo tenemos en la STS Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 1030/18 de 18-06-2018, Rec.

⁴⁷⁴ STS, Sala 4ª, Sec. 1ª, nº 1033/17 de 19-12-2017, Rec. 3664/16 para la unificación de doctrina prestación por desempleo. A efectos de terminar su duración no se computa el periodo durante el cual un trabajador extranjero prestó servicios en situación irregular. Ratifica doctrina.

⁴⁷⁵ Monereo Pérez, J. L., & Guindo Morales, S., (2019). “Prestaciones de asistencia social o de seguridad social y la libre circulación de trabajadores en la Unión Europea”. *La Ley Unión Europea*, (nº 70), Wolters Kluwer, recuperado 20-02-2020.

⁴⁷⁶ Jimena Quesada, L., (2017). “Crónica de la Jurisprudencia...”, op. cit., p. 14. Charro Baena, P., (2017). “Derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a protección y asistencia. (Artículo 19)”, en C. Monereo Atienza & J. L. Monereo Pérez. (Coords.). *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de los Derechos Humanos y la Carta Social Europea. (Parte II. Carta Social Europea. Derechos en la Carta)*. (pp. 745-758). Granada: Comares. En este sentido respecto a los incumplimientos del Estado español con el tema aquí tratado se debe tener en cuenta la STS nº 1168/18 de 09-07-2018, Rec. 599/17, sobre la interpretación de la ejecución de las Decisiones Comunitarias de inhibición de refugiados. Incumplimiento por España respecto a las cuotas de refugiados Decisión (UE) 2015/1523 del Consejo, de 14 de septiembre relativa al establecimiento de medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional. Arenas Hidalgo, N., (2017). “Derecho Internacional y europeo de las personas refugiadas”, en F. M. Mariño Menéndez. (Dir). C. Pérez González & A. Cebada Romero. (Coords.). *Instrumentos y regímenes de cooperación internacional*. (2ª Ed., pp. 177-202). Madrid: Trotta.

308/16⁴⁷⁷, que resuelve la cuestión de fondo desestimándola sin tener en cuenta aspectos tan importantes como los citados CEDS. El TS deja entrever claramente, la diferencia interpretativa de dichos artículos referidos a los medios económicos, señalando que no es una cuestión clara y que permita realizar una diferenciación categórica, sin embargo, ante dicha duda decide ir a la posición más restrictiva, olvidando en este caso los principios enunciados de “*pro personae*” y “*favor libertatis*”. Debiendo haber tenido en cuenta, como viene impuesto por el art. 19.6 CSE, “*facilitar en lo posible*” dicho estándar mínimo de reagrupación familiar, remitiéndose a la disposición más favorable establecidas por el art. 53 del CEDH, el art. 32 CSE (artículo H, Carta revisada) y el art. 52.3 y 53 CDFUE e incluso atendiendo a lo anterior pudo perfectamente establecer una cuestión prejudicial de interpretación de la Directiva sobre los medios económicos.

Las consecuencias de los tres aspectos antes señalados, permiten ratificar la inobservancia por parte del Gobierno Español, y por el juzgador ordinario, de la aplicación de las normas aquí analizadas. Así como que los órganos jurisdiccionales no hacen un uso adecuado de una interpretación, en este caso de la CSE sobre la base del control de convencionalidad y de la doctrina de cosa interpretada del CEDS o incluso ante la duda por la aplicación del DUE, haber establecido una cuestión de prejudicialidad ante el TJUE. A partir de lo anterior, en el último supuesto pudo perfectamente el TS sobre la base del art. 19.6 CSE y los informes antes citados, -en relación con los arts. 10.2, 13, 18, 39, 93 y 96, todos CE, en conjunción con el art. 1.5 CC y los arts. 23.3, 30.1 y 31 Ley 25/14⁴⁷⁸, así como de los arts. 16 y ss. LO 4/00, art. 53 CDFUE y la Directiva en cuestión- haber realizado dos posibles acciones, i) un control de constitucionalidad⁴⁷⁹, a través de una cuestión de inconstitucionalidad⁴⁸⁰, del citado art. 16 LO 4/00 y su desarrollo reglamentario sobre los medios económicos para la renovación de la reagrupación familiar, al considerar que el

⁴⁷⁷ Dicha sentencia tiene sus antecedentes en STSJC, Sala (Contencioso), Sec. 5ª de 27-07-2016, Rec. 412/14, sobre denegación de solicitud de renovación de autorizaciones de residencia. Aquí el TSJ Cata. estima el recurso de apelación interpuesto por la Subdelegación del Gobierno en Barcelona, contra la SJCA nº 9 de Barcelona, PA nº 36/13 de 11-06-2014. Las sentencias expuestas abordan la interpretación de los arts. 54 y 61 ROLEX, así como la Directiva 2003/86/CE de 22-09-2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar, en sus arts. 7, 16 y 17. Concluyendo el TS en su FJ 7 (especialmente, en su apdo. B), la ratificación de la STSJC y revocando la sentencia del juzgado de instancia con la desestimación de la demanda. Señalando que “*Dicha normativa, de entrada, tampoco permite trazar una diferencia tan nítida, como la que se pretende hacer valer, en la medida en que los requisitos subjetivos exigibles parecen proyectarse sobre la misma persona, el solicitante de la autorización de reagrupación (artículo 54), por una parte; y el reagrupante (artículo 61), por otra parte; en ambos casos se requiere además la existencia de medios (artículo 54) o recursos (artículo 61) económicos “suficientes”; sin que pueda prosperar consiguientemente la sutil diferencia entre medios propios y suficientes que el recurso trata de hacer valer.*”

⁴⁷⁸ Como he señalado *ut supra* la misma da respuesta a la luz del Derecho Internacional General y en nuestro ordenamiento interno al problema formal de la interpretación de los tratados (art. 31 aplicación preferente de los tratados sobre las normas no constitucionales), la especial fuerza pasiva de los Tratados una vez validados, ratificados y publicados oficialmente respecto a una ley nacional que pueda comprometer su aplicación disponiendo algo contrario a lo en ellos previstos. Cuestión distinta es la fuerza activa (capacidad de derogar o modificar normas anteriores) de dichos tratados en dependencia del trámite del art. 93 y 94.1 CE.

⁴⁷⁹ Salcedo Beltrán, C., (2016). “La aplicabilidad directa de la Carta Social Europea por los órganos judiciales”. *Trabajo y Derecho*, (nº 13), pp. 27-52. Jiménez García, F., (2015). “La protección internacional de los derechos sociales y económicos. Avances recientes, técnicas de aplicación y propuestas de reforma constitucional”. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*. (nº 25), p. 54.

⁴⁸⁰ Gutiérrez Gutiérrez, I., (2011). “Volver a las fuentes. Los derechos fundamentales de los extranjeros en la constitución y la jurisprudencia constitucional”. *RGDC*. (nº 12), pp. 1-45.

mismo pudiera ser contrarios al art. 19.6 CSE y la Constitución o una ii) un control de convencionalidad a través del art. 267 TFUE, cuestión de prejudicialidad relativa la Directiva y la CDFUE.

De haberse ejercido cualquiera de las dos acciones, unido al principio de la progresividad, se hubiese podido determinar si el canon internacional en estudio al ser más favorable⁴⁸¹, era el que debía aplicarse, permitiendo así la conexión de derechos fundamentales y humanos, haciendo una complementariedad evidente, una sinergia de los diversos mecanismos internacionales de protección de derechos humanos, en vista a una deseable acción de sinergia optimizadora⁴⁸².

En estos supuestos concretos, atendiendo a los derechos en valoración aplicándose el *test* de proporcionalidad/razonabilidad de los intereses en juego pueden conformar ante una solicitud de medidas cautelares elementos suficientes para la integración del presupuesto de buen derecho, (*fumus boni iuris*), donde no hay afección al interés general, sino más bien todo lo contrario, hay una sinergia entre estos y los intereses individuales. Son precisamente estos últimos, en sentido general directamente proporcionales con los de un interés general, (p. ej.), de contribuir con sus obligaciones para con la seguridad social, a través de un trabajo digno o su aportación al PIB del país. En dichos casos no existiría óbice alguno para el otorgamiento de medidas cautelares, incluso de carácter positivo.

2.3.4.c)- Conclusiones parciales.

A través de los derechos económicos, sociales y culturales, recogidos en el CSE e interpretados por el CEDS, se ratifica la indivisibilidad de los derechos humanos, la integralidad maximizadora del sistema global de derechos humanos vinculados a la dignidad humana y desarrollo de la personalidad. Ello unido a una sinergia interpretativa integradora de carácter complementario de los diversos mecanismos internacionales de protección de derechos humanos (control de convencionalidad, control de constitucionalidad, tutela multinivel de dichos derechos fundamentales, principio *pro personae, favor libertatis, o in dubio pro libertate*) pueden ser los mismos alegados e incorporando, a través del presupuesto del “*fumus boni iuris*” en las medidas cautelares de extranjería. Sobre esta base interpretativa no debe existir afección al interés general, sino más bien todo lo contrario, hay una sinergia entre estos y los intereses individuales. Son precisamente estos últimos, en sentido general, directamente proporcionales con los de un interés general, contribuir con sus obligaciones para con la seguridad social, la economía nacional, la hacienda pública, a través de un trabajo digno, ejercer una profesión. No existe óbice alguno para el reconocimiento conformación del presupuesto de buen derecho y el otorgamiento de medidas cautelares, incluso de carácter positivo.

CAPITULO- III. Configuración Supranacional. Derecho de la Unión Europea. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Adopción de las Medidas Cautelares.

3.1- Consideraciones previas.

Es conocido pero necesario recordar que el DUE nace producto de una construcción autónoma, distinto del Derecho Internacional y del Derecho interno, basado en el

⁴⁸¹ Jimena Quesada, L., (2017). “Crónica de la Jurisprudencia...”, op. cit., pp. 1-41.

⁴⁸² Una muestra de ello es Decisión de fondo de 6-02-2007 sobre la Reclamación nº 30/05 (Fundación Marangopoulos por los derechos humanos c. Grecia), “interpretación verde”.

principio de la subsidiariedad⁴⁸³, que regula el ejercicio de las competencias de la Unión, capaz de generar normas jurídicas por sí mismo, mediante los Órganos comunitarios⁴⁸⁴. Tales normas, se incorporan o pasan a formar parte de los ordenamientos jurídicos de cada EM⁴⁸⁵. Dichas relaciones conforman un complejo y poliédrico⁴⁸⁶ sistema entre el DUE y los Derechos Nacionales, se basan en los principios y derechos fundamentales que se mencionaran, reconocidos y desarrollados por el legislador comunitario señalando sus límites⁴⁸⁷, por la jurisprudencia, e interpretados por la doctrina.

En la configuración supranacional de la UE se han de tener en cuenta dos aspectos importantes para la presente investigación, i) del DUE emana la política migratoria europea, ii) la equivalencia con el CEDH.

⁴⁸³ Santiago A., (2013). “El principio de subsidiariedad...,” op. cit., pp. 443-455.

⁴⁸⁴ Mangas Martín, A. & Liñan Noguera, D.J., (2020). *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. (10ª Ed.). Madrid: Tecnos. pp. 27-71, 375-530.

⁴⁸⁵ En nuestro caso como he mencionado a través del art. 93 CE.

⁴⁸⁶ De la Quadra-Salcedo J. T., (2015). “El papel del Tribunal Constitucional y de los tribunales ordinarios en un contexto de tutela multinivel de los derechos fundamentales”. *IDEIR*. (nº 23), <https://www.ucm.es/data/cont/docs/>, recuperado 20-02-2018, pp. 1-37. Martínez-Várez García, S., & De la Quadra-Salcedo J. T., (2014). “La tutela multinivel de los derechos fundamentales”. *XVI Reunión de Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España, Santiago de Compostela 16-18 octubre. Ponencia presentada por los autores en representación de España*. TC.

⁴⁸⁷ Arzoz Santisteban, X., (2014). *La concentración y actualización...*, op. cit., pp. 79. Se ha de recordar cómo se señaló desde el inicio las dos posturas bien delimitadas que han definido la interpretación, limitación y la aplicación de los derechos fundamentales, teoría absoluta, teoría relativa ello es también de aplicación al DUE. Vid cita 10. Por tanto, la jurisprudencia del TJUE con carácter general señala que los EM pueden tomar las medidas nacionales que consideren necesarias para limitar el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado, siempre y cuando aquellas cumplan los siguientes requisitos: 1.-Que se apliquen de manera no discriminatoria. 2.-Que estén justificadas por razones imperiosas de interés general. 3.-Que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen. 4.- Que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.

En cuanto al DUE se ha de tener presente el ELSJ⁴⁸⁸, espacio donde se fragua toda la regulación europea común sobre inmigración, emigración y asilo⁴⁸⁹, dentro del Estado de Derecho, como uno de los valores comunes en los que se fundamenta la UE y todos los EM lo comparten, (art. 2 TUE), se materializa en dicho espacio el vínculo inseparable entre la tutela judicial efectiva y el Estado de Derecho, ello genera que los derechos fundamentales regulados en la CDFUE, que a su vez se reflejan en el derecho derivado operen en nuestro derecho interno en la presente especialidad como normas o reglas jurídicas sustantivas que vinculan y son de aplicación a todos los operadores jurídicos que intervienen en ellas, donde va adquiriendo progresivamente una fuerza expansiva. A ello se ha de unir y distinguir que por lo general, en la misma, dicho derecho establece normas procedimentales para los EM, interviniendo así principios⁴⁹⁰ tales como, eficacia directa⁴⁹¹, aplicabilidad inmediata; primacía⁴⁹², margen de maniobra o autonomía

⁴⁸⁸ Mangas Martín, A. & Liñan Nogueras, D.J., (2020). *Instituciones y Derecho...*, op. cit., pp. 90-125. López Aguilar, J. F., (2020). “La Italianización de la Reforma Constitucional en España”, en A. Pérez Miras, G. M. Teruel Lozano, E. C. Raffiotta, M. Pia Iadicicco. (Dir.) & S. Romboli. (Coord.). *Setenta años de Constitución Italiana y Cuarenta años de Constitución Española*. (Vol. I, 1ª Ed. *Balances y perspectivas en la Europa constitucional*, p. 200). Madrid CEPC/AEBOE. El TL modifica el TUE y el TCEE (DO C 306 de 17-12-2007), entró en vigor en diciembre de 2009. Otorga una gran importancia a la creación del ELSJ, procedimiento de toma de decisiones más eficiente. Los derechos fundamentales se fortalecen con la CDFUE al ser jurídicamente vinculante para los EM de la UE. La base jurídica es art. 3-2 del TUE, Título V art. 67 a 89 del TFUE. En lo que respecta a política de inmigración art. 79-80 del TFUE, política de asilo art. 67-2, y art. 78-80 del TFUE y gestión de fronteras exteriores art. 67 y 77 del TFUE. Una muestra de dicha interrelación la encontramos en las SSTJUE, Sala 5ª de 17-09-2020, asunto JZ c. Países Bajos C-806/18, apdo. 24-25, 32, 41; Sala 2ª de 26-07-2017, asunto Ouhrami c. Países Bajos, C-225/16, apdo. 45-55; Sala 3ª, de 30-05-2013, asunto Arslan c. República Checa. C-534/11. apdo. 42; Sala 1ª de 6-12-2012, asunto Sagor c Italia C-430/11, apdo. 31-32; GS, 06-12-2011 asunto Achughbabian, apdo. 28, 33, 50; Sala 1ª de 28-04-2011, asunto El Dridi c. PPU, C-61/11, apdo. 31-32, 53 a 55. Todas interrelacionan el ELSJ, la Directiva 2008/115/CE normas comunes sobre retorno el cual debe ser humanamente correcto, respetando plenamente los derechos humanos y la dignidad pero a su vez ha de ser una política efectiva de retorno constituyendo un elemento necesario de una política migratoria bien gestionada y la política penal de los EM, cumpliendo y estando sujetos estos últimos al pleno respeto de los derechos fundamentales, y en particular de los que garantiza el CEDH respecto al acceso, preciso y previsible en la aplicación de dichos derechos para evitar cualquier riesgo de arbitrariedad. Las sentencias citadas describen la jurisprudencia del TJUE referente a que los EM no puede aplicar una normativa penal que pueda menoscabar la aplicación de las normas y de los procedimientos comunes establecidos por la Directiva 2008/115/CE, privando a ésta de su efecto útil. Pero a su vez, también ratifica las bases de la criminalización de conductas relativas a la estancia irregular.

⁴⁸⁹ Sarrión Esteve, J., (2017). *Lecciones Fundamentales de Derecho de La Unión Europea*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 142-144. Fernández Rozas, J. C., (2016). “Control de fronteras, asilo e inmigración en la Unión Europea: un conflicto competencial no resuelto”, en J. M. Baño León, (Coord.). *Memorial para la reforma del Estado: estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado*. (Vol. I. T. I, pp. 353-378). Madrid: CEPC. García Cívico, J., (2013). “¿Hay realmente un horizonte intercultural en la Unión Europea?”. *Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política*. (nº 17), p 97-138.

⁴⁹⁰ Cervell Horta, M. J., & Gutiérrez Espada, C., (2014). “Introducción doctrinal pero sobre todo documental al Derecho de la Unión”, Curso OCW, Universidad de Murcia. Díez Moreno, F., (2009). *Manual de derecho de la Unión Europea*. 5ª Ed. Revisada, puesta al día y adaptada al Tratado de Lisboa (Tratados y Manuales de Derecho). Madrid: Civitas. Capítulo VII Los principios inspiradores de los Tratados Constitutivos. Capítulo VIII La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión.

⁴⁹¹ Art. 288 y siguientes del TFUE versión consolidada a 2016 Eurolex.

⁴⁹² Desde que la STJUE, de 5-2-63 asunto Van Gend & Loos, C-26/62, hasta la actualidad, el TJUE ha declarado que el derecho comunitario es un verdadero ordenamiento jurídico, algo más que un Acuerdo de Derecho Internacional, reafirmando la obligación de los Estados de cumplir el derecho originario y derivado, así en la STJUE, de 15-07-1964, asunto Flaminio Costa, C-6/64, define los fundamentos del

procedimental⁴⁹³, cooperación leal⁴⁹⁴, equivalencia y efectividad⁴⁹⁵, responsabilidad⁴⁹⁶ del Estado por incumplimiento. Muchos de dichos principios, en el año 2007 pasaron a

principio de la primariedad del DUE. La STJUE, de 17-12-1970, asunto MBH c. Einfuhr, C-11/70, consolida dichos principios de primariedad. STJUE, asunto Simmenthal, C-106/77, marca el precedente a partir del cual se construyen los efectos del principio de la primariedad del DUE. Sin embargo, como ya se ha venido exponiendo, ello no ha sido materia pacífica, ni ha sido aceptada en tales términos absolutos por los Tribunales Constitucionales nacionales, muestra de ello, la denominada sentencia Lisboa, (Sentencia TC Federal Alemán de 30-06-2009 sobre el TL). Häberle, P., (2009). “La Regresiva Sentencia Lisboa como Maastrichti Anquilosada”. (F. Balaguer Callejón, Trad.), *ReDCE*, recuperado 15-10-2017. Camisón Yagüe, J. Á., (2011). “La Sentencia del Bundesverfassungsgericht sobre el Tratado de Lisboa, “como hoja de ruta constituyente” de la Unión Europea”. *Revista Universitaria Europea*, (nº 14), pp. 95-127. López-Jacoistegui Díaz, M. E., (2013). "El tribunal de justicia de la Unión Europea y la defensa de los derechos fundamentales algunas reflexiones constitucionales a la luz del caso Kadi", en E. Ferrer Mac Gregor & A. Herrera García (Coords.). *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales: in memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogo*. (pp. 1183-1216). Valencia: Tirant lo Blanch.

⁴⁹³ Al respecto ha de recordarse que en realidad el efecto limitador del DUE sobre los EM proviene de los principios de atribución, subsidiariedad y proporcionalidad. Aunque como señala Arzo Santisteban X., (2019). “La resiliencia del procedimiento administrativo español...”, op. cit., pp. 38-39, referenciando varios autores, dicha autonomía procedimental en determinadas circunstancias es “instrumentalizada”, “mediatizada”, “reorientada” o “una libertad procedimental vigilada” por el TJUE al servicio de la efectividad del DUE. Un botón de muestra de ello son las SSTJUE, GS de 29-07-2019, asunto Alekszj Torubarov c. Oficina de Inmigración y Asilo, Hungría, C-556/17, apdo. 33-36, 51-59, 65-66, 73-77; GS 24-06-2019, asunto Popławski c Países Bajos, C-573/17, apdo. 52-62.

⁴⁹⁴ Incumbe a los órganos jurisdiccionales de los EM, en virtud del presente principio, proporcionar la tutela judicial de los derechos que el DUE confiere a los justiciables (en este sentido, véanse la sentencia ya citada, Simmenthal, C-106/77, apdo. 21-22 y las SSTJUE, de 19-06-1990 asunto Factortame y otros, C-213/89, apdo. 19 y STJUE, de 14-12-1995, asunto Peterbroeck, C-312/93, apdo. 12).

⁴⁹⁵ Los principios de equivalencia y de efectividad supeditan la competencia procedimental de los EM (art. 4.3 TFUE), ambos de aplicación acumulativa. La jurisprudencia del TJUE ha definido concretamente el principio de equivalencia señalando que consiste en la exigencia y respeto, mismo trato de los recursos basados en una infracción del Derecho nacional a aquellos similares basados en una infracción del DUE. Conlleva la identificación de los procedimientos o los recursos, la comparabilidad y tratamiento similar de los mismos, cuestiones que ha de realizar el juez nacional. STJUE Sala 4ª de 26-09-2018, asunto X e Y, C-180/17, C-180/17, apdo. 37-39. El principio de efectividad sobre la base de mínimos, exige al respecto que no existan mecanismos que hagan prácticamente difícil o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos, esto atenta contra el principio de la seguridad jurídica. Por tanto, el TJUE realiza una armonización indirecta de las normas procedimentales internas de los EM que atenten contra el efecto útil del DUE. Esto en lo que nos interesa se manifiesta en el derecho derivado predominante en la especialidad el cual tiene normas armonizadoras procedimentales parciales para la ejecución indirecta del DUE, las cuales pueden desplazar las normas internas incompatibles, pero en los supuestos que exista armonización el TJUE acepta la intensidad de la armonización alcanzada atendiendo al margen de maniobra *ut supra* señalado. En fin, lo dicho nos vuelve a conducir a que la armonización entre el DUE y el interno deberá primar el principio de la equivalencia unido al de efectividad visto desde la función de la norma dentro del conjunto del procedimiento STJUE, Sala 2ª, de 4-10-2012, asunto Byankov c. Bulgaria, C-249/11, apdo. 75-77, en cuanto a la Directiva 2004/38/CE, art 27.

⁴⁹⁶ Este principio ha sido afirmado por el TJ desde 1991, admitiendo la responsabilidad del Estado por los daños causados a los particulares, ante el incumplimiento de la normativa comunitaria.

conformar derechos fundamentales⁴⁹⁷, reforzando y fortalecimiento así la aplicación judicial⁴⁹⁸ de la norma y la producción legislativa⁴⁹⁹.

No es hasta la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam⁵⁰⁰, en que la UE comienza a tener competencia para poder proponer y, en su caso, aprobar normas en materia de

⁴⁹⁷ Informe sobre los derechos fundamentales 2018, FRA. En su Informe, punto 1 y 2 y los Dictámenes de la FRA, señala los avances y retrocesos en cuanto al cumplimiento de los efectos vinculantes de la CDFUE. Luxemburgo, Oficina de publicaciones, <http://fra.europa.eu/en/publication>. Revisado 18-12-2019, pp. 9-48. La Carta señala la distinción entre derechos y principios (arts. 51 y 52) otorgando una menor eficacia jurídica a estos últimos, por lo que se refiere a su invocabilidad ante los tribunales en dependencia del tipo de litigio, es decir, si es entre particulares o son litigios de actos de instituciones de la UE o en función del DUE. De dicha distinción no se determina claramente qué preceptos reconocen “derechos” y cuáles establecen “principios”, con esa menor justiciabilidad. No obstante, en este nuevo andar de la CDFUE y de la FRA, unido a una interpretación sistemática del TJUE se tendría que dar seguimiento a la evolución interpretativa los derechos sociales de prestación. Lo cierto es que teniendo en cuenta el Derecho comparado europeo, los derechos sociales de prestación entrarían, en general, en la categoría de *principios*. A ello no escapa los derechos sociales, que han tendido una evolución lenta y a su vez limitaciones. La interpretación de la STJUE, GS de 15-01-2014, asunto, C-176/12 y las Conclusiones del Abogado General, Cruz Villalón presentadas el 18-07-2013, donde se señala que, “no obstante, el margen de maniobra de que disponen los EM en materia de política social, no puede tener el efecto de vaciar de su sustancia la aplicación de un principio fundamental del DUE o de una disposición de ese mismo ordenamiento jurídico, referente al art. 27 de la CDFUE”. STJUE, Sala 1ª de 25-02-2016, asunto García-Nieto y otros, C-299/14, apdo. 36-54 y la jurisprudencia allí citada, puede denegarse a los nacionales de otros EM determinadas prestaciones sociales durante los tres primeros meses de su estancia. STJUE, GS de 15-09-2015, asunto Alimanovic C-67/14, “un Estado miembro puede excluir de determinadas prestaciones sociales de carácter no contributivo a los ciudadanos de la Unión que se desplazan a dicho Estado en busca de trabajo”, y STJUE, GS de 11-11-2014, asunto Dano, C-333/13, “los ciudadanos de la Unión económicamente inactivos que se desplacen a otro Estado miembro con el único fin de beneficiarse de ayudas sociales podrán ser excluidos de determinadas prestaciones sociales”. En este mismo sentido, pero referido a nacionales de terceros Estados con protección subsidiaria, la ya citada STJUE, GS asunto Mohamed M'Bodj, C-542/13, apdo. 39-47.

⁴⁹⁸ Bustos Gisbert, R., (2017) “La aplicación judicial de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea; un decálogo a partir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”. *Teoría y Realidad Constitucional*. (nº 39), UNED, pp. 333-359.

⁴⁹⁹ Marco Abato, M., (2017). “Una reflexión sobre la primacía del Derecho europeo, la aplicación judicial de la norma y la producción legislativa”. *Anuario de Derecho Parlamentario*. (nº 29), pp. 75-127. Se ha de recordar que desde un inicio el TJUE en sus sentencias de 14-05-1974, asunto Kohlen c. Comisión C-4/73, asunto Hauer, C-44/79 de 13-12-1979, apdo. 13-16 y de 13-02-1979, asunto Hoffmann Roche c. Comisión, C-85/76, apdo. 7-19, entre otras, confirman y refuerzan el papel de las tradiciones constitucionales de los EM y el CEDH, especial fuente de inspiración en la configuración pretoriana de los derechos fundamentales comunitarios.

⁵⁰⁰ Tratado de Ámsterdam, firmado el 2-10-1997. Entró en vigor el 1-05-1999. Previamente las cuestiones migratorias, en virtud del Tratado de Maastricht (Tratado de Maastricht, firmado el 7-02-1992, entró en vigor el 1-11-1993) se ubicaban en el denominado “Tercer Pilar” y, por lo tanto, eran de naturaleza intergubernamental, lo que implicaba que los EM eran plenamente competentes y soberanos para determinar su legislación nacional de extranjería, sobre el fenómeno migratorio. En este sentido se puede ver a: Chueca Sancho, Á. G., (2009). “La política de inmigración de la UE en el mediterráneo o el síndrome de las tres “R””, en Á. G. Chueca Sancho, V. L. Gutiérrez Castillo, & I. Blázquez Rodríguez. (Coords.). *Las migraciones internacionales en el Mediterráneo y Unión Europea*. (pp. 23-46). Barcelona: Huygens: Fundación Tres Culturas del Mediterráneo. Este trabajo fue actualizado por el autor en el (2010). “Aproximación a la política de inmigración de la UE en el Mediterráneo”. *ReEI*, (nº 19), <http://www.reei.org/>. Chueca Sancho, Á. G., (2005). “Un análisis de las migraciones internacionales a través de cinco mitos”. *RDME*, (nº 9), pp. 45-63. El profesor Chueca Sancho, logra demostrar como la política de inmigración europea es, reubicación o reasentamiento (de los solicitantes de asilo), retorno (para los migrantes que carecen del derecho a entrar en la UE.), por tanto, retorno readmisión, reintegración, repatriación, es una política externa al desarrollo, ineficaz e ineficiente, como lo es el Acuerdo de

inmigración⁵⁰¹, que abarcaba esta última, e incluso la inmigración económica (de mano de obra y las llamadas teorías del mercado de trabajo dual), con el fin de establecer una política común de admisión de inmigrantes económicos⁵⁰² adaptados a las necesidades del mercado de trabajo de cada EM⁵⁰³, y la circulación de personas como política migratoria común⁵⁰⁴, entrelazada con su política exterior⁵⁰⁵. Lo cierto es, que existe una integración cada vez más evolutiva, pero cada vez más compleja y a su vez restrictiva⁵⁰⁶, que hace prácticamente, como señalara HUBER, que no resta ámbito vital alguno que no quede “*en el campo de aplicación del Derecho comunitario*”⁵⁰⁷, cuyo tratamiento sea de cumplimiento para todos los EM. Distinguiéndose en esa integración, en lo que concierne a la materia migratoria en relación con los derechos fundamentales⁵⁰⁸, el margen de maniobra que tiene los EM al respecto⁵⁰⁹.

Asociación hecho en Cotonú el 23-06-2000, BOE nº 291, de 4-12-2012. Sobre este acuerdo, una visión crítica en, Almaguer G. Teresita G. “La depredadora esencial del Acuerdo de Cotonou”. Centro de Estudios Europeos. Publicado en Cubaebate, 26-08-2009 <http://www.cubadebate.cu/especiales/2009/08/26/>, acceso 14-11-2016.

⁵⁰¹ Oeste Rayo, A., (2005). “Unión Europea”, en E. Aja Fernández & L. Díez (Coords.). VV.AA. *La regulación de la inmigración en Europa*. Fundación “La Caixa”, Universidad de Barcelona. Colección Estudios Sociales (nº 17), pp. 277-313.

⁵⁰² Chueca Sancho, Á. G., & Águelo Navarro, P., (2014). “La libertad de circulación de trabajadores en el EEE”. *RDME*, (nº 35), pp. 83-111. Cruz Villalón, J., (2010). “La política comunitaria de inmigración”, en R. Escudero Rodríguez. (Coords.). *Inmigración y movilidad de los trabajadores*. pp. 59-107. Madrid: Wolters Kluwer.

⁵⁰³ Muñoz Comet, J., (2014). “*La inserción de los inmigrantes en el mercado de trabajo español...*”, op. cit., pp. 71-173. Rojo Torrecilla, E., (2014). “La construcción de la dimensión social de la Unión Europea...”, op. cit., pp. 117-126. Iglesias Sánchez, S., (2010). *La libre circulación de los extranjeros en la Unión Europea: El régimen de movilidad en las Directivas de la UE en materia de inmigración*. Madrid: Reus, pp. 31-34, 49-63, 85-89, 353 y ss. Monereo Pérez, J. L., & Ortega Lozano, P. G., (2017). “La libre circulación de trabajadores nacionales de los Estados miembros: discriminación por razón de nacionalidad e igualdad de condiciones laborales”. *La Ley Unión Europea*, (nº 51). Wolters Kluwer, recuperado 20-02-2020. En este sentido se pueden ver las sentencias históricas del TJUE de 26-02-1991, asunto C-292/89 y de 20-02-1997, asunto C-344/95, principios y derechos sobre la libre circulación trabajadores, permanencia de trabajadores, búsqueda Empleo, residencia.

⁵⁰⁴ Díaz Barrado, C. M., (2016). “La Política Común de Inmigración en la Unión Europea: Algunas reflexiones”. *Pliegos de Yuste. Revista de cultura, ciencia y pensamiento europeo*. (nº 17), pp. 153-161.

⁵⁰⁵ Cebada Romero, A., (2008). *La Unión Europea: ¿una acción exterior inteligente?* Madrid: Iustel, pp. 77-89, 117-139, 146-180.

⁵⁰⁶ Arango Vila-Belda, J., Moya Malapeira, D., Oliver i Alonso, J. & Sánchez-Montijano, E., (2017). *La inmigración en el ojo del huracán*, en J. Arango Vila-Belda, (et al. Dirs.). *La inmigración en el ojo del huracán*. Anuario CIDOB de la Inmigración. (pp. 13-28). Barcelona: CIDOB.

⁵⁰⁷ Huber, P. M., (2008). “Unificación a través de los derechos fundamentales comunitarios: Sobre la necesidad de revisión de la jurisprudencia”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, (nº 0), pp. 68-75, (G. Doménech Pascual, Trad.).

⁵⁰⁸ Barbero González, I., Fernández de Valderrama, C. B., Arrese Iriondo, M. N., & González Murua, A. R., (2017). *Defensa de los Derechos Fundamentales ante la Detención, Internamiento y Expulsión de Personas Extranjeras*. Valencia: Tirano lo Blanch, pp. 23-32. Los autores abordan la construcción jurídica de la industria migratoria del control y del rescate, así como de la inmigración irregular y el control de la inmigración irregular, a través de normas de inmigración y extranjería que son las que delimitan la línea entre la regularidad y la irregularidad.

⁵⁰⁹ STJUE, GS de 27-06-2006, asunto Parlamento Europeo c. Consejo C-540/03, apdo. 104-105, invoca por vez primera la Carta, señalando expresamente que es fuente de derecho, a efectos de interpretar el derecho derivado de la Unión, y su aplicación a la inmigración. En esta sentencia se debate el efecto vinculante de la Carta, en la fecha concreta en que fue dictada la sentencia, es decir, un año antes de la

Entre los derechos fundamentales regulados por el DUE que serán objeto de nuestro estudio, son los mismos que hemos mencionado en capítulos anteriores, vida, salud protección contra malos tratos, torturas, destacando el derecho a la tutela judicial efectiva, con su recurso efectivo y eficaz; así como el derecho a una buena administración y dentro del mismo el derecho a ser oído (audiencia), acceder a los documentos, en fin un procedimiento con garantías de defensas⁵¹⁰, debido proceso o proceso equitativo, derecho a circular y residir libremente en el territorio de los EM, derecho a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de los EM distintos del suyo, derecho al matrimonio, entre otros.

Estos derechos fundamentales de forma concreta vienen recogidos de una forma u otra en normas comunes aplicadas a la materia en estudio, a través de Reglamentos, Directivas, Decisiones, Recomendaciones, donde los EM tienen la obligación de cumplir y transponer, aunque pueden legislar sobre las cuestiones no contempladas por las Directivas (margen de manobra siempre y cuando no generen descremación inversa o afecten el efecto útil de las mismas y la interpretación del TJUE así lo considere). Esto trae como se verá más adelante que existan ciertas cuestiones procedimentales que se abordan solo parcialmente en el marco de normas europeas relativas a las políticas concretas de extranjería, las cuales generan lagunas en dicha regulación, siendo colmadas por vía interpretativa del TJUE mediante principios generales del DUE. Esta fragmentación conlleva a la inseguridad jurídica, previsibilidad, inteligibilidad y confianza en los procedimientos administrativos de la materia en estudio⁵¹¹.

entrada de la Carta como Tratado y con efectos vinculantes. Se alegó en este caso por el Parlamento, el derecho al respeto de la vida familiar art. 7 Carta, así como el art. 24 (interés superior del menor, ya en la STJUE Sala 1ª de 14-01-2021, asunto TQ (MENAS) c. Países Bajos, C-441/19, se consagra el uso de dicho art. 24). Se interpreta el derecho de reagrupación familiar a la luz del CEDH (art. 8). (aspecto en el que se profundizará seguidamente). Es en la STJUE, GS de 17-07-2014, asunto Pham, C-474/13, donde consagra la aplicación irrenunciable de los principios y DUE a la materia en estudio, como reflejo fiel del principio de *favor libertatis*. Aunque ello no quiera decir, que el TJUE haya tenido una interpretación recta, clara y concluyente sobre la materia, sino más lo contrario, ha sido una jurisprudencia en formación, con vaivenes, vacilaciones y fluctuaciones de todo tipo, (SSTJUE, Sala 4ª de 23-04-2015, asunto Zaizune c. España, C-38/14; GS de 07-06-2016, asunto Sélina Affum C-47/15; GS de 6-12-2011, asunto Achughbalian, C-329/11 y Sala 1ª asunto El Dridi, C-61/11 PPU).

⁵¹⁰ Al respecto el TJUE desde tempranas fechas ha venido consolidando el derecho de defensa. STJUE, Sala 5ª de 29-06-1994, asunto Fiskano AB c. Comisión, C-135/92, apdo. 39 y la jurisprudencia allí citada, “*el respeto de los derechos de defensa en todo procedimiento incoado contra una persona y que pueda terminar en un acto que le sea lesivo constituye un principio fundamental del Derecho comunitario y debe garantizarse aun cuando no exista ninguna normativa reguladora del procedimiento de que se trate*”. Un ejemplo en nuestro derecho interno respecto a la conflictividad de cuestiones procedimentales por ausencia de norma reguladora del procedimiento que generan la fragmentación interpretativa del derecho defensa, a ser oído o trámite de audiencia lo tenemos en el ATC, Sec. 2ª, nº 372/07, de 17-09-2007, FJ 2-3 (derecho audiencia menor repatriado, canon de motivación reforzado de las resoluciones judiciales, tutela judicial efectiva y la jurisprudencia allí citada, aspectos sobre los que se profundizará más adelante). No obstante, también es necesario señalar que el propio TJUE ha señalado que el derecho de defensa no es un derecho absoluto, STJUE, Sala 3ª de 15-06-2006, Dokter C-28/05, apdo. 75, argumenta: “*los derechos fundamentales, a los que pertenece el respeto del derecho de defensa, no constituyen prerrogativas absolutas, sino que pueden ser objeto de restricciones, siempre y cuando éstas respondan efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la medida en cuestión y no constituyan, habida cuenta del objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la propia esencia de los derechos así garantizados*”.

⁵¹¹ Un muestrario de lo anterior serían las SSTJUE, Sala 4ª, Zaizoune C-38/14 y Sala 6ª de MO C-568/19.

En estas circunstancias los EM conservan en parte sus competencias en el ámbito del Derecho de inmigración, por tanto, se dan dos niveles de protección. Por un lado, el derecho de primacía, efecto útil, eficacia directa del DUE, interpretación y aplicación de este y por otro lado, la doctrina del margen de apreciación, su autonomía procedimental, los derechos constitucionales⁵¹² de los EM. Lo dicho es bastante complejo en su práctica jurídica, pues no siempre se aplican los mismos razonamientos, sobre ese efecto directo o primacía del DUE, (un botón de muestra son los asuntos Åkerberg⁵¹³, Melloni⁵¹⁴ y Jeremy⁵¹⁵). Esto trae a su vez la determinación del desplazamiento o no, de los estándares de garantía de los derechos fundamentales del EM respecto del DUE, es decir, de la CDFUE. Todo dependerá de cómo el DUE regula su derecho derivado, las obligaciones y efecto útil del mismo, así como lo incorpora o transpone los EM. En determinados supuestos, como veremos, el DUE remite directamente al derecho nacional para que configure el estándar de garantía sobre el derecho concreto, por no estar prevista su regulación específica en la norma de la Unión⁵¹⁶. Por tanto, en cualquier análisis sucesivo que se haga en la presente investigación en el ámbito de la UE, se han de tener en cuenta varios factores, entre ellos, i) factor tiempo⁵¹⁷, es decir, antes o después de Lisboa y de la CDFUE⁵¹⁸, ii) la existencia o no de margen de maniobra, apreciación del EM, iii) si

⁵¹² Arzoz Santisteban, X., (2015). *La tutela de los derechos fundamentales de la Unión Europea por el Tribunal Constitucional*. Madrid: INAP, pp. 31-39. Señala el autor, por lo general se dará una armonización incompleta, donde los órganos judiciales nacionales y los diferentes operadores jurídicos tendrán que lidiar con una compleja operación de “*aplicación cumulativa de estándares de protección*”, p. 39.

⁵¹³ STJUE, GS de 26-02-2013, asunto Åkerberg c. Suecia, C-617/10, apdo. 17-22, interpretación del principio *non bis in idem* en el DUE. Criterio general del vínculo al DUE. Desplazamiento de los estándares CDFUE por superiores estándares nacionales, en presencia de margen de maniobra de los EM.

⁵¹⁴ STJUE, GS de 26-02-2013, asunto Melloni, C-399/11. Martín Rodríguez, P. J., (2013). “Crónica de una muerte anunciada. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 26 de febrero de 2013, Stefano Melloni, C-399/11”. *RGDE*, (nº 30), recuperado 5-04-2018.

⁵¹⁵ STJUE, Sala 2ª de 30-05-2013, asunto Jeremy C-168/13 PPU. Orden europea de detención y entrega, (muy similar al asunto Melloni), pero en este caso relativa a la posibilidad de prever un recurso suspensivo contra las decisiones concerniente en la citada Euro orden El Tribunal tomo una decisión totalmente contraria a la del citado caso Melloni y permite a los EM en aquellos casos donde no exista una regulación adecuada del DUE sobre la norma concreta el EM tendrá un margen de maniobra para aplicar los estándares superiores de su catálogo de derechos fundamentales.

⁵¹⁶ STJUE, GS de 7-03-2017, asunto X y X c. Bélgica, C-638/16 PPU. La decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del art. 25, apdo. 1, letra a), del Reglamento (CE) nº 810/09 visados de validez territorial limitada. Solicitud asilo posterior. Dicho tipo de solicitud visado no está comprendida dentro del ámbito de aplicación de dicho Código, por ende, no se encuentra regulada en el estado actual del DUE, en consecuencia, dado que la situación controvertida en el litigio principal no está regulada por el DUE, no le resultan aplicables las disposiciones de la Carta ni, en particular, las de sus art. 4 y 18, a las que se refieren las cuestiones prejudiciales planteadas, sólo está sujeta al Derecho nacional.

⁵¹⁷ Chueca Sancho Á. G., (2005). “Los derechos fundamentales en la Constitución para Europa. Las principales carencias de su Constitucionalización”. *REDUE*, (nº 8), pp. 85-102. Nos referimos a la propia evolución normativa de DUE, es decir, modificaciones, derogaciones, refundiciones. En este sentido se pueden ver las siguientes sentencias, SSTJUE GS de 19-06-2018, asunto Sadikou Ghandi, C-181/16, y ATJUE, Sala 1ª de 5-07-2018, asunto C, J, S, C-269/18 PPU; SSTJUE, GS de 07-06-2016, asunto Sélina Affum, C-47/15; Sala 3ª de 30-05-2013, asunto Arslan c. República Checa, C-534/11; GS asunto Achughbabian C-329/11, apdo. 50; Sala 3ª de 22-10-2009, asunto Zurita García y Choque Cabrera, C-348/08, C-261/2008.

⁵¹⁸ STJUE, GS asunto C-540/03, como he señalado se invoca la Carta, como fuente del DUE, a efectos de interpretar el derecho derivado de la Unión, concretamente respecto a la Directiva 2003/86/CE, sobre reagrupación familiar. En esta sentencia se debate el efecto vinculante de la Carta, en la fecha concreta en que fue dictada la sentencia, es decir, un año antes de la entrada de la Carta como Tratado y sus efectos

estamos ante normas regladas o no de la Unión, o que su regulación no sea total, (estos dos puntos relacionados con la autonomía procedimental), iv) principios y derechos del DIH, dando preferencia al *ius migrantis*, como eje de construcción del estatuto jurídico del emigrante, teniendo presente la diferencia de regímenes de los extranjeros en la UE, régimen general y régimen de ciudadanos de la Unión, (aunque dichos regímenes finalmente tienen puntos donde convergen⁵¹⁹), v) la autonomía procesal de los órganos jurisdiccionales⁵²⁰ ordinarios de los EM para el establecimiento de las cuestiones prejudiciales⁵²¹.

vinculantes. Reconoce la sentencia en ese entonces que aunque la Carta no constituye un instrumento jurídico vinculante, sin embargo el legislador comunitario ha querido reconocer su importancia al afirmar, en el segundo considerando de la Directiva mencionada, que ésta observa, los principios reconocidos por el art. 8 del CEDH, y también por la propia Carta. Más reciente STJUE, Sala 2ª de 10-10-2013, asunto Adzo Domenyo Alokpa y otros, C-86/12, nacional de un Estado tercero, que asume en solitario el cuidado de sus hijos de corta edad, ciudadanos de la Unión, denegación o concesión de la residencia en el EM en el que éstos viven con él desde su nacimiento. En este sentido y sobre esta sentencia concretamente, se puede ver La Spina, E., (2007). “La protección del derecho a la vida familiar de los extranjeros por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”. Universidad de Valencia. <https://www.uv.es/cefd/14/laespina.pdf>, (pp. 13-14), recuperado el 1-12-2016.

⁵¹⁹ STJUE, GS de 8-05-2018, asunto K.A y otros c. Bélgica, C-82/16. Control en las fronteras, asilo, inmigración. Interpretación del art. 20 TFUE y art. 7 y 24 CDFUE. Directiva 2008/115/CE art. 5 y 11 Nacional de un tercer país contra el que se haya dictado una decisión de prohibición de entrada en el territorio. Directiva 2004/08 Solicitud de residencia con fines de reagrupación familiar con un CUE que no ha ejercido nunca su libertad de circulación, ciudadano sedentario de la Unión, prohibición de negativa de examinar la solicitud. STJUE, Sala 1ª de 14-09-2017, asunto Petrea c. Grecia, C-184/16, Directiva 2004/38/CE y Directiva 2008/115/CE, determinación del derecho de libre circulación y de libre residencia en el territorio de los EM de CUE, expulsión por Directiva 2008/115/CE. Estancia de un nacional de un EM en el territorio de otro EM a pesar de la prohibición de acceso al territorio de ese Estado entra en el mismo, legalidad de la decisión de revocar un certificado de registro de CUE y una segunda resolución de expulsión del territorio por vía de la Directiva 2008/115/CE con aplicación de las garantías de la Directiva 2004/38/CE, posibilidad de invocar por vía de excepción la ilegalidad de una resolución anterior. Cumplimiento de las garantías del debido proceso/proceso equitativo. Obligación de traducción, como obligación positiva, no solo para el EM, sino también para el tribunal que conozca del procedimiento, exigiéndosele a este último, entre otras cosas, que controle la calidad de la actuación del intérprete. Autonomía procedimental de los EM y de los principios de protección de la confianza legítima y de buena administración, apdo. 49, 56, 65.

⁵²⁰ Es importante acotar desde este momento que entiende el DUE, en concreto el TJUE, por órganos jurisdiccionales independientes. A lo igual que el TEDH, considera son aquellos órganos independientes e imparciales establecido por ley, no siendo necesariamente dichos órganos un órgano jurisdiccional clásico. En este sentido se ha de tener en presente art. 19.1 TUE y art. 47 CDFUE, tutela judicial efectiva, independencia e imparcialidad de los jueces, organización de la Administración de Justicia, señalando el TJUE que el concepto no se ha judicializado partiendo del art. 267 TFUE el cual ha realizado una ampliación a partir de la teoría de la adopción (que en esencia señala, que lo que interesa es la función que desempeña el órgano y la situación estatutaria que se le reconozca en su sistema jurídico nacional resolviendo cuestiones de derecho, no de equidad), siempre y cuando exista independencia e imparcialidad en dicho órgano. En este sentido SSTJUE Sala 3ª, de 19-12-2012, asunto Epitropos, C-363/11, apdo. 18-21, de fecha 9-10-2014, asunto TDC-A/S, C 222/13 y STJUE GS de 6-10-2015, asunto Consorci Sanitari del Maresme, C-203/14. (No es objeto de este trabajo discernir si los TC de los EM, se consideran órganos jurisdiccionales, no obstante a ello en varias de las notas referenciadas los autores abordan esta materia).

⁵²¹ De acuerdo con lo que se ha venido sosteniendo se ha precisar dos cuestiones, i) el denominado control difuso de comunitariedad o europeidad, cuestión prejudicial desde la posición de la primacía del DUE en la jurisdicción ordinaria, control difuso poder/deber de los jueces ordinarios que actuando ante el DUE se encuentren ante las circunstancias del art. 47 CDFUE y art. 267 TFUE, (en los tres planos: la interpretación, inaplicación, suspensión provisional de las normas y la responsabilidad del legislador por vulneración del DUE), ii) sobre el denominado doble vicio o doble prejudicialidad, procedimiento incidental de cuestión de inconstitucionalidad prevista en nuestro caso en el art. 163 CE y 35 y ss. (LOT 2/79, de 3-10-1979, del

Ante todas estas complejas situaciones⁵²², se pueden producir desplazamientos de los estándares de los derechos fundamentales del derecho nacional hacia la primacía y efecto

TC, BOE nº 239, de 05-10-1979. Versión consolidada) y la cuestión prejudicial propiamente dicha ante el TJUE del mismo. Sobre este último punto STJUE, GS de 22-06-2010, asuntos Aziz Melki y Sélim Abdeli, c. Francia, C-188/10 y C-189/10, aptado 41-42, 51-56, la presente sentencia interpreta el art. 267 TFUE, el cual se opone a una normativa de un EM (en este caso Francia) que establezca un procedimiento incidental de control de constitucionalidad de las leyes nacionales que tenga carácter prioritario ante el procedimiento prejudicial, teniendo como efecto impedir o cumplir su obligación de plantear cuestiones prejudiciales al TJUE. Los órganos jurisdiccionales nacionales están facultados para plantear al TJUE toda cuestión prejudicial y adoptar toda medida necesaria para asegurar la tutela judicial provisional de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión, incluso puede simultaneárselas. Lo que no permite el DUE es que el ordenamiento nacional imponga la prelación del incidente de inconstitucionalidad. En similares términos STJUE, GS de 5-10-10, asunto Elchinov, C-173/09, apdo. 25, 29, 31 y 32 y el punto 1 del fallo. Más reciente STJUE Sala 3ª, de 4-06-2015, asunto Kernkraftwerke c. Alemania, C 5/14, apdo. 34 (y la jurisprudencia allí citada). Al respecto también se ha pronunciado nuestro TC Pleno, nº 78/10, de 20-10-2010, BOE nº 279 de 18-11-2010, FJ 2. Sobre estos aspectos de doble vicio o doble prejudicialidad la doctrina nacional tiene posiciones diferentes, una muestra a favor, Roca i Trias, E., & García Couso, S., (2017). “¿Es real el diálogo entre tribunales? Cuestión prejudicial y control de constitucionalidad por vulneración de derechos y libertades fundamentales”. *Teoría y Realidad Constitucional*, (nº. 39), pp. 529-548, señalan que la intervención del TC (en general), “como órgano judicial a los efectos del art. 267 TFUE, es imprescindible, pues, en relación con el control de normas con rango de ley por vulneración de derechos fundamentales, la cuestión prejudicial se muestra como la fórmula más eficaz” (p. 547); o Ugartemendia Eceizabarrena, J. I., (2019). “Puntos de incidencia de la cuestión prejudicial en el orden contencioso-administrativo”, en R. Alonso García & J. I. Ugartemendia Eceizabarrena, (Dir.), *La incidencia del Derecho de la Unión Europea en la jurisdicción contencioso-administrativa. European Inklings* (EUi), nº 20. IVAP, pp. 204-222. Alonso García, R., (2019) “El juez constitucional español como garante del diálogo formal, vía prejudicial, con Luxemburgo”, en R. Alonso García & J. I. Ugartemendia Eceizabarrena, (Dir.) *El juez nacional en su condición de juez europeo. European Inklings* (EUi), nº 17, IVAP, pp. 9-19, sobre estos particulares el profesor Alonso García ya se había pronunciado en el año (2014). *El Juez Nacional en la Encrucijada...*, op. cit. (cuando la norma con fuerza de Ley pueda comprometer el DUE, por presunta vulneración de los art. 93 y 96.1 CE). En posición contraria y crítica Matia Portilla, F. J., (2019). “Las relaciones entre los TTCC y el TJUE: lo que los Tribunales Constitucionales deben y no deben, en principio, hacer”, en J. I. Ugartemendia Eceizabarrena & A. Saiz Arnaiz, (Dir.). *El futuro jurisdiccional de Europa*. (European Inklings EUi, nº19, pp. 151-175), Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública. Al respecto también se puede consultar Muñoz Machado, S., (2015). “La Constitución como norma”. *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*. (4ª Ed., Vol. V). Madrid: BOE, pp. 147-157. Sánchez Barrilao, J. F., & Sánchez Lorenzo, S. A., (2014). “Sumisión tácita, derechos de defensa y competencia judicial internacional en las redes de la cuestión de inconstitucionalidad y de la cuestión prejudicial”. *La Ley Unión Europea*, pp. 5-14.

⁵²² SSTJUE, GS, de 14-05-2020, asunto FMS, FNZ, SA, SA junior y otros c. Hungría, C- 924/19/PPU y C-925/19/PPU, apdo. 141-146; Sala 2ª de 28-07-2011, asunto Samba Diouf, C-69/10, sobre Directiva 2005/85/CE, asilo, examen de procedimiento de solicitud, art. 23 y derecho a recurso efectivo, art. 39 y la STJUE, Sala 3ª asunto Arslan c. República Checa, C-534/11, también sobre la Directiva 2005/85/CE, art. 39, y Directiva 2003/9 CE (normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los EM), en relación con Directiva 2008/115/CE, (posibilidad de mantener internado para expulsión a un nacional de un tercer país tras la presentación de la solicitud de asilo, Considerando 9 y art.2-1), apdo. 47-49. En las sentencias citadas, *a priori* parece que pudiesen tratar sobre el mismo concepto jurídico de interpretación, art. 39 Directiva 2005/85/CE, y art. 13 Directiva 2008/115/CE, recurso efectivo (no prevé un efecto suspensivo automático). Sin embargo, sus análisis y resultados son diferentes. Por un lado, en cuanto a la interpretación general del alcance del recurso efectivo, ambas coinciden en los efectos y garantías del art. 39, y del art. 13 respectivamente, pero cuando se analiza el supuesto concreto, asunto Arslan c. República Checa, C-534/11, señala que la interpretación del art. 39.3 Directiva 2005/85/CE, los EM establecerán, cuando proceda, normas acordes con sus obligaciones internacionales, mientras que el art. 13 Directiva 2008/115/CE, remite directamente al sistema de recursos internos del EM. Es precisamente el verbo “proceder”, donde dicha interpretación se torna compleja, al interaccionar tres Directivas o concurrencia de normas que pueden generar conflicto. Para dilucidar el mismo, se ha de determinar el punto de conexión

útil del DUE⁵²³ o de este último a los derechos fundamentales regulados por las constituciones nacionales⁵²⁴, pudiendo según el tipo de supuesto y análisis ir a la baja o al alza de dichos estándares⁵²⁵.

entre las Directivas, es decir, si la Directiva 2008/115/CE, es de aplicación, en cuanto al internamiento y recurso, cuando hay una solicitud posterior de protección internacional (STJUE GS, asunto Gnandi, C-181/16, apdo. 37, 52-67). Esta última sentencia reconoce que ninguna de las Directivas mencionadas prevén en el momento de su vigencia una armonización de los recursos respecto a dicho internamiento y los motivos por los que puede ordenarse el mismo o su levantamiento, respecto de un solicitante de asilo. De ello, en lo que aquí nos interesa -recurso efectivo- se determina, por un lado, que no existe en el DUE una armonización sobre un recurso efectivo en cuanto al fondo del asunto, el internamiento (téngase en cuenta que tampoco prevé un sistema de recursos las resoluciones preparatorias de dicho internamiento), ni exige la doble instancia. Únicamente es necesario que exista un recurso garantizado. Esta falta de armonización del DUE en cuanto al internamiento de un solicitante de asilo, continúa manteniéndose en la actualidad (Directivas 2013/32/UE y 2013/33/UE, ambas del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26-06-2013, vigentes sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada y para la acogida de los solicitantes de la protección internacional refundición,-que no han sido transpuestas al derecho interno español-; art. 26 -modificaciones sustantivas en la Directiva 2005/85/CE-). Tales ausencias traen consigo un desplazamiento del estándar del DUE al derecho nacional del EM, el cual como se señala tendrá que estar dentro del pleno respeto de sus obligaciones derivadas, tanto del DUE, como del derecho internacional. Esto último conlleva a que el derecho a un recurso efectivo, ya solo no sea controlado por el derecho interno del EM, sino que este tendrá que cumplir sus obligaciones con el DUE y el derecho internacionales, con los Tratados, es decir, un triple control, derecho interno, DUE, derecho internacional. En este mismo sentido ver, ATJUE, Sala 1ª asunto C y J, S c. Países Bajos, C-269/18 PPU. Atendiendo a ello, el juez nacional se enfrenta a esos tres estándares de protección de los derechos fundamentales. Lo antes expuesto, como veremos más adelante, genera serias controversias en la materia en estudio, en particular, los internamientos por motivos de la LO 4/00 y los internamientos por motivos de la Ley 12/09, concretamente se refleja en cuanto a las medidas del art. 135.2 en relación con su apdo. 1 LJCA y su levantamiento. En otro orden de cosas, respecto a lo señalado, a que el recurso efectivo debe ser sobre el fondo del asunto y que no tiene por objeto las resoluciones preparatorias, se ha de tener en cuenta, en i). lugar, el alcance de resoluciones preparatorias, en ii) la jurisprudencia STS Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 5926/06 de 6-10-2006, Rec. 4465/03, la cual es más garantista y permite el recurso contra la resolución de incoación de expediente de expulsión, con solicitud de internamiento. En cuanto a la no exigencia de la doble instancia, en nuestro derecho interno, se tiene derecho a recurso en segunda instancia jurisdiccional (apelación de los autos con efectos devolutivos, no suspensivos, excepto las medidas del art. 135-1-a).y b) LJCA, sobre estos aspectos ver tercera parte, capítulos III, puntos 3.3.5 y capítulo VI), esto último, en correspondencia, con la STJUE, Sala 2ª de 31-01-2013, asunto H. I. D B. A, c. Irlanda, C-175/11, apdo. 105.

⁵²³ Fernández Farreres, G., (2017). “Inaplicación Judicial de la Ley por razón de la Primacía del Derecho de la Unión Europea y Derechos Fundamentales a la Tutela Judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías: Estado de la cuestión en la Jurisdicción Constitucional”, en J. C. Laguna de Paz, Í. Sanz Rubiales, & I. M. De los Mozos y Touya. (Coords.). *Derecho Administrativo e Integración Europea. Estudio Homenaje al profesor José Luis Martínez López-Muñiz*. (Vol. I, *El ser de la Administración pública*, pp. 287-305). Madrid: Reus. En este sentido SSTJUE, GS, asunto Sadikou Gnandi, C-181/16; Sala 4ª de 26-09-2018, asunto X, c. Países Bajos, C-175/17; Sala 4ª de 26-09-2018, asunto X e Y, C-180/17, apdo. 37-39; ATJUE Sala 1ª, asunto C, J, S, C-269/18 PPU.

⁵²⁴ Un ejemplo de ello, lo encontramos en la STJUE, Sala 2ª asunto M.G. y N.R, C-383/13. Interpretación de la Directiva 2008/115/CE, respecto al derecho a ser oído en el marco de las decisiones de prórroga de medidas de internamiento a efectos de expulsión, cuestión que no contempla de forma clara la Directiva. En este caso, se produce un desplazamiento de los estándares de la Carta por superiores estándares nacionales, en presencia de margen de maniobra de los EM.

⁵²⁵ Jimena Quesada, L., (2017). “La Cuestión Prejudicial Europea ante planteamientos más que dudosos”,. *Teoría y Realidad Constitucional*. (nº 39), UNED, pp. 271-306, analiza en su trabajo a través de las SSTJUE, de 22-10-2009, asuntos Zurita García y Choque Cabrera, C-261/08 y C-348/08 y Sala 4ª asunto Zaizoune c. España C-38/14 que los estándares de esta última han ido a la baja atendiendo a las modificaciones en sentido restrictivo de la normativa europea, pp. 281-283. Comparto la opinión del profesor Jimena Quesada, en cuanto a la comparación de la sentencia *Zaizoune* con la STC, Pleno, nº 260/07, de 20-12-2007, BOE nº 19 de 22-01-2008, respecto a la sanción de multa en los procedimientos

El entendimiento e interpretación de todos estos factores: normativas, desplazamiento de estándares de control de los derechos fundamentales de las mismas, su aplicación al complejo panorama internacional y regional sobre las migraciones, (la denominada crisis migratoria⁵²⁶ o la inmigración en masa de los refugiados), el terrorismo, entre otros, hace que en el momento actual⁵²⁷ la UE se encuentre desbordada en cuanto a los mecanismos de control y regulación de la inmigración. Esto repercute directamente en el derecho interno de los EM, en su sistema de fuentes⁵²⁸, en fin, en todo el ordenamiento jurídico de los mismos, debido a la transversalidad de la materia migratoria. Ello sin perder de vista el mantenimiento y conservación de las garantías⁵²⁹ y derechos logrados a lo largo de todos los procesos referidos en los diferentes Tratados y reformas citados, como preservación del principio de seguridad jurídica, que afecta, no solo a los extranjeros en sentido general, sino también a los operadores jurídicos al momento de analizar proporcionalmente ese amplio conglomerado de principios y derechos y su aplicación concreta a las medidas cautelares en la materia de extranjería.

3.2- La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Análisis artículos determinantes en la solicitud y adopción de medidas cautelares.

En el sistema normativo de la UE la CDFUE es en estos momentos, junto a los Tratados originales un instrumento jurídico de extrema importancia, ello se interpreta del art. 6

sancionadores de expulsión. En aquel momento el TC señaló que el precepto que regula como alternativa a la sanción de multa de la expulsión del territorio nacional “*no vulnera los principios de seguridad jurídica y legalidad,*” ya que se establecen presupuestos objetivos y subjetivos, así como criterios de aplicación que condicionan normativamente a la Administración para decidir cuándo procede la imposición de la sanción de expulsión, y que permiten el control jurisdiccional de sus decisiones. Sin embargo, la entrada en vigor de la Directiva 115/2008/CE, y la interpretación dada por el TJUE en la sentencia Zaizoune, ha hecho obligatoriamente el cambio de criterio interpretativo al respecto. Esto como se ha expuesto en Vid. nota 521, continúa siendo un problema actual.

⁵²⁶ Urbaneja Cillán, J., (2016). “Movimientos migratorios y seguridad internacional. En especial, la compleja posición de la Unión Europea ante la crisis migratoria”. *Pliegos de Yuste: Revista de cultura, ciencia y pensamiento europeo*, (nº 17), pp. 139-150.

⁵²⁷ Desde el Consejo Europeo de 15-10-2015 hasta el presente, se analiza sobre la persistente crisis de los refugiados. La Comisión Europea recientemente ha realizado una Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo denominado Tercer informe anual sobre el Mecanismo para los refugiados en Turquía. Bruselas, 10-4-2019, COM (2019) final. En este periodo también se ha dado seguimiento a La Cumbre de La Valeta, Malta los días 11 y 12 de noviembre de 2015. El Proceso de La Valeta, tuvo su segunda ronda los días 8 y 9 de febrero de 2017, cuyo objetivo era evaluar la aplicación de las decisiones adoptadas previamente. El plan de acción del proceso de La Valeta redefinió los contornos de la cooperación para el desarrollo de la UE con África, al convertir el control de las migraciones africanas hacia Europa en un elemento de condicionalidad de la ayuda europea.

⁵²⁸ Garriga Domínguez, A., (2013). “El sistema de normas e interconexión de sistemas jurídicos: la incidencia del Derecho Comunitario en el sistema de fuentes interno”. *Anuario de Filosofía del Derecho*. (nº 29), pp. 341-366. Martín-Retortillo Baquer, L., (2004). *La interconexión del ordenamiento jurídico y el sistema de fuentes del derecho*. Madrid: Civitas, p. 48.

⁵²⁹ Núñez Herrera, V. E., (2019). “Refundición de la Directiva 2008/115/CE...”, op.cit. pp. 17-54. Lo señalado entronca con lo expuesto conforme a la transposición de las directivas y la matización interpretativa que ha dado el TJUE respecto al principio de interpretación conforme del DUE en la transposición de las directivas, el cual señala que ya no solo lleva el contenido de la directiva, sino que se ha de tomar el conjunto del Derecho nacional para apreciar en qué medida éste puede recibir una aplicación tal que no conduzca a un resultado contrario a contemplado por el DUE. STJUE, GS de 5-10-2004, asuntos acumulados Pfeiffer y otros c. Alemania, C-397/01, C- 403/01, apdo.116. Por tanto, de las situaciones referenciadas se enfrentan a la posición normativa de nuestro derecho interno con el DUE.

TUE⁵³⁰. La Carta basada e inspirada en los principios de la “indivisibilidad”⁵³¹ de los derechos civiles políticos y sociales, unidos a la dignidad humana⁵³² y del principio de subsidiariedad ha pasado a conformar la base del derecho primario de la UE. Regula concretamente los derechos y libertades fundamentales, los cuales son también de aplicación a los extranjeros⁵³³. Su contenido⁵³⁴, ha de ser interpretado de acuerdo con el alcance que da el TJUE al respecto, siempre en correspondencia y tomando como estándar mínimo el CEDH de acuerdo con el propio art. 52.3 y 53 de la Carta, así como en correspondencia con el contenido de los tratados de Derechos Humanos⁵³⁵. La Carta no tiene hasta el presente un desarrollo normativo, como tampoco posee un mecanismo de control de garantía, como lo tiene el CEDH o las Constituciones de los EM (a través en nuestro caso de mecanismos de amparo).

Los derechos y libertades fundamentales recogidos en la Carta constituyen en estos momentos un canon fundamental, una *vis* atractiva⁵³⁶ para apreciar y determinar la validez de los actos de las instituciones europeas y de los EM cuando estos aplican el DUE (art. 51 CDFUE). Debiéndose entender ese alcance de aplicación, aunque sea de forma alejada,

⁵³⁰ El art. 6 TUE, señala “La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”. Previo a ello se puede consultar a Carrillo Salcedo, J. A., (2001). “Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”. *RDCE*, (nº 9), pp. 7-26.

⁵³¹ Pizzorusso, A. (2002). “Las generaciones de derechos”. *Anuario de Derechos Humanos, Nueva Época*, (Vol. 3), pp. 493-514.

⁵³² Requejo Pagés, J. L., (2015). “La “dignidad de la persona” como categoría conceptual en el Derecho de la Unión”, en R. L. Chueca Rodríguez. (Dir.). *Dignidad humana y derecho fundamental*. (pp. 279-294). Madrid: CEPC. La dignidad humana es inviolable; la dignidad humana será respetada; la dignidad humana será protegida. STJUE, de 9-10-2001, asunto Países Bajos c. Parlamento y Consejo, C-377/98, apdo. 70-77, confirmó que el derecho fundamental a la dignidad humana forma parte del DUE.

⁵³³ Mangas Martín, A. & Liñan Noguerras, D.J., (2020). *Instituciones y Derecho...*, op.cit., pp. 126-157. Chueca Sancho, Á G. (2007). “La Carta de Derechos Fundamentales, la inmigración y el asilo en la reforma del tratado de la Unión Europea: un breve apunte”. *RDME*, (nº 15), pp. 185-194. Chueca Sancho, Á. G., & Águelo Navarro, P., (2005). “La Constitución Europea y los extranjeros” *RDME*, (nº 8), pp. 215-225. Reflejan los autores sus críticas con el contenido inicial de la Carta antes del 2007.

⁵³⁴ Sobre la amplia bibliografía sobre el tema: Sarrion Esteve, J., (2017). *Lecciones Fundamentales...*, op. cit., pp. 111-133. Alonso García, R., (2014). *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, (4ª Ed.). Cizur Menor: Thomson-Civitas, pp. 132-187, 264-326. En esencia se constata, como en el ordenamiento jurídico comunitario se iba estableciendo con carácter general, a partir del Tratado de Maastricht de 1992, (art 6-2º I TUE), la efectiva vinculación de los derechos fundamentales, reconociéndose así un estándar común de protección de dichos derechos incluidos los derechos socioeconómicos.

⁵³⁵ Arrese Iriondo, M. N., (2015). “Artículo 12. Derecho a contraer matrimonio”, en I. Lasagabaster Herrarte, I., (Dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, (3ª. Ed., pp. 688-716). Pamplona: Civitas, Es un ejemplo claro de que no siempre existe la misma correspondencia entre el CEDH y la CDFUE, (art. 12 CEDH y el art. 7 CDFUE). Gómez Sánchez, Y., (2015). *Constitucionalismo Multinivel: Derechos Fundamentales*, op. cit., pp. 100-105.

⁵³⁶ Mangas Martín, A. & Liñan Noguerras, D. J., (2020). *Instituciones y Derecho...*, op.cit., pp. 126-157. Dictamen 2/13 del TJUE, Pleno de 18-12-2014, apdo. 169 “En el corazón de esa construcción jurídica figuran, además, los derechos fundamentales reconocidos en la Carta —que, en virtud del artículo 6 TUE, apdo. 1, tiene el mismo valor jurídico que los Tratados—, cuyo respeto constituye un requisito de legalidad de los actos de la Unión, de suerte que no pueden admitirse en la Unión medidas incompatibles con esos mismos derechos (véanse las sentencias ERT, C-260/89, apdo. 41; Kremzow, C-299/95, apdo. 14; Schmidberger, C-112/00, apdo. 73, y Kadi y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión, apdo. 283 y 284)”.

remota pero siempre vinculante cuando se actúa sobre la base del DUE. Este amplio enfoque continúa siendo sometido a críticas por los TC de los EM (TC, alemán, italiano, Español). El propio TJUE ha señalado que pueden existir límites en la citada aplicación, siendo en aquellos casos donde las situaciones alejadas, remotas o incluso aquellas cercanas, no estén incluidas en el ámbito de aplicación de una directiva o un reglamento, (por *ratione materiae*), esto quiere decir que se potencializa el margen de apreciación de los EM, cuando DUE lo permite, pero siempre y cuando no vaya en contra del efecto útil del mismo. Cada día va quedando más claro que el único canon aplicable cuando está en juego el DUE, es el canon de la CDFUE. Salvaguardándose así la primacía del derecho europeo, confirmando la doctrina establecida en Stauder (1969), respeto a que los derechos fundamentales los cuales son parte integrante de los principios generales del derecho comunitario cuyo respeto asegura el propio Tribunal y los correspondientes jueces nacionales, al ser jueces de la UE, los cuales deben inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes a los EM⁵³⁷ y acudir también a “*los Tratados internacionales, relativos a la protección de los derechos del hombre en los que han cooperado los Estados miembros o a los que se han adherido*”⁵³⁸.

Las exigencias de protección de los derechos de la Carta en el ordenamiento jurídico de la Unión, se han de cumplir siempre que no existan circunstancias que requieran la restricción de los mismos. Dichas restricciones responden a objetivos de interés general perseguidos por la Unión⁵³⁹ y no constituyan, teniendo en cuenta el objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la esencia misma de dichos derechos⁵⁴⁰. La Carta también permite que los EM apliquen su estándar de protección de acuerdo con la propia Carta, es decir, derivado de su estándar de protección Constitucional a la Carta, evitando así, en aquellos supuestos donde los hubiera una regresión en grados de protección de los derechos fundamentales. Ciertamente, la interpretación fruto del diálogo entre tribunales va armonizando algunas situaciones de conflicto, pero no las elimina completamente. En muchos supuestos, no se tratará de la determinación, de un balance de una mayor o menor protección de un concreto derecho, sino de una proporcionalidad entre derechos.⁵⁴¹ (Aspectos que abordare más adelante).

⁵³⁷ Baquero Cruz, J., (2009). “Cooperación, competencia, deferencia: la interacción entre el Tribunal de Justicia y los Tribunales Constitucionales en el ámbito de los derechos fundamentales”, en J. M. Beneyto Pérez. (Dir.). J. Maíllo González-Orús & B. Becerril Atienza. (Coords.). *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea. Derechos Fundamentales*. (Vol. II, pp. 119-160). Navarra: Aranzadi Thomson Reuters.

⁵³⁸ STJUE, de 14-05-1974, asunto Nold Kohlen c. Comisión, C-4/73, apdo. 6 y 12-17.

⁵³⁹ Art. 3 objetivos y art. 17 del TUE “*La Comisión promoverá el interés general de la Unión y tomará las iniciativas adecuadas con este fin*”. En este sentido la jurisprudencia del TJUE: asunto Hauer, C-44/79; asunto Wachauf, C-5/88 de 13-07-1989; Alemania c. Consejo, C-280/93 de 5-10-1994, y la jurisprudencia allí citada; STJUE, Sala 9ª de 30-07-1996, asunto Bosphorus C-84/95.

⁵⁴⁰ SSTJUE, Sala 3ª de 30-04-2014, asunto Pflieger, C- 390/12, subraya y ratifica el Tribunal que cuando un EM invoque razones imperiosas de interés general, para justificar una normativa que puede obstaculizar el ejercicio de la libre prestación de servicios, esta justificación prevista por el DUE, debe interpretarse a la luz de los principios generales del mismo, especialmente de los derechos fundamentales actualmente garantizados por la Carta. Ya previamente el tribunal se había manifestado en forma similar en GS, asunto Åkerberg, C-617/10, apdo. 21 y Sala 6ª de 13-04-2000, asunto Kjell Karlsson y otros, c. Suecia, C-292/97, apdo. 37 y 45.

⁵⁴¹ González Pascual, M. I., (2014). “El TJUE como garante de los derechos en la UE a la luz de la sentencia Digital Rights Ireland.” *RDCE*, (nº 49), pp. 943-971.

La CDFUE se encuentra incorporada a nuestro sistema de derechos fundamentales a través del art. 2 LO 1/08⁵⁴². En este sentido y como veremos más adelante, nuestro TC se ha pronunciado respecto art. 53 Carta, señalando que “*concibe la Carta como una garantía de mínimos sobre los cuales puede desarrollarse el contenido de cada derecho y libertad hasta alcanzar la densidad de contenido asegurada en cada caso por el Derecho interno*”⁵⁴³.

De acuerdo con todo lo antes dicho, los derechos recogidos en la CDFUE son de aplicación directa en la solicitud de medidas cautelares en la materia de extranjería, al ser esta materia regulada por un cuerpo normativo proveniente del DUE. Convergen los derechos primarios de la UE, los derechos regulados en la Carta, el derecho derivado de la UE, y los derechos fundamentales nacionales en cuestión, (derechos materiales o sustantivos, tales como, el derecho a la vida, prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes, derecho a la libertad y a la seguridad, a la vida privada y familiar, libertad de circulación y de residencia, así como nuevos tipos de derechos, como el derecho a una buena administración y derechos a la justicia tales como, tutela judicial efectiva, principio de legalidad y proporcionalidad).

De todo el articulado de la Carta abordare aquellos que tienen una mayor relación con el objeto de estudio, ente ellos el derecho de circulación y residencia, otros que son regulados o contemplados como derechos, que anteriormente eran vistos como principios, (derecho a una buena administración). Mientras que los derechos tradicionales, (como la vida, protección contra la prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes, derecho a la libertad), no los analizare pues es de aplicación el art. 52.3 CDFUE.

⁵⁴² Vid cita 2, 429, 436. Mediante la presente LO se ratifica el TL conforme al procedimiento previsto por el art. 93 CE. A su vez el art. 2 LO expone, “*A tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 10 de la Constitución española y en el apdo. 8 del artículo 1 del Tratado de Lisboa, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán también de conformidad con lo dispuesto en la Carta de los Derechos Fundamentales publicada en el «Diario Oficial de la Unión Europea» de 14 de diciembre de 2007, cuyo texto íntegro se reproduce a continuación*”.

⁵⁴³ ATC, Pleno nº 86/11, 9-6-2011, asunto Melloni, cuestión prejudicial al TJUE, (el TC, Sala 1ª, nº 64/91 de 22-03-1991, FJ 4 a) BOE nº 98, de 24-04-1991, Pleno, nº 213/94, de 14-07-1994, BOE nº 197 de 18-08-1994, FJ 3, Sala 2ª nº 58/04, de 19-04-2004, BOE nº 120 de 1 -05-2004, FJ 11, mantuvo una posición interpretativa diferente señalando entre otros aspectos que el DUE no conformaba el canon de constitucionalidad). El auto del TC fue resuelto en STJUE, GS, asunto Melloni C-399/11, (el antecedente jurisprudencial más próximo a esta sentencia, por parte del TJUE lo tenemos en STJUE, de 3-05-2007, asunto *Advocaten voor de Wereld VZW*, C-303/05). Luego el TC, dicto su STC, Pleno, nº 26/14, de 13-02-2004, BOE nº 60, de 11-03-2014, FJ 3-a), de la lectura de los votos particulares de la citada sentencia se constata claramente que los magistrados discrepantes entendían que dicha sentencia era importante para el diálogo entre tribunales. Incluso alguna parte de la doctrina científica esperaba que se activara el instrumento de los contra-límites, sin embargo, no fue así. Sobre la saga Melloni por su trascendencia existe una amplia bibliografía, entre ellas, Martín Rodríguez, P., (2013). “Crónica de una muerte anunciada...”, op. cit., El TC posterior a Melloni se ha pronunciado sobre la relevancia o primacía del DUE, entre ellas, SSTC, Sala 1ª, nº 26/20, de 24-02-2020, BOE nº 83, de 26-03-2020, FJ 6; Sala 1ª, nº 54/19, de 6-05-2019, BOE nº 138, de 10-06-2019, FJ 2; Pleno, nº 37/19, de 26-03-2019, BOE nº 99, de 25-04-2019, FJ 6; Pleno, nº 140/18, FJ 6; Sala 1ª, nº 22/18, de 5-03-2018, BOE nº 90 de 13-04-2018, FJ 3-6; Pleno nº 89/17, de 4-07-2018, BOE nº 171 de 19-07-2017, FJ2; Pleno, nº 232/15, de 5-11-2015, BOE nº 296 de 11-12-2015, FJ 4; Pleno, nº 215/14, de 18-12-2014, BOE nº 29 de 03-02-2015, FJ 3; Sala 1ª, nº 145/12 de 2-07-2012, BOE nº 181 de 30-07-2012, FJ 2, 5-6. Aunque también ha inadmitido cuestión de inconstitucionalidad, presentación al unísono por el juzgado consultante de cuestión prejudicial y cuestión de inconstitucionalidad ATC, Pleno nº 168/16 de 4-10-2016 FJ 4º.

3.2.1- El art. 1 dignidad. El art. 6 libertad y seguridad. El art. 20 igualdad. El art. 45 derecho circular y residir libremente. Limitaciones. Efectos suspensivos.

He expuesto al inicio de este capítulo como la CDFUE entiende la dignidad. La misma la encontramos recogida en varias normas relacionadas con la materia migratoria⁵⁴⁴, pero a pesar de ser un derecho para todos por igual atendiendo a la condición humana, no en todo momento se comporta así. En estrecha relación con ello tenemos el art. 6, libertad⁵⁴⁵ y seguridad, estos a su vez con el art. 45 derecho a circular y residir libremente, conforman un complejo entramado jurídico de difícil interpretación. Estudiaremos a continuación y a lo largo de esta investigación, como estos derechos de acuerdo con las normas del DUE en que se analicen tiene un diferente comportamiento e interpretación, incluso cuando interaccionan varias Directivas⁵⁴⁶ entre sí. Por ejemplo, la Directiva 115/08 con la Directiva 2013/32/UE (procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional refundición) y Directiva 2013/33/UE (normas mínimas para la acogida de los solicitantes de protección internacional texto refundido), u otras, como a la Directiva 2003/109/CE referida RLD o la Directiva referida a la reagrupación familiar. Esta diferenciación influye y determina en el momento de la toma de decisión sobre la adopción o no, de una medida cautelar y el efecto suspensivo de un recurso.

Se ha citado entre las diferentes normas de la UE que tratan la dignidad a la Directiva dirigida a la regulación del derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los EM⁵⁴⁷ y la Directiva 2008/115. Ambas, desde posiciones totalmente diferentes se relacionan estrechamente con el art. 45 CDFUE, relativo al derecho a circular y residir libremente, así como en el caso de la Directiva 2004/38 con los arts. 20 y 21 TFUE. Es decir, que sobre dos derechos fundamentales, pilares de la UE, dignidad y libertad de circulación y residencia, encontramos razonamientos totalmente diferentes respecto a los mismos, de acuerdo con los sujetos pasivos o activos indistintamente, lo que genera consecuencias jurídicas diferentes ante un recurso con efectos suspensivos. Cuestión similar sucede con el citado

⁵⁴⁴ Entre ellas, Directiva 2008/115/CE, (considerando 2 y art 8.4). Directiva 2004/38/CE (considerando 5 y 15). Reglamento (UE) 2016/399 del PE y del Consejo de 9-03-2016 por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen texto codificado, art. 4 y 7.1). Decisión 2004/573/CE del Consejo, relativa a la organización de vuelos conjuntos para la expulsión, desde el territorio de dos o más Estados miembros, de nacionales de terceros países sobre los que hayan recaído resoluciones de expulsión, apdo. 3.2, entre otras.

⁵⁴⁵ Castilla Juárez, K.A., (2018). *¿Detención por motivos migratorios?...op. cit.*, pp. 116-118. SSTJUE, Sala 4ª, de 14-09-2017, asunto K. c. Grecia, C-18/16, apto 40 y GS, de 15-02-2016, asunto J.N. c. Países Bajos, C-601/15, apto 56. Ambas señalan la importancia del derecho a la libertad, la gravedad de la injerencia que constituye una medida de internamiento. El ejercicio del derecho de la libertad sólo puede limitarse en el ejercicio dentro de los límites de lo estrictamente necesario.

⁵⁴⁶ STJUE, Sala 4ª, de 25-06-2020, asunto VL c. España, C-36/20, apdo. 59-61, 66-71, 77, 99, 102-107. Es significativo destacar de la presente sentencia el valor e importancia de la cuestión prejudicial y su repercusión en las medidas cautelares. El resultado de la misma se ha visto inmediatamente reflejado en el AJI nº 4 de Santa Cruz de Tenerife del 25-09-2020, no medida cautelar de internamiento de los inmigrantes recibidos y aceptar la solicitud de protección internacional.

⁵⁴⁷ Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento 1612/68, DO L 158, de 30 de abril de 2004, considerandos 5 y 15, traspuesta al derecho interno a través del RD 240/07 de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. BOE nº 51 de 28 de febrero de 2007.

art. 45-2 CDFUE en relación con la Directiva 2003/109/CE relativa RLD, concediendo libertad de circulación y de residencia a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un EM, en este último régimen de RLD se les refuerza dicho derecho de libertad de circulación y residencia, sin embargo, como he señalado, la misma no lo hace desde la perspectiva de la dignidad humana, sino que la Directiva utiliza el derecho a la igualdad⁵⁴⁸, el cual estaría relacionado con el art. 20 CDFUE.

A su vez sobre estos derechos existen límites, estos son los intereses generales que define la UE, como pueden ser el orden público y la seguridad⁵⁴⁹ u otros derechos fundamentales de la propia Carta. Estos intereses generales coinciden en su mayoría con los de los EM, sin embargo, encuentran diferentes formas de aplicación atendiendo al margen de maniobra de los mismos. Por ejemplo, respecto a los ciudadanos de la Unión y sus familiares, el margen de maniobra es reducido, no pueden los EM excederse en menoscabar la aplicación de las disposiciones relativas a la ciudadanía de la Unión o a la libertad de circulación, aun cuando sus disposiciones internas refieran determinadas limitaciones (expulsiones⁵⁵⁰), en correspondencia con la propia Directiva. Mientras que con los RLD a pesar de los Considerandos 12 y 16 mencionados, su tratamiento y margen de maniobra es totalmente diferente. (Un modelo que demuestra esta diferencia interpretativa es la doctrina jurisprudencial del TS respecto a las expulsiones de los RLD con antecedentes penales⁵⁵¹).

Estas diferenciaciones se complejiza aún más, digamos, en el mismo supuesto del derecho de circular y residir de los CUE y sus familiares. El TJUE ha reconocido en su jurisprudencia tres tipos diferentes de manifestación de esa residencia o circulación de los mismos, i)- la clásica, circular a otro EM y obtener su derecho de residencia para sí mismo y el resto de sus familiares en el EM de acogida, ii) la residencia reconocida a los miembros de la familia de un CUE en el Estado cuya nacionalidad posee el CUE, iii) el propio efecto útil del art. 20 TFUE, no se puede pretender impedir que un CUE sea privado del disfrute de la esencia de los derechos que le confiere la ciudadanía de la Unión (libertad de circulación)⁵⁵², aunque no la realice (ciudadano sedentario).

Llegados a este punto y continuado la estela de la forma en que se encuentran regulados los derechos mencionados en la Directiva 2004/38, reflejo el análisis de los mismos relacionado concretamente con las garantías de un recurso suspensivo. La Directiva en su art. 31 señala las Garantías procesales, en su apdo. 2, expone “*Cuando la solicitud de*

⁵⁴⁸ Respecto a dicha Directiva se ha de tener en cuenta el Considerando 12 el cual señala que para convertir en un verdadero instrumento de integración en la sociedad al RLD el mismo debe gozar de la igualdad de trato con los ciudadanos del EM en un amplio abanico de sectores económicos y sociales. El Considerando 16 expone que deben gozar de una protección reforzada contra la expulsión. Aspectos que como veremos en nuestro derecho interno son objetos de una especie de discriminación inversa en el análisis e interpretación del art. 57 apdo 5 y 10 LO 4/00, en cuanto a la expulsión de los RLD. Cuestión más compleja es el propio derecho de igualdad analizado desde la perspectiva del art. 10 Garantías Procesales y art. 12-4 en relación con el art. 31-2 Directiva 2004/38/CE.

⁵⁴⁹ Puede verse en este sentido la STJUE, GS de 22-05-2012, asunto P.I., C-348/09, interpretación del arts. 27 y ss. de la Directiva 2004/38/CE, apdo. 15-18-34, (y toda la jurisprudencia allí citada).

⁵⁵⁰ Arrese Iriondo, M. N., (2014). “La nueva dimensión de la ciudadanía de la Unión y su repercusión sobre el derecho de residencia”. *RAP*, (nº 194), pp. 179-208.

⁵⁵¹ SSTS Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 191/19, de 19-02-2019, Rec. 5607/17 y nº 257/19, 27-02-2019, Rec. 5809/17.

⁵⁵² SSTJUE, GS de 13-9-2016, C-165/2014, Rendón Marín c. España, apdo. 36-53; GS de 8-03-2011, asunto Ruiz Zambrano, C-34/09, apdo. 42-44; Pleno de 19-10-2004, asunto Zhu y Chen, C-200/02, apdo. 19, 26, 30-32, 45-47.

recurso judicial o administrativo de la decisión de expulsión vaya acompañada de la solicitud de una orden provisional de suspensión de la ejecución de dicha decisión, no podrá producirse la expulsión en sí hasta el momento en que se haya adoptado la decisión sobre la orden provisional excepto si: -la decisión de expulsión se basa en una decisión judicial anterior, -o si las personas afectadas han tenido acceso previo a la revisión judicial, -o si la decisión de expulsión se basa en motivos imperiosos de seguridad pública conforme al apdo. 3 del artículo 28.”

De ella se refleja e interpreta como se puede comportar el margen de maniobra o apreciación de un EM al momento de transponer la Directiva, así como su autonomía procedimental respecto a un recurso suspensivo. La Directiva señala claramente que realizada una solicitud de suspensión de una orden provisional de ejecución “no podrá” producirse la expulsión en sí, hasta el momento en que se haya adoptado la decisión sobre la orden provisional, reglando las tres excepciones mencionadas. Existe por ende unos términos reglados obligatorios, “no podrá”. En estos supuestos, como en otros ya mencionados, se encuentra la supremacía del DUE. Tanto el canon de control, como el estándar de los derechos fundamentales que puedan entrar en juego en su momento han de desplazarse al DUE, no existe margen de maniobra o apreciación, ni autonomía procedimental por los EM a la baja, sino que ha de ser al alza. Pero la realidad práctica es otra, digamos (p. ej.), aunque el RD 240/07 en su transposición del art. 31 de la Directiva al art. 17 del mismo, lo hace literalmente, sin embargo, nuestros órganos administrativos y judiciales no tienen en cuenta⁵⁵³ los aspectos antes señalados.

Viendo ahora la Directiva 2008/115/CE, como se ha dicho también hace referencia a la dignidad pero el efecto útil de la misma es (como bien lo señala su propio título y considerandos), tener una política eficaz⁵⁵⁴ de expulsión y repatriación, basada en normas comunes, para que las personas sean retornadas humanamente y respetando plenamente sus derechos y su dignidad. Esto nos permite distinguir, respecto de la anterior, que el alcance del tratamiento a la dignidad no es el mismo, a partir de un derecho diferenciador, derecho a circular y residir libremente. Este bajo el efecto útil de la presente Directiva, no existe. Por ello, los extranjeros que se encuentren en esta situación, parten en desventaja respecto al derecho humano de la dignidad.

Lo anterior se constata en la propia redacción del art. 13.2 Directiva 2008/115/CE, vías de recurso, derecho efectivo a interponer recurso contra las decisiones relativas al retorno.

⁵⁵³ Como se dirá más adelante el RD 240/07 en determinados artículos más que un proceso correcto de transposición, lo que ha sucedido es una transcripción casi literal, repercutiendo en aspectos tan importantes como los efectos suspensivos de los recursos. Un botón de muestra, Resolución del Subdelegado Gobierno Zaragoza de fecha 04-08-2017, por la que se deniega la suspensión de la eficacia de la Resolución del propio Subdelegado de fecha 19-06-2017. Recurrida con solicitud de medida cautelar de suspensión al JCA nº 4 de Zaragoza, PA 276/18, dictando Auto de 17-09-2018, desestimatorio de la solicitud de suspensión de la expulsión, recurrido en apelación STSJ Aragón, Sala (Contencioso), Sec. 1ª, nº 119/19 de 25-03-2019, Rec. 433/18, resolviendo estimando el recurso, revocando auto recurrido, adoptando la medida cautelar de suspensión.

⁵⁵⁴ Di Pascale, A., & Nascimbene, B., (2012). “La Sentencia del Tribunal de Justicia el Dridi y la inmigración irregular. Problema y perspectivas en el Derecho de la Unión Europea y en el Derecho Italiano”. *REDE*. (nº 42), pp. 107-128. Pasquali, L., (2011). “¿La Pena de Prisión para Inmigrantes Irregulares perjudica la Política de Retorno de la Unión?” *RDCE*, (nº 39), pp. 541-558. Esa política eficaz, como señalan los autores comprende el señalamiento a los EM que establecen en su sistema penal delitos y sanciones contra conductas migratorias que se oponen a la efectividad de la Directiva de retorno.

Señala la norma que se revisen éstas, remite o transfiere⁵⁵⁵ a la legislación nacional de los EM “*pudiendo asimismo suspender temporalmente su ejecución, salvo cuando la suspensión temporal sea ya de aplicación en virtud de la legislación nacional.*”-. Como se observa de la interpretación gramatical, entre la presente Directiva y la Directiva 2004/38, existe una diferencia terminológica muy importante, la primera no precisa, deja una apertura al margen de maniobra o apreciación a la autonomía procedimental de los EM, mientras que la segunda como se dijo, no lo permite, “*no podrá*”. El art. 13.2 Directiva 2008/115/CE, establece que el EM “*puede*” asimismo suspender temporalmente su ejecución, es decir, también se puede interpretar que dicho EM no pueda o no quiera regular la suspensión, para luego de forma sucesiva señalar que “*salvo*”, cuando la suspensión temporal sea ya de aplicación en virtud de la legislación nacional. Se puede interpretar que, si el EM ya tiene concebido en su legislación nacional un recurso, sea o no con efecto suspensivo, no es necesario que en su transposición cree otro recurso. De no tenerlo, entonces sí “*tendrá*” que regular el recurso suspensivo.

Estas matizaciones de los verbos “*podrá*”, o “*tendrá*”, que señalan las Directivas, repercuten en el control de las garantías de los derechos fundamentales de defensa y de tutela cautelar efectiva. Luego y en todo caso, si el EM en cuestión tiene dicho recurso, se tendría que determinar si el mismo ha de tener los efectos suspensivos directos de acuerdo con el art. 47 CDFUE y el art. 13 CEDH, intervienen aquí los principios de equivalencia y eficacia.

De ello se concluye que la Directiva 2008/115/CE su estándar de control de las garantías de los derechos fundamentales sobre el recurso efectivo, es desplazado a los EM, a sus cánones de derechos fundamentales según sus constituciones. En el caso concreto de nuestro derecho interno, puede ser tenido en cuenta el art. 90.3 LPACAP, el cual prevé este recurso suspensivo para los procedimientos sancionadores, que sin embargo, como veremos oportunamente, tiene carácter limitado de aplicación a la materia en estudio⁵⁵⁶.

Por último, en cuanto a la Directiva de RLD, donde he mencionado la igualdad de trato y el recurso efectivo, se constata que dicha igualdad no es igual a la que se regula en la Directiva 2004/38/CE y que el recurso efectivo que se menciona tampoco tiene el mismo alcance suspensivo, siendo en todo caso el recurso efectivo de la Directiva RLD, efectivo, pero no suspensivo y mucho menos eficaz en lo que concierne a nuestro derecho interno. Desplazándose los cánones y estándares de dicho recurso al derecho interno del EM, atendiendo a su margen de maniobra y apreciación.

⁵⁵⁵ Reig Fabado, I., (2015). “La Directiva de Retorno y la Tutela Judicial Efectiva”. *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, (nº 19), pp. 115-126.

⁵⁵⁶ Se ha de tener en cuenta la Disposición adicional primera Especialidades por razón de materia de la LPACAP, la cual incluye en su inciso “d). *Las actuaciones y procedimientos en materia de extranjería y asilo*”. Ante ello, el Ministerio de Empleo y Seguridad Social en fecha 30-09-2016 dictó la Instrucción SGIE 1/16, “*Sobre el procedimiento administrativo y la organización territorial en materia de extranjería a la luz de la entrada en vigor de la ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y de la Ley 40/2015, de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público en la AGE y el Sector Público Institucional Estatal.*” En síntesis, la misma viene a decir, que atendiendo al carácter prevalente de la LO 4/00, en cuanto a la materia de actuaciones y procedimientos, incluyendo el procedimiento en el ámbito sancionador. los mismos se continuarán rigiendo por su normativa específica, LO 4/00, y sólo supletoriamente por la LPACAP, arts. 63, 64, 89 y 90 LPACAP, así como los arts. del 25-31 Ley 40/15.

3.2.2- El art. 41 derecho a una buena. Debido proceso.

En el Título V de la Carta se regulan los derechos de la ciudadanía, dentro de ellos analizare en primer lugar el art. 41 referente al derecho a una buena administración⁵⁵⁷, visto tanto desde la óptica de principio general del DUE (art. 6.3 TUE), como de derecho fundamental. La misma integra un conjunto de derechos procedimentales, de garantías del debido proceso/proceso equitativo, reglas de legalidad sustantiva, que en última instancia se traducen en derechos de defensa, imparcialidad, equidad, (obligación de resolver⁵⁵⁸, objetividad y transparencia de la actuación administrativa, buena fe, confianza legítima, contradicción, derecho a ser oído o trámite de audiencia, acceso al expediente y motivación, igualdad de partes, reparación del daño⁵⁵⁹, el correcto funcionamiento de cualquier administración, observancia de plazos razonables en la tramitación de los asuntos, hacen que el actuar de la administración deba ser un actuar regido en general, por el principio de legalidad). Reviste así, este derecho para el extranjero un “*plus*” reforzado en sus actos ante o con la Administración, máxime cuando se ha constatado que en la materia en estudio la misma actúa y ejecuta en su mayoría la normativa de la UE, ya sea derecho primario o derivado. De todos ellos abordare, el derecho a ser oído o trámite de audiencia, acceso al expediente y motivación, desde una concepción más práctica y aplicación directa a las medidas cautelares por la Administración de extranjería.

⁵⁵⁷ Arzoz Santisteban, X., (2019). “La resiliencia del procedimiento administrativo español...” op. cit., pp. 24-28. Barnés Vázquez J., (2019). “Buena administración, principio democrático y procedimiento administrativo”, *Revista digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, (nº 21), pp. 77-123. doi: <https://doi.org>, recuperado 25-08-2019. Ponce Solé, J., (2017). “La jurisprudencia europea y española sobre el derecho a una buena administración”, en L. Míguez Macho & M. Almeida Cerrado. *Los retos actuales del derecho administrativo en el Estado autonómico: estudios en homenaje al profesor José Luis Carro Fernández-Valmayor*. (Vol. II, pp. 143-163). Sgto. de Compostela: Andavira: Fundación Democracia y Gobierno Local. Se ha de recordar que el art. 41.1 CDFUE hace referencia a las instituciones y órganos de la Unión. Mientras que el TJUE ha señalado en su STJUE, Sala 4ª, de 8-05-2014, asunto N.H, c. Irlanda, C-604/12, apdo. 41-49, que dicho artículo refleja un principio general del DUE. Todo ello basado en la doctrina Wachauf c. Alemania, C 5/88, apdo. 22. En este sentido STS Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 3431/14 de 11-07-2014, Rec. 5219/11, FD 8, interpretación del art 41 CDFUE “*con proyección general, no obstante lo establecido también por el artículo 51 de dicha Carta, porque resulta difícil establecer y explicar un distinto nivel de enjuiciamiento, según se aplique o no el Derecho de la Unión Europea por los operadores en el ámbito interno*”.

⁵⁵⁸ Arzoz Santisteban, X., (2019). *El silencio administrativo. Análisis constitucional y administrativo*, Madrid: La Ley Wolters Kluwer, pp. 74-80.

⁵⁵⁹ Meilán Gil, J.L., (2017). “El carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración e integración desde el Derecho español y comunitario”, en J. C. Laguna de Paz, I. Sanz Rubiales, I. de los Mozos Touya & J. L. Martínez López-Muñiz. (Coords.). *Derecho administrativo e integración europea. Estudios en homenaje al Profesor José Luis Martínez López-Muñiz*. (Vol. II, *El actuar de la Administración Pública y garantías de su efectiva legalidad*, pp.1541-1558). Madrid: Reus.

El derecho a la buena administración se erige en el fundamento material del Derecho de la Administración Europea⁵⁶⁰ (que por simetría⁵⁶¹ se extiende a buena administración de justicia, art. 47 Carta, arts. 103-106 CE y también al art. 6 CEDH⁵⁶²). Como señala RODRIGUEZ ARANA es el único de los derechos de ciudadanía que aparece configurado en la Carta como auténtico derecho fundamental⁵⁶³; es decir, cuyo disfrute no queda condicionado por la exigencia de la nacionalidad o de la residencia en alguno de los EM. Según lo expuesto la administración actúa debidamente o si no lo hace, da paso a una apariencia de mal derecho de su actuación, un *fumus mali iuris*, por tanto *prima facie* ante ese mal derecho se ha de suspender el acto o con el recurso efectivo garantizar la pretensión del solicitante extranjero.

Dentro de la amplitud del citado artículo, como se ha señalado se aborda el derecho a ser oído⁵⁶⁴ antes de que se tome en contra del extranjero una medida individual que le afecte desfavorablemente, reúne unas características de trascendencia al estar también en estrecha relación con los arts. 47 y 48 CDFUE, garantizando en su conjunto, el respeto del derecho de defensa y del derecho a un proceso equitativo en el marco de cualquier procedimiento administrativo y jurisdiccional⁵⁶⁵. En este sentido, los EM deben tener en

⁵⁶⁰ Fuentetaja Pastor, J. Á., (2014). “Del “derecho a la buena administración” al derecho de la Administración europea”. *Cuadernos Europeos de Deusto*. (nº 51), pp. 19-43. Previamente el profesor Fuentetaja Pastor, J. Á., (2008). “El Derecho a la Buena Administración en La Carta de Los Derechos Fundamentales de La Unión Europea”. *REDUE*, (nº 15), pp. 137-154. En este sentido también se ha de tener en cuenta el proyecto de Código de procedimiento administrativo de la UE (ReNEUAL), Resolución del PE, de 15-01-2013, con recomendaciones destinada a la Comisión sobre la nueva Ley de Procedimiento Administrativo de la Unión Europea, donde se recoge la codificación de los principios de una buena administración. (Aspectos que se volverán a tratar en la segunda parte).

⁵⁶¹ Tomás Mallén, S. B., (2004). *El Derecho Fundamental a una Buena...*, op. cit., pp. 99-176, 182-202, 227-266, 287-301, 310-316. Las simetrías, conexiones o divergencias que vienen derivadas del mandato constitucional, arts. 103-106, conexión del derecho fundamental a una buena administración en equiparación con el art 105 CE o el control jurisdiccional sobre la Administración, art. 106, en cuanto al trámite de audiencia, acceso a los archivos, expedientes, entre otros. El control del procedimiento administrativo con todas las garantías de debido proceso en su integralidad.

⁵⁶² STEDH GS, asunto Avotiņš C. Letonia, apdo. 10, “...en interés de la buena administración de justicia, ...”. STJUE, Sala 1ª de 16-09-2015, asunto Alpha Bank y otros, C-519/13, aborda la problemática del derecho a la buena administración, en este caso de justicia, respecto a la notificación y traslado entre los EM de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, apdo. 30, 31. Resaltando el art. 47 CDFUE y el proceso equitativo en relación con art. 6 CEDH. En igual sentido la STJUE, Alder, C-325/11, apdo. 35 y la jurisprudencia allí citada.

⁵⁶³ Rodríguez-Arana Muñoz, J., (2017). “El Derecho Fundamental de la persona a la Buena...”, op. cit., p. 349. A su vez en este sentido se han de tener en cuenta la Recomendación (UE) 2017/2338 de la Comisión, de 16-11-2017 (DOUE L 339/83), por la que se establece un Manual de Retorno, Recomendación 12, garantías procesales, derecho a una buena administración y derecho a ser oído, acceso a su expediente, motivación, entre otras. Este Manual tiene en cuenta su vez la Recomendación de la Comisión C (2017) 1600, de 7-03-2017, (DOUE L 66/15) la cual proporciona orientaciones sobre la manera de lograr que los retornos sean más eficaces al aplicar la Directiva 2008/115/CE.

⁵⁶⁴ SSTJUE, Sala 5ª, asunto Mukarubega, C-166/13, apdo. 42-62; Sala 5ª, asunto Boudjlida C-249/2013, apdo. 38; Sala 2ª, asunto M.G y N.R, C-383/13, apdo. 22-45 y la jurisprudencia en ellas citada. Como se ha dicho *ut supra* dichas sentencias analizan la anulación de la decisión adoptada al término del procedimiento administrativo del que se trate, si el derecho vulnerado, en este caso, el derecho a ser oído, hubiera podido llevar a un resultado diferente de no concurrir tal irregularidad, es decir, valora el Tribunal el grado de efecto de la posible circunstancia invalidante.

⁵⁶⁵ STJUE, Sala 2ª, asunto M.G. y N.R, C-383/13, apdo. 36-44, derecho de defensa y a ser oído en un procedimiento administrativo, internamiento, prórroga del mismo, apreciación del juez nacional para apreciar la legalidad de esa decisión. Solo se puede ordenar el levantamiento de la medida de internamiento

cuenta los citados derechos (incluso cuando la normativa aplicable, ya sea la nacional o la propia de la UE, no los regula correctamente, como sucede en nuestro derecho interno, en cuanto al trámite de audiencia para el internamiento, art. 62-1-2º LO 4/00, el cual regula el derecho de audiencia, pero no el procedimiento del mismo), de manera que establezcan de forma clara y expresa los mismos, así como, que los órganos administrativos y jurisdiccionales lo tengan en cuenta⁵⁶⁶.

En estrecha relación con lo anterior se encuentra el acceso al expediente, el cual debe ser a todos los expedientes, incluido en los procedimientos de investigación previa, o actuaciones previas (art. 218 ROLEX)⁵⁶⁷, los del art. 59 y 59 *Bis* LO 4/00 o de cualquier acto de gravamen. Como se expondrá más adelante, precisamente el acceso a esa documentación, es lo que nos permitirá lograr esa verdadera garantía de defensa y contradicción, así como la constatación *prima facie* del actuar de la Administración. Por consiguiente, la solicitud de información o acceso a un expediente se ha de entender como una obligación de la Administración a que facilite toda la información necesaria relacionada con hechos de los que pueda tener conocimiento y que presente, los documentos correspondientes que obren en su poder, incluso si los mismos pueden servir para probar contra ella o contra cualquier otra administración la existencia de una conducta contraria a la reglas de debido proceso, atendiendo a que la Administración, no puede, mediante una decisión de solicitud de información, o acceso al expediente vulnerar el derecho de defensa reconocido en la Carta.

Por último, el tercer derecho a comentar dentro del amplio art. 41, es el derecho a la motivación, derecho a conocer con claridad y precisión las razones que llevaron a la administración a adoptar el acto, así como la base jurídica sobre la que se fundaron para hacerlo. Derecho perfectamente conocido en el derecho interno, (art. 24 CE), ampliamente estudiado y desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia. Ello permitirá, sobre todo en el supuesto de actos desfavorables, defender mejor la posición del extranjero, e incluso, llegado el caso, cuestionar la legalidad del mismo, si considera que la motivación ha brillado por su ausencia o ha sido insuficiente. Se trata, como ha señalado el TJUE reiteradamente en su jurisprudencia de un vicio sustancial, de forma que puede determinar la nulidad del acto afectado⁵⁶⁸. La obligación de motivar una decisión de modo suficientemente específico y concreto para que el interesado pueda comprender las razones de la denegación que se opone a su solicitud constituye, el corolario del principio del respeto del derecho de defensa. Este derecho se retomara más

si estima que esa vulneración ha privado efectivamente a quien la invoca de la posibilidad de ejercer mejor su defensa, en tal grado que ese procedimiento administrativo hubiera podido llevar a un resultado diferente, en correspondencia con su ley procesal nacional). Aunque la norma nacional la somete al “*test*” de la “*equivalencia*” y del “*efecto útil*”, ya que esa norma nacional está siendo ejercitada “*en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión*”, art. 15-6, Directiva 2008/115/CE (prórroga de medidas de internamiento a efectos de expulsión) y art. 41-2-a), CDFUE (derecho a ser oído).

⁵⁶⁶ STJUE, GS de 18-07-2013, asunto Comisión y otros, c. Kadi, C-584/10 P, C-593/10 P, C-595/10 P, apdo. 98 y 99 derecho de defensa, art. 41.2 y el derecho a una tutela judicial efectiva, art. 47, ambos CDFUE (y la jurisprudencia citada en la misma). En estrecha relación con lo anterior, STJUE, Sala 1ª de 22-11-2012, asunto M. c. Irlanda, C-277/11, apdo. 86, remite a la STJUE, Sala 2ª de 18-12-2008, asunto Sopropé c. Portugal, C-349/07, apdo. 38.

⁵⁶⁷ Córdoba Castroverde, D., (2017). “Las actuaciones previas de investigación en la jurisprudencia”. Respuesta de los tribunales. *RJD*, nº 2, <http://www.online.elderecho.com>, recuperado 14-12-2017. STJUE, de 18-10-1989, asunto Orkem c. Comisión, C-374/87, apdo. 32-34.

⁵⁶⁸ STJUE, Sala 5ª, asunto Boudjlida, C-249/2013, apdo. 38.

adelante y en la segunda parte, atendiendo con su estrecha relación con la fundamentación del acto administrativo.

3.2.3- El art. 46 protección diplomática y consular.

El art. 46 de la Carta se refiere a la protección diplomática y consular⁵⁶⁹, en relación con el art. 23 TFUE y la Convención de Viena ya citada. Dicho artículo reconoce el derecho de los ciudadanos de la Unión a acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el EM del que sea nacional a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier EM, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado. Dicha protección Consular, como se ha anunciado, está regulada - específicamente en la Directiva (UE) 2015/637⁵⁷⁰.

El contenido de la Directiva y su relación con el art. 8 Convención de Viena, antes mencionada, los EM podrán proporcionar protección consular en nombre de otro EM previa notificación adecuada y siempre que el tercer país afectado no se oponga a cualquier CUE que no se encuentre representado su Estado en dicho lugar, así lo solicite. En igual sentido esta Directiva se hace extensiva a los familiares de los ciudadanos de la Unión que no pertenezcan a un EM, es decir, se le proporcionará protección consular a los familiares que acompañen a ciudadanos no representados en un tercer país y que no sean a su vez ciudadanos de la Unión en la misma medida y bajo las mismas condiciones que se les proporcionaría a los familiares de los ciudadanos del EM que preste asistencia, que no fueran a su vez ciudadanos de la Unión, de conformidad con su Derecho o sus prácticas nacionales.

En lo que nos interesa, la Directiva en su art. 9, regula los tipos de asistencia, que comprende entre otras cosas, la asistencia en caso de detención o prisión⁵⁷¹ de aquellos CUE y de sus familiares, (art.7-a) RD 561/19). Por ende, atendiendo a dichos supuestos, la detención puede ser para la ejecución de una expulsión o un internamiento en un CIE. Estos son elementos de garantías de los derechos fundamentales a tener en cuenta al momento de solicitar una medida cautelar. Como se ha expuesto al respecto, son derechos que de precluir, afectan al derecho de un recurso efectivo y eficaz.

⁵⁶⁹ Guzmán Zapater, M., (2015). “La Protección Consular como Derecho derivado de la Ciudadanía”. *REDUE*, (nº 27, nº 28), pp. 259-280. Piernas López, J. J., (2014). “La Protección Diplomática y Consular de los Ciudadanos de La Unión Europea tras el Tratado de Lisboa. Análisis de la propuesta de Directiva de la Comisión”. *RDCE*, (nº 48), pp. 577-599. González Pliego, M., (2012). “La Unión Europea y la actividad Consular tras el Tratado de Lisboa. Aspectos Jurídicos e Institucionales”. *REDUE*. (nº 23), pp. 105-134. Andrés Sáenz de Santa María, M. P., (2006). “La protección diplomática y consular de los ciudadanos de la UE en el exterior”. *REDUE*, (nº 11), pp. 11-25.

⁵⁷⁰ Directiva (UE) 2015/637 del Consejo, de 20-04-2015, sobre las medidas de coordinación y cooperación para facilitar la protección consular de ciudadanos de la Unión no representados en terceros países y por la que se deroga la Decisión 95/553/CE. Transpuesta al derecho interno RD 561/19, de 9-10-2015, BOE nº 244 de 10-10-2019. La presente Directiva no afecta a las relaciones consulares entre los EM y terceros países, en particular a los derechos y obligaciones derivados de los usos y acuerdos internacionales, en relación con la Convención de Viena, sobre relaciones consulares, que los EM aplican en cumplimiento de la legislación de la Unión.

⁵⁷¹ Como he mencionado supra capítulo I, punto 1.2.1.d), esta Directiva tiene estrecha relación con la detención, Directiva 2013/48/UE y Directiva 2008/115/CE. En este sentido se puede ver Decisión del Consejo de 14-06-2010 en su anejo “*Prácticas comunes para la asistencia consular fuera de la UE*” Asistencia en caso de detención: la embajada/consulado general del Estado de la UE que presta asistencia. En cuanto al “*mínimo común*” de la atención, señala que deberá visitarse al detenido, informarle de sus derechos, informar a sus familiares y controlar el estándar mínimo de tratamiento en las prisiones.

3.2.4- El art. 47 CDFUE, tutela judicial efectiva. Recurso suspensivo y recurso suspensivo automático.

El art. 47 de la Carta, derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, es esencial para nuestro estudio, el cual por sí solo se pudiera decir que no tiene necesidad de mayor desarrollado por otras normas del DUE, sin embargo, no puede dejar de ser analizado si no se tiene en cuenta el art. 19.1 TUE párrafo segundo, en cuanto a que los EM establecerán las vías de recurso⁵⁷² necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el DUE, esto a su vez entronca con el art. 6 y 13 CEDH y con el propio art. 48 CDFUE, que reconoce la presunción de inocencia y derechos de la defensa⁵⁷³. En igual sentido, están relacionados tanto con la DUDH en sus arts. 8 y 10, así como con el art. 14 PIDCP. El análisis del artículo en cuestión se hará desde una dimensión objetiva del vínculo inseparable entre la tutela judicial efectiva y el Estado de Derecho como parámetro de control de europeidad. Ese control corresponde, entre otros, fundamentalmente a los jueces ordinarios de los EM, el juez nacional cuando actúa ante temas del DUE está vinculado por las exigencias del art. 19.1 TUE y del art. 47 CDFUE⁵⁷⁴.

Respecto del recurso efectivo el TJUE ha vendido dando una interpretación consistente en que la efectividad del recurso vendrá dada, en tanto sea un recurso con los mismos

⁵⁷² SSTJUE, Sala 7ª, de 18-10-2018, asunto E.G. c. Eslovenia, C-662/17, apdo. 47; Sala 2ª de 26-07-2017, asunto Sacko c. Italia, C-348/16, apdo. 31-32; GS, de 6-11-2012, asunto Europese Gemeenschap y otros c. Bélgica, C-119/11, apdo. 47-49. Reflejan las características del recurso a determinarse de conformidad con el art. 47 CDFUE en relación con el art. 6 y 13 CEDH, constituyen dichas sentencias una reafirmación del principio de tutela judicial efectiva, derecho de acceso a los tribunales, derecho de defensa, principio de igualdad de armas y el derecho a ser asesorado, defendido y representado.

⁵⁷³ En este sentido concreto, derecho defensa, el TJUE ha fijado la obligación de respetar el mismo frente a las decisiones que provengan de las administraciones de los EM cuando adoptan decisiones que entran en el ámbito de aplicación del DUE y afectan a los ciudadanos de manera considerable a sus intereses. Este derecho al igual que los anteriores se encuentra determinado en cierta medida por los principio de cooperación leal, margen de maniobra/apreciación, principio de equivalencia, principio de efectividad, autonomía procedimental, junto al principio/derecho a una buena administración de los EM, cuando el DUE no regula las condiciones formales del mismo. SSTJUE, Sala 1ª de 9-09-2020, asunto JP c. Bélgica, C-651/19, apdo. 34; Sala 1ª 19-03-2020, LH (Tompá) c. Hungría, C-564/18, apdo. 63; Sala 1ª, de 19-03-2020, asunto PG c. Hungría, C- 406/18, apdo. 26, Sala 1ª de 15-03-2017, asunto Aquino, c. Bélgica C- 3/16, apdo. 48; Sala 4ª de 8-05-2014, asunto N.H, c. Irlanda, C-604/12, apdo. 41; asunto Johnston, C-222/84, apdo. 18-19 de 15-05-1986; asunto Dufay c. Parlamento, C-257/85, de 1-04-1987; asunto Heyens y otros, C-222/86, apdo. 14 de 15-10-1997; asunto Comisión c. Austria, C-424/99, apdo. 45 de 27-11-2001; asunto Unión de Pequeños Agricultores c. Consejo, C-50/00 P, apdo. 39, de 25-07-2002; Sala 1ª de 19-06-2003, asunto Eribrand, C-467/01, apdo. 61; GS de 12-07-2005, asunto Alliance for Natural Health y otros, C-154/04 y C-155/04; GS de 13-03-2007, asunto Unibet, C-432/05, apdo. 37; Sala 3ª de 27-06-2013, asunto Agroconsulting-04, C-93/12, apdo. 59, entre otras., todas reflejan el deber obligación de los EM de garantizar el respeto a los derechos fundamentales de las disposiciones del DUE relativas a los actos.

⁵⁷⁴ La interrelación del art. 19.1 TUE y art. 47 CDFUE, Estado de Derecho y tutela judicial efectiva, tiene una de sus máximas expresiones en la independencia e imparcialidad de los jueces como parte de la organización de la Administración de Justicia, estableciéndose las vías de recurso necesarias y efectivas, así como procedimientos que garanticen un control judicial efectivo, todas al ser obligaciones de los EM cuando actúan en ámbitos cubierto por el DUE. En este sentido se ha pronunciado el TJUE ratificando su doctrina, entre ellas, STJUE GS de 26-03-2020, asunto Miasto Łowicz y Prokurator Generalny, asuntos acumulados C-558/18 y C-563/18, aptado 32-37; GS de 24-06-2019, asunto Comisión c. Polonia, C 619/18, aptado 77; GS de 25-07-2018, asunto LM c.Irlanda, C 216/18, PPU aptado 53.

efectos que los del art. 13 CEDH. Ha señalado en diferentes sentencias⁵⁷⁵ que para la interpretación y aplicación de un recurso efectivo y suspensivo, no sólo basta la interpretación gramatical o exegética del concepto, sino toda la estructura general de la norma, viendo el texto de la misma con toda su objetividad e integridad, la norma en un todo completo, integrado. Ello unido a un análisis lógico jurídico de los hechos de cada caso concreto, (en nuestro derecho interno, el art. 3 CC en cuanto a la interpretación de las normas). Sin embargo, el propio TJUE ha ido estableciendo la excepcionalidad en la materia en estudio, señalando, (p. ej.), que ese efecto suspensivo y el suspensivo automático se da solo en casos muy excepcionales, vinculados a graves enfermedades, o a que en el país de destino no existan los tratamientos adecuados respecto a dicha enfermedad, torturas, malos tratos o degradantes, ciñéndolos fundamentalmente a los arts. 2-5 CDFUE, pues de no producirse la suspensión del acto, se estaría vulnerando con ello el principio de no devolución. Estos criterios jurisprudenciales los ha establecido el TJUE en correspondencia con el TEDH, refiriéndose generalmente a supuesto de protección internacional y aquellos supuestos que configuren los elementos sustantivos del art. 5 Directiva 2008/115 en relación con el art. 19. 2, CDFUE, no debiéndose llevar a cabo la devolución o expulsión⁵⁷⁶.

La excepcionalidad antes señalada la conecta el TJUE con el margen de maniobra de los EM, señalando incluso que, *a fortiori*, en los supuestos enunciados puedan establecer que el recurso carezca de efecto suspensivo, concretamente contra la decisión de no admitir a trámite una nueva solicitud de protección internacional. Se puede observar la complejidad del tema en la citada STJUE Sala 4ª de 17-12-2015, asunto Abdoulaye Amadou Tall C-239/14-, en la que, por un lado, el TJUE señala que la falta de efecto suspensivo de un recurso interpuesto contra tal decisión (protección internacional) y su expulsión de acuerdo con la Directiva 2008/115/CE es, en principio contrario a los arts. 19. 2 y 47 de la Carta; por otro lado, sienta que la decisión de no admitir una nueva solicitud, existiendo ya una previa denegada, el recurso no tiene que ser necesariamente suspensivo. Otro ejemplo ilustrativo de lo complejo y enrevesado del tema lo tenemos en la Directiva 2004/38/CE, Considerando 16 y art. 14, no tendrá por consecuencia automática una medida de expulsión aquellos supuestos en que los CUE y sus familiares no se conviertan

⁵⁷⁵ SSTJUE Sala 1ª de 30-09-2020, asunto B c. Bélgica C-233/19, apdo. 46-50. De la misma Sala y fecha, asunto LM c. Bélgica C-402/19 apdo. 34-36, 38, 40-41, 55; GS, de 14-05-2020, asunto FMS, FNZ, SA, SA junior y otros c. Hungría, C- 924/19/PPU y C- 925/19/PPU, apdo. 76, 11 y 124-128; GS, de 19-06-2018, asunto Sadikou Gnandi c. Bélgica, C-181/16, apdo. 52 y 57; Sala 1ª, de 13-12-2017, asunto El Hassani, c. Polonia, C-403/16, apdo. 39-41; GS, de 18-12-2014, asunto Abdida, C-562/2013, apdo. 45-48 y ss.; Sala 4ª de 17-12-2015, asunto Abdoulaye Amadou Tall, C-239/14, apdo. 42, 49, 51, 54, 56-60. Todas sintetizan la doctrina jurisprudencial del TJUE respecto al reconocimiento al recurso, pero ello no quiere decir que sea un recurso necesariamente con efecto suspensivo y tampoco de pleno derecho o automático. No obstante, cuando se ejerce contra una decisión de retorno, alegaciones cuya ejecución puede exponer al solicitante a un riesgo serio de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos degradantes, enfermedad grave o deterioro serio e irreversible de esta, se deberá garantizar de ese modo el respeto de las exigencias establecidas en los art. 19. 2 y 47 CDFUE. Como antecedentes de dicha doctrina ver SSTJUE, Sala 3ª, asunto Agroconsulting C-93/12, apdo. 59 y GS, asunto Unibet, C-432/05, apdo. 37.

⁵⁷⁶ La doctrina antes referenciada es recogida en la Recomendación (UE) 2017/2338 de la Comisión, Manual de Retorno, recomendación 12.4 garantías procesales, vías de recurso, obligación de conceder un efecto suspensivo automático en caso de riesgo de devolución real de malos tratos, tortura o de penas o tratos inhumanos o degradantes, deterioro grave e irreversible del estado de salud se debe interpretar el art. 13 Directiva 2008/115 CE en relación con los art. 5 y 9 de la misma con carácter obligatorio por el órgano revisor a conceder un efecto suspensivo *ipso iure* de acuerdo con este requisito cuando está en juego el principio de no devolución.

en una carga excesiva para la asistencia social del EM de acogida, queriendo ello decir, que puede existir bajo el manto de la citada Directiva circunstancias de la expulsión automática. Aspectos que abordare detenidamente más adelante.

Lo antes expuesto no es más que el reflejo de la compleja normativa de DUE al respecto, que hace que los operadores jurídicos y los órganos jurisdiccionales han de tener en cuenta para la diferenciación en el momento de la toma de decisión sobre la adopción o no, de una medida cautelar y el efecto suspensivo de un recurso.

El art. 47 obliga, tanto a las instituciones y órganos de la Unión, como a los EM a cumplir con el derecho a una buena administración del art. 41 antes citado, siendo comprendida la Administración de justicia. Como señala TOMÁS MALLÉN, se trata de derechos absolutamente relacionados entre sí, el derecho a una buena administración en el ámbito jurisdiccional⁵⁷⁷ es una garantía de tutela judicial efectiva. Por ello, para cuando la tutela judicial efectiva es de carácter nacional y entra a valorar los derechos en juego que provienen del DUE, no debe tener o poner ningún obstáculo en su aplicación.

De la propia jurisprudencia del TJUE y de los principios de los Tratados se resume, que la tutela judicial efectiva en su vertiente de un recurso efectivo al momento de ser aplicado por los órganos jurisdiccionales de carácter nacional deben tener en cuenta los siguientes criterios: a) es competencia de los jueces nacionales al ser jueces de la UE⁵⁷⁸ proteger los derechos reconocidos por las normas del DUE, cuando actúan ante ellas. Esto es, como se ha dicho con frecuencia en la jurisprudencia del TJUE de manera muy gráfica, que existe un vínculo o conexión con el DUE en la actuación del juez nacional (juez ordinario), que tiene la obligación de cumplir la norma del mismo y con todo el *acquis communautaire*, que incluye, como se sabe, a la jurisprudencia emanada del TJUE. Dicho derecho ha sido otorgado al juez nacional, tanto por el propio DUE, como por las Constituciones internas de los EM. El juez nacional está obligado a garantizar la plena eficacia y efecto útil del DUE. Por tanto, su función de control se amplia, b) todas las vías procesales internas son susceptibles de servir para hacer efectivos los derechos fundados en normas del DUE., c) el acceso a los DUE no puede hacerse en condiciones menos favorables o que se hagan imposible en comparación con las vías o accesos para los derechos consagrados en sus normas internas, (equivalencia/efectividad), d) toda decisión nacional que aplique el DUE, debe ser motivada y susceptible de control jurisdiccional efectivo.

Dicho lo anterior, evidentemente el art. 47 CDFUE permite y desarrolla la competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales en virtud del DUE para adoptar medidas cautelares⁵⁷⁹ aplicando al derecho interno ese DUE, es decir, los jueces nacionales tienen

⁵⁷⁷ Tomás Mallén, S. B., (2004). *El Derecho Fundamental a una Buena...*, op. cit., pp. 62, 239-270.

⁵⁷⁸ Mayoral Díaz-Asensio, J.A., Berberoff Ayuda, T. D., Ordóñez Solís, D., (2013). “El juez español como juez de la Unión Europea”. *REDE*, (nº 48), pp. 127-152.

⁵⁷⁹ STJUE, GS asunto Unibet, C-432/05 apdo. 37, 66-83. Analiza el derecho a la tutela judicial efectiva, respecto aquella legislación nacional que no prevé una acción autónoma para impugnar la conformidad de una disposición nacional con el DUE. Autonomía procesal/cuestión prejudicial, principios de equivalencia/efectividad. Todo ello de aplicación a la tutela cautelar, la suspensión de la ejecución de una disposición nacional basada en una normativa comunitaria en un litigio pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, a la vez que depende de las normas procesales nacionales, debe sujetarse en todos los EM a requisitos de concesión uniformes y análogos a los aplicables en los procedimientos sobre medidas provisionales seguidos ante los Tribunales comunitarios (remite a las sentencias de 21-02-1991, Zuckerfabrik C-143/88 y C-92/89, apdo. 26-29; de 9-11-1995, Atlanta y otros (I), C-465/93, apdo. 19-26 y

la obligación procesal, en todos aquellos casos en que se esté analizando el DUE, ya sea, derecho primario o derivado, adoptar dichas medidas sobre la base de dicho derecho. Los presupuestos de las medidas cautelares en nuestro derecho interno (art. 129 y ss. LJCA), deben estar enriquecidos con los propios presupuestos para las medidas cautelares que genera el DUE, así como, de la jurisprudencia del TJUE al respecto. Es decir, deberá existir una equivalencia, efectividad y eficacia entre los mismos.

Ha definido la doctrina y la jurisprudencia del TJUE que dichas medidas cautelares se toman aunque existan normas de derecho nacional contrarias al DUE, teniendo en cuenta que la concesión de dichas medidas sea necesaria para garantizar la plena eficacia de la resolución judicial⁵⁸⁰ que resuelva sobre la existencia de tales DUE. Ello se hace extensivo a las medidas cautelares positivas⁵⁸¹, que configuren o regulen provisionalmente las situaciones o las relaciones jurídicas controvertidas, atendiendo a la supremacía del DUE, el cual debe prevalecer⁵⁸². Por lo que el juez nacional debe tener en cuenta en su análisis de proporcionalidad, si la concreta medida cautelar a tomar afecta o menoscaba el régimen jurídico establecido en toda la Unión, así como, en especial, cuando la concesión de las medidas provisionales pueda provocar un riesgo económico para la Unión. El órgano jurisdiccional nacional debe, además, poder imponer al demandante suficientes garantías, como la prestación de una fianza o la constitución de un depósito judicial.

Cuestión singular es la relativa a cuando un acto administrativo basado en el DUE se encuentra sometido a interpretación ante el TJUE. Ante estos supuestos el juez nacional si considera que se cumplen los presupuestos nacionales para la adopción de medidas, con arreglo a los cuales puede suspender la aplicación de un acto administrativo, similar al que está siendo interpretado y el mismo está basado en el DUE, podrá tomar en consideración las circunstancias concretas del supuesto que se está interpretando y adoptar la concesión de medidas cautelares concretas, ya sean de suspensión o cualquier otra según el caso. Lo anterior también se hace extensivo a las autoridades administrativas nacionales competentes de los EM. En ambos casos, tanto las autoridades administrativas, como los órganos jurisdiccionales, están facultados para suspender la ejecución del acto hasta que el TJUE se pronuncie sobre su validez⁵⁸³. Esto como veremos entronca con la

39-45 y de 6-12-2005, Abna y otros, C-453/03, C-11/04, C-12/04 y C-194/04, apdo. 103-109 y 111 y el punto 5 del fallo.. En similares términos se pronunció el Abogado General Sra. Eleanor Sharpston, en sus Conclusiones de 30-11-2006, puntos 74 y 75, asunto Unibet.

⁵⁸⁰ Núñez Lozano, M. C., (2017). “La eficacia de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre los actos nacionales”, en VV.AA. *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa. Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*. (pp. 549-614). Madrid. INAP.

⁵⁸¹ SSTJUE, de 9-11-1995, asunto Atlanta y otros C-465/93, apdo. 19-26 y 39-45. En sentido contrario atendiendo al tipo de medida y asunto, STJUE de 26-11-1996, asunto Port c. Alemania C-68/95 apdo. 52-53 y 60-62. La STJUE de 17-07-1997, asunto Krüger c. Alemania C-334/95, apdo. 44-47, insiste en el equilibrio que ha de presidir la relación entre los jueces nacionales y el TJCE, que se deriva de los principios de proporcionalidad y subsidiariedad. ATJUE de 29-01-1997, asunto J. Antonissen c. Comisión de CEE y Consejo C-393/96 P (R), apdo. 40-41, (pago en concepto de entrega a cuenta).

⁵⁸² García De Enterría Martínez-Carande, E., (1997). “Hacia una medida cautelar ordinaria de pago anticipado de deudas (référé-provision). A propósito del Auto del Presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 29-01-1997 (asunto Antonissen)”. *RAP*, (nº 142), pp. 225-243.

⁵⁸³ STJUE, GS de 6-12-2005, asuntos Abna y otros, C-453/03, C-11/04, C-12/04 y C-194/04, 103-109 y 111 y el punto 5 del fallo actos de las instituciones, policía sanitaria, suspensión de la aplicación de un acto comunitario por el juez nacional. Sometimiento al TJUE por medio de la remisión prejudicial para que

interpretación que se haga del art. 4 LJCA, cuestión prejudicial administrativa heterogénea/homogénea. (Aspectos que serán desarrollados en capítulo V, punto 4 de la tercera parte).

En fin, le corresponde al juez nacional cuando actúa ante asuntos que provienen del DUE ponderar y tomar en consideración todos los principios, presupuestos, requisitos, jurisprudencia y exigencia del DUE, facilitando de forma favorable que los recursos que se utilicen sean semejantes a los de naturaleza interna, es decir, que haga posible en la práctica la tutela judicial cautelar de tales derechos (principio de efectividad/equivalencia). Atendiendo a la amplia facultad de apreciación de que disponen para adoptar una medida cautelar. Por una parte, tendrá presente todos los efectos acumulativos de todos los presupuestos (intereses y derechos en conflicto, urgencia, gravedad, irreversibilidad del daño, *fumus boni iuris*⁵⁸⁴) que exigen las medidas cautelares y, por otra, el carácter específico de la situación del solicitante que le diferencie de otros operadores afectados.

Es precisamente sobre los puntos antes señalados, donde existe una conflictividad interpretativa en cuanto a los presupuestos de las medidas cautelares actuales en nuestro ordenamiento interno respecto de la materia en estudio. Dicho de otra forma, la mayoría de los actos administrativos que se adoptan a partir de la LO 4/00, de su ROLEX, así como del RD 240/07, parten de Reglamentos o Directivas de la UE. Por ende, si se recurre un acto proveniente de dichas normas, se está valorando directa o indirectamente su conformidad con el DUE. Una interpretación adecuada o inadecuada de la normativa europea por las autoridades nacionales, trae como se ha señalado, serias consecuencias en cuanto al efecto útil de las mismas. Es decir, se cuestiona a través de los requisitos del acto administrativo, la elaboración de disposiciones confusas o insuficientes en la transposición de una Directiva, o no cumplimiento o interpretación adecuada de un Reglamento de la UE. A ello se ha de agregar la circunstancia también habitual consistente en que, la propia normativa europea sea omisa en un supuesto concreto. Todo ello trae como consecuencia el desplazamiento de los cánones y estándares de los derechos fundamentales de un lado u otro, hacia el DUE o hacia el derecho nacional.

En resumen, la jurisprudencia del TJUE respecto a la aplicación de las medidas cautelares y su estrecha relación con el derecho de la tutela judicial efectiva art. 47 CDFUE señala:

1.- Que el principio de tutela judicial efectiva de los derechos conferidos a los justiciables por el ordenamiento jurídico de la Unión debe interpretarse en el sentido de que no exige que en el ordenamiento jurídico de un EM exista una acción autónoma que tenga por objeto, con carácter principal, el examen de la compatibilidad de disposiciones nacionales con las disposiciones normativas de la Unión. Cada EM puede tener los cauces procesales efectivos y suspensivos que sean necesarios, siempre y cuando no sean menos favorables que los relativos a las demás acciones ordinarias nacionales similares. Teniendo la

aprecie la validez del acto. Facultad de las autoridades administrativas de los demás EM para suspender la aplicación de dicho acto a la espera de la sentencia del TJUE.

⁵⁸⁴ La jurisprudencia del TJUE respecto de la utilización de la doctrina del *fumus boni iuris*, parte de la doctrina alemana, Dogma vom Vorwegnahmeverbot (prohibición anticipada), desde el punto de vista de valoración de un balance de perjuicios/beneficios que puede ocasionar una medida concreta en el interés privado y en el interés público. Aspectos señalados por Torres Fernández, J. J., & Medina Guijarro, J., (1999). “Comentario sobre la regulación de las medidas cautelares en la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, de 13 de julio de 1998”, en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, (T. VI), pp. 89-106. Cuestión que abordare posteriormente sobre los presupuestos a tener en cuenta para la solicitud o adopción de una medida cautelar en la materia en estudio.

obligación el órgano jurisdiccional de apreciar y determinar con carácter incidental la desigualdad de procedimientos para determinar la compatibilidad de las normas de la Unión con las normas nacionales, prevaleciendo en todo caso el DUE. En el caso concreto de la materia en estudio la normativa europea al respecto no prevé efectos suspensivos automáticos, ni otras ventajas procedimentales con que cuenta, (p. ej.), el sector de la contratación pública⁵⁸⁵, el tributario, el regulado en el art. 30.3 del Texto refundido de la Ley de Aguas.

2.- El principio de tutela judicial efectiva de los derechos conferidos a los justiciables por el ordenamiento jurídico de la Unión exige que, con arreglo al Derecho de un EM, se puedan acordar medidas cautelares hasta que el órgano jurisdiccional competente se pronuncie sobre la conformidad de las disposiciones nacionales de que se trate con el Derecho de la UE, cuando la concesión de dichas medidas sea necesaria para garantizar la plena eficacia de la resolución judicial que resuelva sobre la existencia de tales derechos.

3.- El principio de tutela judicial efectiva de los derechos conferidos a los justiciables por el ordenamiento jurídico de la Unión debe interpretarse en el sentido de que, en caso de duda sobre la conformidad de disposiciones nacionales con el DUE, debe procederse a la adopción de medidas cautelares para suspender la aplicación de dichas disposiciones hasta que el órgano jurisdiccional competente se pronuncie sobre la conformidad de éstas con el DUE. Para ello se puede regir por los criterios establecidos por el Derecho nacional aplicable ante el órgano jurisdiccional competente, siempre que dichos criterios no sean menos favorables que los referentes a recursos semejantes de naturaleza interna, ni hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil la tutela judicial cautelar de tales derechos.

4.- La protección provisional garantizada por el DUE a los justiciables ante los órganos jurisdiccionales nacionales no puede variar dependiendo de lo que se impugne. Es decir, se han de aplicar lo mismos principios, presupuestos y requisitos generarles respecto al análisis de la compatibilidad de disposiciones de Derecho nacional con el DUE o la

⁵⁸⁵ Míguez Macho, L., (2015). “Autotutela administrativa y tutela judicial efectiva: ...”, op. cit., pp. 19 y ss. En este sentido no se puede compartir los razonamientos del profesor Míguez Macho, pues el derecho de extranjería, tanto de la UE, como el interno, no goza de las prerrogativas del sector de la contratación pública señaladas en su trabajo, (2019), VV.AA. “El recurso especial en materia de contratación frente al recurso contencioso. Una cuestión de eficacia”, en F. López Ramón & J. Valero Torrijos, *Actas del XIV Congreso de la AEPDA: 20 años de la Ley de lo de lo Contencioso-Administrativo*. Congreso (14º/2019. Murcia), (pp. 491-503). Madrid: INAP. Un ejemplo ilustrativo de lo expuesto, sería la comparación, (p. ej.), de la Directiva 115/2008/CE, art. 13.2, Vías de recurso. De manera general menciona la suspensión temporalmente de su ejecución o remite a la legislación nacional, si ya esta tiene concebido un recurso de suspensión. Mientras que la Directiva 89/665/CEE, de 21-12-1989, (versión consolidada), relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, en su art. 2 bis señala los plazos suspensivos, define además que los EM velaran porque los recursos sean eficaces contra las decisiones de adjudicación de contratos, así como explicita otras garantías al respecto. Lo cual obliga a los EM a tener en cuenta dicha regulación, de lo contrario como sucedió en la STJUE, Sala 6ª de 15-05-2003, asunto Comisión c. España, C-214/00, apdo. 98-102, donde se condenó a España por incumplir con la transposición correcta de la citada Directiva, 89/665/CEE, en lo relativo precisamente a las garantías eficaces y, en particular, lo más rápidamente posible contra los actos recurribles y la creación de las posibilidades procesales para la interposición de medidas provisionales cautelares de suspensión de procedimiento o la ejecución de decisiones de manera independiente del recurso principal. Esto solo se ha realizado respecto a los contratos públicos donde el legislador ha realizado una regulación específica.

validez de actos administrativos de Derecho derivado, puesto que, en los dos supuestos, la impugnación se basa en el propio DUE⁵⁸⁶.

3.2.5- Conclusiones parciales.

De lo reflejado anteriormente, tanto el Parlamento, como el Consejo, el TJUE, así como otro grupo de instituciones europeas, como la FRA, todos a través de sus diferentes mecanismos ha ido interpretando la CDFUE, desde su inicio y luego después de Lisboa, determinando los estándares mínimos de derechos fundamentales, conformando y desarrollando a su vez los principios del DUE, y su correspondiente y correcta aplicación, por los EM⁵⁸⁷, tanto por las administraciones, como los órganos jurisdiccionales correspondientes, al momento de aplicar el DUE. De ello, plasmaré aquellos rasgos o elementos distintivos que me permitan como conclusión parcial destacar las que tienen estrecha relación con el objeto de estudio y por ende, nos permita un mejor análisis al momento de la solicitud y adopción de las medidas cautelares. Entre dichos rasgos distintivos tenemos:

1.- Al existir mayoritariamente una equivalencia entre el articulado de la CDFUE y el CEDH, el art. 52-3 Carta señala claramente que en ese sentido y alcance serán iguales a los que les confiere el Convenio, ello no impide que el DUE conceda una protección más extensa, en cualquier caso el nivel de protección ofrecido por la Carta no puede nunca ser inferior al garantizado por el CEDH, es decir, como señala un amplio sector doctrinal, dicho artículo ha de entenderse como la cláusula de salvaguarda de la aplicación preferente del “*mejor estándar*” de protección de dichos derechos fundamentales (art. 53 CDFUE). La CDFUE se encuentra incorporada a nuestro sistema de derechos fundamentales a través del art. 2 LO 1/08. Esta cuestión multinivel de los derechos fundamentales hace que no se permita la regresión del grado de protección de los derechos fundamentales en las Constituciones de los EM. Por ende, al momento del análisis de los derechos fundamentales en juego cuando se solicita o adopta una medida cautelar, de acuerdo con el supuesto concreto, se tendrá que analizar el sentido y alcance del derecho en cuestión y en todo caso, siempre se ha de aplicar el derecho de mayor estándar.

2.- La Carta en su artículo 52-1, tiene por objeto, entre otras cosas, fijar el alcance de los derechos y principios de la Carta, y establecer normas para su interpretación. En él se trata el régimen de limitaciones de los derechos. Dichas restricciones al ejercicio de estos derechos responderán, cuando se vean afectados o se afecten los objetivos de interés general.

⁵⁸⁶ STJUE, de 21-02-1991, asunto Zuckerfabrik C-143/88 y C-92/89 apdo. 20, 26-27. Requisitos de la suspensión, apdo. del 22-33.

⁵⁸⁷ Conclusiones del Consejo UE en orden a “Promover el reconocimiento mutuo fomentando la confianza mutua”, adoptadas los días 6 y 7 de diciembre de 2018. DO de 13-12-2018 (C-449). Se expone la necesidad de promocionar el reconocimiento mutuo en la UE fomentando la confianza mutua en el reconocimiento de las resoluciones judiciales, en este caso específicamente los penales, basados en los principios de las normas equivalentes, eficiencia y eficacia de los instrumentos de reconocimiento mutuo de la UE (de conformidad con la jurisprudencia del TJUE, la negativa a ejecutar una sentencia o resolución que haya sido dictada sobre la base de un instrumento de reconocimiento mutuo solo puede justificarse en circunstancias excepcionales y teniendo en cuenta que, en virtud del principio de la primacía del DUE y de la protección de los derechos humanos. Los EM no pueden exigir a otro EM un mayor nivel de protección nacional de los derechos fundamentales que el previsto por la legislación de la UE. Ratifica virtud del principio de la primacía del DUE.

Los intereses generales reconocidos por la Unión, abarcan tanto los objetivos del art. 3 TUE, como otros intereses protegidos por disposiciones específicas de los Tratados. Dicho interés general se encuentra constituido, entre otros, por razones de orden público, moralidad, seguridad pública, protección de la salud y vida de las personas. No pudiendo constituir dichas restricciones una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la esencia misma de los derechos, ni un medio de discriminación arbitraria, ni una restricción encubierta. Esto conlleva a la reafirmación de lo regulado en nuestro derecho interno cuando se hace uso del art. 130.2 y 136.1 ambos LJCA, respecto a que la perturbación de los intereses generales o de tercero ha de ser grave, por lo que el Juez o Tribunal ponderará con carácter facultativo en forma circunstanciada en el caso del primero y con certeza en el caso del segundo ya que dicha perturbación debe estar ocasionada, debe ser objetiva medible y también en correspondencia con el interés general de la UE.

3.- Los derechos que confiere la CDFUE su efecto útil, directo y vinculante a los CUE son también extensivos a sus familiares y extranjeros de terceros Estados no miembros, realizando el TJUE matizaciones interpretativas sobre el alcance de dichos derechos a estos últimos. En similares términos reciben una protección reforzada los RLD los cuales deben ser considerados en igualdad de condiciones que los ciudadanos de la UE. Este efecto útil, directo y vinculante de la CDFUE se ha de ver en estrecha relación con el recurso efectivo. Estos aspectos han de ser tenidos en cuenta al momento de la solicitud o adopción de una medida cautelar, debiéndose aplicar el derecho que mayor estándar posea.

4.- Respecto al recurso efectivo. La interpretación del TJUE al respecto coincide con la del TEDH. Para que un recurso tenga efectos suspensivos, no sólo basta la interpretación gramatical o exegética del concepto, sino toda la estructura general de la norma, ver el texto objetivamente en su integridad, debiendo ser tenido en cuenta la norma en un todo integrado. Dicha efectividad también está dada en que en el Derecho nacional no debe hacer lo imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la UE. A pesar de ello en la materia de extranjería, (p. ej.) Directiva 2008/115/CE, el DUE no tiene concebido un recurso con efecto suspensivo y mucho menos automático (en materia de protección internacional puede existir en dependencia de las circunstancias del caso concreto, en el caso de la Directiva 2004/28/CE, tiene efecto suspensivo parcial y con excepciones de acuerdo con el art. 31-2). Esta situación se refleja críticamente en nuestro derecho interno en lo relativo al art. 135 LJCA y los juzgados de instrucción de guardia, que a pesar de la modificación del Reglamento 1/05⁵⁸⁸, se hace excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la UE (en este caso del art. 13 Directiva 2008/115/CE, o las Directivas 2004/38, 2013/32/UE y 2013/33/UE⁵⁸⁹). En todo caso, atendiendo al principio de equivalencia y efectividad, en lo que compete a nuestro derecho interno, no existe una regulación procesal adecuada respecto del art. 135 LJCA, a pesar de la reforma del Reglamento del CGPJ en el 2007.

⁵⁸⁸ Acuerdo del Pleno del CGPJ, 28-11-2007, por el que modifica el art. 42.5 del Reglamento 1/05, de 15-08-2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales. Respecto a las medidas cautelares en el orden contencioso administrativo. BOE del 12-12-2007.

⁵⁸⁹ Téngase en cuenta por su importancia las citadas STJUE, GS, asunto FMS, FNZ, SA, SA junior y otros c. Hungría, C-924/19/PPU y C-925/19/PPU y STJUE, Sala 4ª, asunto VL c. España, C-36/20.

5.- El principio de autonomía procesal o concretamente el despliegue del pleno potencial del mecanismo de control reconocido por el DUE a los jueces ordinarios de los EM, permite el establecimiento de las cuestiones prejudiciales interpretativas para la determinación del nivel de protección equivalente, ante actos no claros del DUE y los actos nacionales. Ante estas situaciones se puede adoptar todo tipo de medida cautelar necesaria, tanto suspensiva, como asegurativas, como positiva de la tutela judicial cautelar de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico. A su vez ante la existencia de cuestiones prejudiciales interpretativas no resueltas, pueden ser motivos de suspensión de otros asuntos en trámites en los tribunales ordinarios de los EM, en nuestro caso a través del art. 4 LJCA o conformar parte de los elementos integradores de los presupuestos de las medidas cautelares. Sin embargo, a pesar de los mecanismos legales existentes en nuestro derecho interno (art. 4 LJCA), se muestra una reticencia a ello por los órganos jurisdiccionales.

6.- de acuerdo con los principios de efectividad, equivalencia y autonomía procesal, unido al sentido y alcance de los derechos fundamentales en un caso concreto, permitirán identificar los procedimientos o los recursos del mismo y hacerlos comparables, para así determinar el desplazamiento o no de los estándares o cánones de los derechos fundamentales hacia el DUE o hacia el Derecho nacional. Esto hará más efectivo el control de sus garantías y aplicación preferente del mejor estándar de protección.

7.- En cuanto a la comparabilidad o tratamiento similar de los recursos, corresponde al órgano jurisdiccional nacional, al juez nacional, que tenga conocimiento directo de las modalidades procesales aplicables, analizar, comprobar en cada caso que se plantea, si la disposición procesal nacional es inferior, similar, o superior al recurso basado en el DUE desde la perspectiva de su objeto, de su causa y de sus elementos esenciales, en el conjunto del procedimiento, su desarrollo y las particularidades de estos recursos, ante las distintas instancias nacionales. Lo dicho permitirá al juez nacional en la determinación de la adopción de una medida cautelar poder adecuar en cada caso de acuerdo con la urgencia, la ponderación de interés, el riesgo real o plausible e inminente daño irreparable e irreversible.

3.3- El Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Medidas Provisionales.

3.3.1- Consideraciones previas.

El TUE en su art. 19.1, así como el TFUE desde su art. 251 al art. 281 regulan las competencias y poderes de intervención del TJUE, dirigidos a asegurar su función hermenéutica⁵⁹⁰, armonizando el cumplimiento del DUE, comprendiendo dentro de esa armonización la especialidad en estudio, así como la tutela de las posiciones subjetivas de las partes, garantizando entre otros factores la tutela cautelar. Es el TJUE el máximo intérprete y garante⁵⁹¹ del DUE y de la Carta, controlando así el cumplimiento de los

⁵⁹⁰ López Aguilar, J. F., (2020). “La Italianización de la Reforma Constitucional en España”..., op. cit., p. 191. Jimena Quesada, L., (2017). “La Cuestión Prejudicial Europea ante...” op. cit., pp 271-306.

⁵⁹¹ Estos aspectos se vienen consolidando cada día más por el TJUE. Una muestra de ello, *mutatis mutandis*, STJUE, GS de 5-12-2017, asunto M.A.S., M.B. c. Italia, C-42/17, cuestión prejudicial presentada por TC Italia. Análisis primacía del DUE, vertiente penal. Tiene su antecedente en la STJUE, GS de 8-09-2015, asunto Taricco y otros c. Italia, C-105/14, así como STJUE, GS asunto Melloni, C-399/11 y STJUE, Sala 2ª, asunto Jeremy, C-168/13 PPU. En todas ellas ratifica el Tribunal lo que se ha venido insistiendo, permite a los EM que en aquellos casos donde no exista una regulación adecuada del DUE sobre la norma concreta

derechos fundamentales al momento de ser aplicados por los EM y organizaciones de la UE.

En este capítulo se analizara lo relativo a la estructura y regulación de la normativa procesal⁵⁹² de la tutela cautelar⁵⁹³, el papel de los jueces nacionales⁵⁹⁴ en dichos temas, específicamente cuando se inicia una cuestión prejudicial, (regulada en los arts. 19.3-b) TUE y 267 TFUE)⁵⁹⁵ y las medidas cautelares que debe adoptar el juez nacional⁵⁹⁶ o en su caso el Presidente del TJUE.

el EM tendrá un margen de apreciación para aplicar los estándares superiores de su catálogo de derechos fundamentales.

⁵⁹² El art. 278 TFUE, regula y establece que los recursos interpuestos ante el TJUE no tendrán efecto suspensivo. Sin embargo, el Tribunal podrá si estima que las circunstancias así lo exigen ordenar la suspensión de la ejecución del acto impugnado. Seguidamente el art. 279, señala que el TJUE podrá “ordenar” las medidas provisionales necesarias en los asuntos de que esté conociendo. Dichos artículos a su vez hay que verlos en relación con el art. 39 Estatuto del TJUE, donde faculta al Presidente del Tribunal a que en aquellos casos donde el asunto se ha tramitado por procedimiento abreviado no se aplicarán las normas establecidas en el Estatuto y dicho asunto se regirá por lo que establezca el Reglamento de Procedimiento al efecto, es decir, dicho art. 39 remite al Reglamento de Procedimiento del TJUE (RPTJUE) para la regulación de la suspensión prevista en el art. 278 y art. 157 del Tratado CEEA. Señalando a continuación sobre la “concesión” de las medidas provisionales, o la suspensión de la ejecución forzosa de acuerdo con el art. 279 TFUE. Mientras que el RPTJUE, regula en su art. 160 las demandas de suspensión o de medidas provisionales, las cuales serán resueltas mediante la “adopción” de auto motivado.

⁵⁹³ Chocrón Giráldez, A. M., (2015). “La demanda de medidas provisionales ante el tribunal de justicia de la Unión Europea”, en D. Ramírez Bendala (Coord.) *Buenas prácticas jurídico-procesales para reducir el gasto social* (III), (pp. 181-200). Murcia: Laborum. De la Sierra Morón, S., (2004). *Tutela cautelar contencioso-administrativa y Derecho europeo...*, op. cit., pp. 127 y ss. Villagómez Cebrián, A. M., (2001). “Las medidas cautelares”, en F. M. Mariño Menéndez, V. Moreno Catena & C. J. Moreira González, (Dir.). *Derecho Procesal Comunitario*, (p. 288-293). Valencia: Tirant lo Blanch. Bacigalupo Sájes, M., & Fuentetaja Pastor, J. A., (1997). “*Fumus boni iuris, periculum in mora* y equilibrio de intereses como presupuestos de la tutela cautelar comunitaria”. *REDA*, (nº 94), pp. 287-306. Vidal Fernández, B., (1997). “El proceso cautelar del ordenamiento jurídico europeo: el *référé* comunitario”. *Revista del Poder Judicial*, (nº 45), pp. 305-338. Menéndez Pérez, S., (1996). “La tutela cautelar de los derechos comunitarios en nuestro proceso contencioso-administrativo”, en S. Menéndez Pérez (Dir.). *Implicaciones que en el orden jurisdiccional contencioso administrativo produce la integración en la Unión Europea. Cuadernos de derecho judicial*, (nº 21), Madrid: CGPJ, pp. 265-474. Pastor Borgoñón, B., & Van Ginderachter, E., (1993). *El procedimiento de medidas cautelares ante el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas*. Madrid: Civitas, pp. 15-100. Rodríguez Iglesias, G. C., (1993). “La tutela judicial cautelar en el Derecho Comunitario”, op. cit., pp. 633-652.

⁵⁹⁴ Mayoral Díaz-Asensio, J. A., (2019). “Judicial empowerment expanded: Political determinants of national courts' cooperation with the CJEU”. *European Law Journal*, Vol. 25, Nº 4, pp. 374-393. Castillo Ortiz, P.J., Mayoral Díaz-Asensio, J. A. (2019). “El papel de los actores judiciales en una Unión Europea en tiempos de crisis”, en C. Ares Castro-Conde, L. Bouza García. (Dir.). *Política de la Unión Europea: crisis y continuidad*. CIS, Academia 43 pp. 147-166.

⁵⁹⁵ Concellón Fernández, P., (2018). *Dialogando con Luxemburgo: los órganos jurisdiccionales españoles y la cuestión prejudicial (1986-2017)*. Tesis Doctoral, Universidad de Oviedo. Cienfuegos Mateo, M., (2014). “La cuestión prejudicial comunitaria (Artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea)”. *Colección the Jean Monnet/Robert Schuman Paper Series*. (Vol. 14, nº 1, pp. 10-11). Miami-Florida European Unión Center of Excellence, <https://eucenter.as.miami.edu>, recuperado el 16-01-2016, Previamente, el mismo autor (2013). “Cuestiones prejudiciales en la Unión Europea y Consultas prejudiciales en la Comunidad Andina: similitudes, diferencias e influencias”. *ReEI*, (nº 25), <http://www.reei.org>, recuperado el 16-01-2016, pp.17-18.

⁵⁹⁶ Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativos al planteamiento de cuestiones prejudiciales. DO 2019/C 380/01, de 8-11-2019 y DO 2018/C 257/01, 20-07-2018. Concretamente el punto 12, 13, 23 y 25, momento oportuno para plantear una petición de decisión prejudicial e interacción entre la remisión prejudicial y el procedimiento nacional, respectivamente. “*Aunque el órgano jurisdiccional*

En este sentido el TJUE se ha encargado de ir fijando los objetivos que persigue la tutela cautelar en el ámbito del DUE, siendo fundamentalmente salvaguardar el “efecto útil” del DUE y satisfacer el derecho de los justiciables que han manifestado un interés en la demanda sobre el procedimiento de fondo. Ello hace distinguir a su vez las prerrogativas que tiene el juez nacional, como juez del DUE respecto a los órganos administrativos internos, dado que estos últimos, como he señalado, no gozan de la presunción de independencia e imparcialidad de aquellos.

3.3.2- La tutela cautelar y la cuestión prejudicial.

Las medidas provisionales o cautelares ante el TJUE integran como ha reconocido su propia jurisprudencia el derecho fundamental a la defensa y un mecanismo de control del DUE. Como se ha señalado con anterioridad dicho derecho no tiene carácter absoluto, sino que está sujeto a límites. Su ejercicio debe tener en cuenta la interpretación evolutiva de la jurisprudencia del TJUE y del TEDH. Esos límites no se refieren solo a las cuestiones de que se afecte el interés general, sino que se refieren entre otros, a aspectos como la autonomía cautelar del juez nacional, cuando actúa en el marco del DUE, es decir, si la adopción de una medida cautelar es para dicho juez, facultativa o imperativa, ello a efectos de salvaguardar el efecto útil y directo, su determinación, en correspondencia con el tipo de norma y circunstancias y el margen de maniobra de dicho Derecho. En fin, el juez nacional para adoptar la medida cautelar cuando se encuentra aplicando el DUE ha de cumplir todos los requisitos y principios antes dichos⁵⁹⁷. En lo que nos interesa fundamentalmente sería determinar cómo se comportan esas obligaciones⁵⁹⁸ de cumplimiento de dichos principios y la preservación de la tutela cautelar del proceso nacional ante el planteamiento de una cuestión prejudicial de dicho asunto o si se deben adoptar otras medidas cautelares.

El juez nacional ante lo antes dicho se puede encontrar ante dos tipos de situaciones: i) por un lado, ante los actos internos del EM adoptados en aplicación del DUE, (digamos, (p. ej.), partiendo de la transposición de Directivas), ii) por otro lado, frente a actos internos adoptados en ejecución de normas de la Unión, (Reglamentos). Ante estas situaciones su autonomía ha de responder sustancialmente de formas diferentes, pero siempre partiendo de la facultad que tienen los órganos jurisdiccionales nacionales de

nacional sigue siendo competente para adoptar medidas cautelares, especialmente cuando la cuestión planteada se refiera a la validez de un acto o disposición, la presentación de una petición de decisión prejudicial entraña sin embargo la suspensión del procedimiento nacional hasta que el Tribunal de Justicia se pronuncie”. En este sentido, se han de tener presente las citadas recomendaciones de acuerdo con como he planteado en relación con el art. 4.1 LJCA y art. 43 LEC. Al respecto Cudero Blas, J., (2017). “La cuestión prejudicial...”, op. cit. ATS, Sala 1ª, Sec. 1ª nº 2927/16 de 12-04-2016, Rec. 2367/2014, FD 2, define en el derecho interno las circunstancias que se ha de tener en cuenta para la solicitud de suspensión por cuestión prejudicial, más reciente ATS Sala 3ª, Sec. 1ª, nº 13735/19 de 4-12-2019, Rec. 3565/19, FD 5 interpreta sobre la necesidad o no de suspender el procedimiento ante solicitud de cuestión prejudicial ante el TJUE.

⁵⁹⁷ Moreiro González, C. J., (2016). “El juez nacional de medidas cautelares y la tutela del orden público y del interés público de la Unión Europea”. *RDCE*, (nº 54). <http://dx.doi.org>, pp. 473-516, recuperado 2-12-2017. Córdoba Castroverde, D., (2015). “La suspensión de otros procesos basada en la prejudicialidad comunitaria”. Foro abierto. (Coord.). D. Córdoba Castroverde, *RJD* nº 2, <http://www.online.elderecho.com>, recuperado 14-12-2017.

⁵⁹⁸ Torres Rodríguez, O. E., (2019). “Comentario a la Sentencia del TJUE de 4 de octubre de 2018, Comisión/Francia. La interpretación del Derecho de la Unión Europea por los órganos jurisdiccionales nacionales y el incumplimiento de la obligación de reenvío prejudicial”. *RGDE*, (nº 47), pp. 176-202. Alonso García, R., (2018). “Un otoño prejudicial francés para la historia”. *REDE*, (nº 68), pp. 9-17.

adoptar medidas cautelares que configuren o regulen las situaciones o las relaciones jurídicas controvertidas respecto a un acto administrativo nacional basado en un acto interno adoptado en aplicación del DUE.

En el primer supuesto, el juez nacional debe actuar en correspondencia y bajo las prerrogativas de su ley nacional para la adopción de dicha medida cautelar, partiendo de que la transposición de la Directiva, (haya sido incorrecta o tardía y por ende la normativa nacional sea incorrecta o confusa). La adopción en este caso estaría en correspondencia con el efecto útil de la Directiva pero nunca la aplicación directa de esta última al interesado. STJUE Sala 6ª asunto MO c. España C-568/19). En el segundo supuesto, su autonomía está limitada por el DUE, aplicación directa de los Reglamentos, aunque procesalmente si utilice el mismo causa procesal de su ley nacional para la adopción de la medida cautelar. Por ello, en este último supuesto, entiendo está en mejor situación para adoptar una medida cautelar, con el mismo fundamento que la anterior, el efecto útil, en este caso, de un Reglamento.

En ambos casos como se ha dicho esa autonomía cautelar es altamente compleja, debido al resto de principios antes mencionados intervinientes, uniéndole a ello el interés general en juego, política migratoria, orden público o seguridad pública⁵⁹⁹. Llegados a este punto, no obstante la complejidad señalada, la misma puede ser aún más compleja, atendiendo a que el juez nacional puede considerar la presentación de una petición de decisión prejudicial interpretativa al no tener el acto claro. Ante ello, puede el juez nacional adoptar otras medidas cautelares, a pesar de la suspensión del proceso en si por el planteamiento de la cuestión prejudicial.

En el supuesto que el juez decida plantear la cuestión prejudicial y a su vez se haya solicitado medida cautelar de suspensión u otra medida respecto del acto administrativo o cualquier otra que sea efectiva para garantizar el resultado del proceso, tendríamos que preguntarnos: ¿se puede utilizar el propio planteamiento de la cuestión prejudicial como un motivo más a tener en cuenta para la suspensión del acto o adoptar cualquier otra medida cautelar?

EL anterior cuestionamiento puede llevar a varias soluciones. Parto primeramente, que es totalmente diferente la suspensión del procedimiento nacional por una cuestión prejudicial ante el TJUE y este se pronuncie⁶⁰⁰, y otra, que una parte interesada haya solicitado una medida cautelar exponiendo entre sus argumentos las existencia de una cuestión prejudicial (art. 267 TFUE). En tal caso, el planteamiento de la cuestión

⁵⁹⁹ Es importante recordar que el art. 276 del TFUE, revela una especial relación respecto al ELSJ. Dicho art. 276 señala que el TJUE en el ejercicio de sus atribuciones respecto de las disposiciones de los Capítulos 4 (Cooperación Judicial en Materia Penal art 82. y ss.) y 5 (Cooperación Policial art. 87 y ss.) del mismo Título V, no será competente para comprobar la validez o proporcionalidad de operaciones efectuadas por la policía u otros servicios con funciones coercitivas de un EM, ni para pronunciarse sobre el ejercicio de las responsabilidades que incumben a los EM respecto del mantenimiento del orden público y de la salvaguardia de la seguridad interior. Moreiro González, C. J., (2016). “El juez nacional de medidas cautelares y la tutela del orden público...”, op. cit., pp. 473-516. En igual sentido se pueden ver SSTJUE, Sala 4ª de 17-11-2011, asunto Aladzhov, C-434/10, apdo. 34 y Sala 1ª de 10-7-2008, asunto Jipa C-33/07, apdo. 23.

⁶⁰⁰ AJCA, nº 3 de Pontevedra de 11-11-2019, cuestión prejudicial administrativa homogénea, (art. 43 LEC), suspensión del plazo para dictar sentencia a la espera de que se alcance sentencia o resolución definitiva por parte del TJUE ante cuestión prejudicial (art. 267 TFUE), planteada por un órgano jurisdiccional nacional, similar criterio AJCA, nº 3 de Huelva S/N de 16-09-2020, PA 445/19. Opinión contraria AJCA, nº 6 de Valencia de 3-09-2020, PA. 156/20.

prejudicial al TJUE debería pasar a conformar otro argumento dentro de los presupuestos para la adopción de la medida cautelar, ya que los razonamientos, motivación que se tuvieron en cuenta para plantear la cuestión prejudicial, serían motivos de buen derecho para la solicitud de la medida. Sería contradictorio en derecho, tener unas pautas jurídicas homogéneas de fondo y a su vez tener una heterogeneidad, entre la prejudicialidad del art. 4.1 LJCA, en relación con el art. 129 y ss. LJCA y el art. 267 TFUE. Dicho de otra forma, sería incompatible en derecho que existiese un planteamiento de cuestión prejudicial interpretativa ante el TJUE sobre el acto concreto, fondo del asunto, al ser un acto no claro o aclarado, donde se cuestiona su validez o no, incluso su propio alcance de acuerdo con el art. 52.3 CDFUE⁶⁰¹ y que ello no fuera motivo suficiente para adoptar una medida cautelar, ya sea propiamente suspensiva o cualquier otra medida cautelar, incluso la positiva. Esta medida cautelar puede ser adoptada por el mismo órgano jurisdiccional que plantea la cuestión prejudicial, como por cualquier otro, invocando entre otros argumentos dicha prejudicialidad (distinguiendo dicha suspensión de la suspensión que puede causar por sí misma una cuestión prejudicial devolutiva)⁶⁰². En este propio análisis no se puede dejar de tener presente el art. 137 LJCA, en cuanto a la no suspensión del curso de los autos en las cuestiones incidentales, lo cual refuerza en cierta lo antes planteado⁶⁰³. Estos aspectos se desarrollaran con mayor profundidad en la parte tercera (capítulo V, punto 5.4, así como respecto a los recursos de apelación y casación, art. 88.2 f LJCA, contra los autos de medidas cautelares, causa sobrevenida con el dictado de la sentencia capítulo VI).

La problemática se torna más compleja cuando el juez nacional considera que para él el acto en cuestión es un acto claro y está aclarado, incluso con independencia de que exista una cuestión prejudicial análoga planteada, admitida y en trámite en el propio TJUE. Tomando cualquiera de las decisiones previstas en ley y continuar el proceso⁶⁰⁴. En este supuesto, entre otros razonamientos el juez nacional debería tener en cuenta el

⁶⁰¹ Huelin Martínez de Velasco, I., (2020). “La tormentosa relación del Tribunal Constitucional con el derecho de la Unión Europea...”, op. cit. En este sentido la doctrina del acto claro STJUE, de 6-10-1982, asunto Cilfit c. Italia, C-283/81. SSTC, Sala 1ª, nº 27/13, de 11-02-2013, BOE nº 61, de 12-03-2013; Pleno, nº 37/19. En estrecha relación con esta problemática encontramos la jurisprudencia del TEDH en su interpretación del art. 6 CEDH en relación con el art. 267 TFUE sobre la cuestión prejudicial y la necesidad de una motivación razonada, reforzada, respecto a las razones por las cuales el tribunal ordinario o la instancia judicial no plantea una cuestión prejudicial, SSTEDH, Sec. 5ª de 11-04-2019, asunto Harisch c. Alemania, nº 50053, apdo. 42; Sec. 3ª de 24-04-2018, asunto Baydar c. Países Bajos, nº 55385/14, apdo. 42-44; Sec. 2ª de 8-04-2014, asunto Dhaahbi c. Italia, nº 17120/14 apdo. 31 y Sec. 2ª de 20-09-2011, asunto Ullens de Schoo y Rezabek c. Belgica, nº 3989/07-38353/07, apdo. 54-59, 62, (en igual sentido se puede ver en ellas citada una amplia jurisprudencia).

⁶⁰² Cosa distinta es que el juez nacional no plantee la cuestión prejudicial pues existe otra análoga ya planteada y admitida ante el TJUE. Aquí se estaría al estado de tramitación de la cuestión prejudicial ante el TJUE. De haberse presentado conclusiones por el Abogado General, las mismas pueden ser tenidas en cuenta al momento de la adopción de la medida cautelar.

⁶⁰³ Sala Sánchez, P., Xiol Ríos, J. A., & Fernández Montalvo, R., (2013). *Derecho procesal administrativo* (Vol. I, art. 4). Barcelona: Bosch, pp. 1119-1287. Diferencian acertadamente los autores entre las cuestiones incidentales y las cuestión prejudiciales, pp. 1124-1130, definiendo el carácter instrumental, jurídico, factico o material de esta última. Campos Sánchez-Bordona, M., (2010). “Comentario Artículo 130”, en S. Martínez-Vares García. (Coord.). *Contencioso-Administrativo. Comentarios y Jurisprudencia*. L 29/1998, 13 julio. Madrid: Editorial Jurídica Sepin. SP/DOCT/5240, recuperado 5-04-2018, el cual clasifica la cuestión prejudicial art. 267 TFUE en relación con el art. 4 LJCA como una cuestión prejudicial extraordinaria devolutiva.

⁶⁰⁴ SJCA nº 9 de Valencia, nº 403/2019 de 23-12-2019, Rec. 175/2019, FD 4.

planteamiento prejudicial con independencia de su convicción, así como la propia cuestión prejudicial heterogénea del art. 4.1 LJCA, valorando en todo caso la suspensión. Esto por dos motivos fundamentales, la primacía del DUE, su efecto útil y la propia garantía de la seguridad jurídica y tutela judicial efectiva.

En cualquiera caso el juez nacional ha de realizar un examen de conjunto, contando con una amplia facultad de apreciación, pudiendo determinar libremente a la vista de las particularidades del asunto de qué manera debe verificarse la existencia de los diferentes requisitos debiendo, i) valorar las circunstancias de hecho y de derecho alegadas por las partes que llevan al órgano jurisdiccional nacional al convencimiento de que existen, o no, serias dudas sobre el acto interno o la validez del Reglamento o Directiva, en que se basa dicho acto administrativo impugnado (*fumus boni iuris*). Debe en este sentido limitarse a apreciar *prima facie* la fundamentación de los motivos invocados en el litigio de fondo, a fin de determinar la probabilidad de éxito del recurso⁶⁰⁵, ii) tener en cuenta la urgencia, para evitar que la parte que las solicita sufra un perjuicio grave e irreparable, iii) ver la naturaleza del perjuicio, el cual no puede ser meramente pecuniario y el mismo puede producirse antes de que el TJUE haya podido resolver sobre la validez del acto comunitario impugnado, iv) comprobar, si el acto en cuestión de que se trate, de ser suspendido o dictado cualquier otra medida, dejaría privado de efecto útil o la eficacia el DUE, es decir, tener en cuenta el menoscabo que pueda causar la medida cautelar al régimen jurídico establecido por este acto interno y mayor aún en el supuesto de un Reglamento en cuanto al efecto a toda la Unión. Le corresponde tomar en consideración, por una parte, el efecto acumulativo provocado en el supuesto de que un gran número de órganos jurisdiccionales nacionales de otros EM adoptaran también medidas cautelares por motivos análogos y, por otra parte, el carácter específico de la situación del solicitante que le diferencie de otros operadores afectados⁶⁰⁶, v) al analizar si se cumplen los requisitos para la concesión de la medida cautelar, el órgano jurisdiccional nacional está obligado en virtud del propio RPTJUE art. 91, a respetar lo declarado por el órgano jurisdiccional de la UE sobre las cuestiones controvertidas ante él⁶⁰⁷.

3.3.3- La medidas provisionales ante el TJUE.

3.3.3.1- Consideraciones previas.

A diferencia del TEDH, el TJUE tiene una regulación procedimental de las medidas provisionales⁶⁰⁸, lo cual hace como veremos que sea más transparente y garantista. El art. 39 del Estatuto del TJUE⁶⁰⁹, señala que el mismo puede conceder medidas provisionales⁶¹⁰, o suspender los actos, remitiendo al art. 278 TFUE y art. 157 del Tratado

⁶⁰⁵ Auto del Presidente del TG, de 5-12-2014, asunto AFSteelcase, S.A c. OAMI, T- 652, apdo. 16 y 17 y toda la jurisprudencia allí citada.

⁶⁰⁶ STJUE, asunto Atlanta y otros, C-465/93, apdo. 44.

⁶⁰⁷ Ídem anterior, apdo. 46.

⁶⁰⁸ Coincidiendo en este sentido con lo expuesto a la CADH y la CIDH.

⁶⁰⁹ Estatuto del TJUE, anejo a los Tratados, modificado por Reglamento (UE, Euratom) 2019/629 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17-04-2019 (DO L 111 de 25-04- 2019) versión consolidada del Protocolo (nº 3) del -05-2019.

⁶¹⁰ Rodríguez Iglesias, G. C., (1993). “La tutela cautelar en el Derecho Comunitario”, op. cit., pp. 633-652. García De Enterría Martínez-Carande, E., (2006). *La Batalla por las Medidas Cautelares...* op. cit., Del mismo autor, (1990). “La suspensión cautelar inmediata de una ley nacional por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (auto de 28 de junio de 1990, Comisión c. Alemania)”. *Revistas de Instituciones*

CEEA. Estos dos artículos se pronuncian sobre las pretensiones que tengan por objeto la suspensión. Nos interesa concretamente en este caso el TJUE, señalando el art. 278 que los recursos interpuestos ante el mismo no tendrán efecto suspensivo. Sin embargo, el art. 279 TFUE señala que el TJUE podrá ordenar las medidas provisionales necesarias en los asuntos de que esté conociendo. De los artículos mencionados respecto de lo que aquí nos interesa utiliza diferente terminología para referirse al acto que ha de dictar el tribunal, podrá “ordenar” suspender un acto, “ordenar” medidas provisionales, o “conceder” medidas provisionales, o “adoptándolas” en Auto motivado⁶¹¹. Esta prolífera terminología responde a su conformación, a partir de la aportación de determinados ordenamientos procesales de los EM.

El RPTJUE⁶¹² en su Capítulo Décimo, art. 160 y ss., regula la demanda de suspensión o de medidas provisionales. En dicho capítulo se exponen los presupuestos y características de dichas medidas ante el TJUE. Tal regulación hace una diferenciación bien acentuada con el procedimiento cautelar del art. 39 del Reglamento del TEDH. Tanto del art. 39 del Estatuto y del Capítulo 10 del Reglamento, ambos del TJUE permite destacar dos aspectos, i) el carácter provisional de la resolución adoptada, ii) la misma no prejuzgará en modo alguno la decisión del Tribunal en cuanto al asunto principal. Es decir, las características de instrumentalidad y provisionalidad⁶¹³.

Se destaca así del citado art. 160, determinados rasgos, requisitos, característica o presupuestos que permiten dar unas mayores garantías de transparencia de estas medidas respecto a las del TEDH, así como nos permite definir que dichas característica o presupuestos se diferencian en determinados aspectos respecto a nuestra regulación interna. Dichos elementos diferenciadores serían:

1.- La solicitud de las medidas provisionales a primera vista o *prima facie* deben imprimir al juzgador los elementos necesarios para la suspensión o adopción de la medida que sea necesaria. El recurso en cuanto al fondo debe parecer a primera vista, fundado,⁶¹⁴ (*fumus*

Europeas, (Vol. 17, nº 3), pp. 875-884. Bacigalupo Saggese, M., & Fuentetaja Pastor, J. Á., (1997). “*Fumus boni iuris, periculum in mora...*”, op. cit., pp. 287-306.

⁶¹¹ Sobrino Heredia, J. M., (1996). “La incidencia del derecho comunitario sobre la facultad de los órganos jurisdiccionales nacionales de adoptar medidas cautelares de contenido positivo (Comentario a la sentencia del TJCE de 9 de noviembre de 1995, Atlanta Fruchthandelschaft y otras, C-465/93)”. *Revista de Instituciones Europeas*. (Vol. 23, nº 3), pp. 779-798. Respecto a esta sentencia es necesario tener en cuenta las conclusiones del Abogado General Elmer apdo. 30-31.

⁶¹² RPTJUE Versión consolidada del 9-04-2019 DO L 111 de 25-4-2019.

⁶¹³ Escudero Herrera, C. M., (1998). “De la instrumentalidad y otras características de las medidas cautelares en el orden contencioso-administrativo. Especial referencia a la suspensión de las disposiciones y actos.” *Actualidad Administrativa*. (nº 25), pp. 527-553. Aborda la autora, la discusión doctrinal habida en torno a los conceptos de “temporalidad” y “provisionalidad”. Se trata, por tanto, de una tutela provisional, esto es, “que se hace, se halla o se tiene temporalmente”, hasta que una circunstancia o suceso posterior ponga fin a su eficacia, p. 541 y ss. En la jurisprudencia del TJUE desde su STJUE, de 9-11-1995, asunto Atlanta, C-465/93, apdo. 19-51, se destacaron estas características, así como la sentencia Factortame Ltd y otros apdo. 21, asunto Zuckerfabrik apdo. 25-33.

⁶¹⁴ AATJUE de 26-06-1959, asunto Acciaieria e Tubificio di Brescia c. Alta Autoridad, C-31/59 R, apdo. 211 y ss.; de 20-10-1959 asuntos acumulados J. Antonissen c. Comisión de las CEE y Consejo C-43/59, C-44/59 y C-49/59; de 29-06-1993 asunto Alemania c. Consejo C-280/93; el ya citado asunto J. Antonissen c. Comisión de CEE C-393/96; de 25-06-1998, asunto Antillas neerlandaises c. Consejo de la Unión Europea C- 159/98 (P). R; de 16.11.1998 asunto T-310/97; de 26-10-2001, asunto IMS Health Inc. c. Comisión T-184/01-R, apdo. 65-66; de 27-09-2004, asunto Akzo, asunto C-7/04 P (R), apdo. 28-29, 36-37

bonis iuris)⁶¹⁵. El art. 160.3 del citado RPTJUE señala que la demanda de suspensión se especificarán el objeto del litigio, acto o normativa de la UE que se pretende suspender, las circunstancias que den lugar a la urgencia, así como los antecedentes de hecho y los fundamentos de Derecho que justifiquen a primera vista la concesión de la medida provisional solicitada. La decisión que resuelve la solicitud será a través de auto, que tendrá un carácter meramente provisional y no prejuzgará en modo alguno la decisión de fondo del Tribunal sobre el asunto principal⁶¹⁶. Teniendo ello plena correspondencia con el último párrafo del art. 39 del Estatuto del TJUE, el cual regula la suspensión y la concesión de medidas provisionales.

2.- La determinación de la urgencia y las circunstancias de los hechos que den a ella (art. 160-7, *inaudita parte*), deberán acreditarse⁶¹⁷, junto a los perjuicios graves e irreparables⁶¹⁸ que se sufrirían (*periculum in mora*). La urgencia es un concepto jurídico indeterminado, de contenido objetivo, que limita el ámbito decisorio del Juez. El mismo al estar íntimamente relacionado con el perjuicio alegado, este último debe determinarse y ponderarse previsiblemente con un grado de probabilidad suficiente antes de producirse o antes de que el Tribunal haya podido resolver sobre la validez del acto comunitario impugnado. Estas medidas urgentes podrán ser modificadas posteriormente o revocada, incluso de oficio. Esta definición general difiere en cierta medida de la definición interpretativa dada por nuestro TS (Vid. tercera parte, capítulo III, punto 3.3.5.2), siendo dicha diferenciación fundamentalmente en que el TJUE señala, que la urgencia está en estrecha relación con la previsibilidad de los perjuicios o daños graves e irreparables que

y ATJUE de 3-04-2007, asunto *Vischim Srl c. Comisión de las CEE*, C-459/06 P(R), inexistencia de urgencia no se cumplen los requisitos de concesión de las medidas provisionales solicitadas.

⁶¹⁵ El TJUE respecto al *fumus boni iuris* ha señalado que es una apariencia de buen derecho, una apariencia jurídica, una apariencia de la normatividad en su conjunto que se traduce en la presentación de la demanda de solicitud de medidas, con las pruebas iniciales que evidentemente se han de mantener hasta el final del proceso y en todo caso, por lógica jurídica, que tiendan a ratificarse o incluso a ampliarse en el sentido de una mejor ratificación de las pretensiones de las partes. No se está argumentando la demanda sobre la base presunciones que admite prueba en contrario. Asunto *Factortame*, C-213/89. Conclusiones del Abogado General Giuseppe Tesaurò, presentadas el 17-05-1990, punto 29. Ratificado en la STJUE, asunto *Factortame*, C-213/89, apdo. 21, así como en los asuntos *Zuckerfabrik C-143/88* y *C-92/89*, apdo. 18, 23, 26, 27, 29. Respecto a esta sentencia, la opinión del Abogado General Lenz, punto 88. Criterio que fue sostenido posteriormente en el asunto *Atlanta* y otros, C-463/93. Más reciente tenemos AATJUE GS de 8-04-2020, asunto *Comisión Europea c. Polonia*, C-791/19 R, apdo. 52; GS de 17-12-2018, asunto *Comisión Europea c. Polonia*, C-619/18 R, aptados 30-32, 49, 51-53, 57-59; ATJUE del Vicepresidente 20-07-2018, asunto *BCE c. Letonia*, aptado 36 y jurisprudencia allí citada C-238/18 R; ATJUE GS de 20-11-2017, asunto *Comisión c. Polonia*, C-441/17 R, aptados 29-30.

⁶¹⁶ Conclusiones del Abogado General Francesco Capotorti, presentadas el 25-03-1980, *Comisión/Francia* asuntos acumulados C-24/80 y 97/80. ATJUE de 28-03-1980, asuntos C-24/80 y 97/80.

⁶¹⁷ Define la jurisprudencia del TJUE la urgencia la que debe apreciarse en relación con la necesidad que exista de resolver provisionalmente, a fin de evitar previsible y con un grado de probabilidad suficiente que se ocasione un daño grave, irreparable e irreversible a la parte que solicita la protección provisional, no siendo necesario exigir que sea probada con absoluta certeza la producción del perjuicio. Es suficiente que su producción sea previsible con un grado de probabilidad suficiente. AATJUE GS 17-12-2018, asunto *Comisión Europea c. Polonia*, C-619/18-R, apdo. 60-61; GS 20-11-2017, asunto *Comisión c. Polonia*, C-441/17 apdo. 43-44; AATJUE del Vicepresidente 8-04-2014, *Comisión/ANKO*, C-78/14 P-R, apdo. 23 y jurisprudencia citada; de 28-11-2013, asunto *EMA/InterMune UK* y otros, C-390/13 P(R) apdo. 38 y jurisprudencia citada; ATJUE del Presidente, asunto *Matra c. Comisión* C-225/91 apdo. 19 y Auto *SCK y FNK c. Comisión*, C-268/96 apdo. 30. SSTJUE, asunto *Zuckerfabrik C-143/88* y *C-92/89*, apdo. 29 y asunto *Atlanta C-463/93*.

⁶¹⁸ ATJUE, asunto *Alemania c. Consejo*, C-280/93, apdo. 22, 29.

se puedan causar por el acto, mientras que en nuestro derecho interno (TS) define que la urgencia debe ser especial, excepcional o extraordinaria de mayor intensidad que la normalmente exigible.

3.- Las medidas provisionales deben ponderar los intereses de las partes y tener en cuenta el interés general de la UE⁶¹⁹. El TJUE ha fijado cuáles son esos intereses, son los previstos en los Tratados fundacionales (entre ellos, los objetivos del art. 3 TUE), debiéndose garantizar la plena eficacia del DUE y su efecto útil. Por otra parte, en caso de que la suspensión de la ejecución que pueda provocar un riesgo económico para la Unión, se pueden imponer al demandante las suficientes garantías, caución necesaria, como la prestación de una fianza o la constitución de un depósito judicial para restituir aquel de ser desestimadas las pretensiones.

4.- El perjuicio alegado. En cuanto a la naturaleza del mismo, el Tribunal ha señalado en varias ocasiones, que un perjuicio meramente pecuniario no puede considerarse, en principio, como irreparable. Sin embargo, corresponde al órgano jurisdiccional que deba resolver sobre las medidas provisionales examinar las circunstancias propias de cada caso. A este respecto, debe apreciar los elementos que permitan determinar si la ejecución inmediata del acto objeto de la solicitud de suspensión puede producir al demandante daños irreversibles, que no podrían ser reparados si el acto de la Unión llegara a ser declarado inválido. En este aspecto juega un importante papel la prueba que se aporte⁶²⁰ para demostrar la existencia de tal perjuicio grave e irreparable, no es necesario exigir que sea probada con absoluta certeza la producción del perjuicio. Respecto a este punto también se producen diferencias interpretativas con nuestro derecho interno, fundamentalmente en cuanto la prueba, el cual exige una prueba plena (Vid. tercera parte, capítulo IV).

5.- Los antecedentes de hecho y los fundamentos de Derecho. En el examen de conjunto que el juez del TJUE realice para adoptar las medidas provisionales dispone de una amplia facultad de apreciación y puede determinar libremente a la vista de las particularidades del asunto, de qué manera debe verificarse la existencia de los diferentes requisitos o presupuestos y el orden que debe seguirse en este examen, puesto que ninguna norma jurídica del DUE le impone un esquema de análisis preestablecido para apreciar si es necesario pronunciarse o no con carácter provisional⁶²¹. Este punto se interrelaciona estrechamente con la expresión a primera vista o *prima facie*. El Tribunal ha entendido que la expresión no debe ser interpretada en el sentido de un examen superficial de los

⁶¹⁹ Bacigalupo Saggese, M., & Fuentetaja Pastor, J. Á., (1997), “*Fumus boni iuris, periculum in mora...*”, op. cit., pp. 287-306. SSTJUE, GS asuntos Abna y otros, C-453/03, C-11/04, apdo. 104-107; asuntos Zuckerfabrik y otros C-143/88 y C-92/89, apdo. 30; asunto Atlanta y otros C-463/93, apdo. 42, 43. Debiéndose recordar, que interés general se encuentra constituido, entre otros, por razones de orden público, moralidad, seguridad pública, protección de la salud y vida de las personas. No pudiendo constituir dichas restricciones una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la esencia misma de los derechos, ni un medio de discriminación arbitraria, ni una restricción encubierta.

⁶²⁰ ATPI, de 16-02-1995, asunto Amicale c. Comisión, T-5/95-R, apdo. 17. ATPI de 19-06-1997, asunto T-159/97-R, apdo. 22, 23 y 24. ATPI, de 14-12-1999, asunto HBF y otros, c. comisión, C335/99 P (R), apdo. 67.

⁶²¹ Martín Brañas, C., (2012). “Las medidas cautelares en el ámbito del Tribunal de Justicia de la Unión Europea” *Diario La Ley*, (nº 7808). González Chévez, H., (2005). “Las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo del derecho comunitario europeo”. *Boletín Mexicano Derecho Comparado*, (Vol. 38, nº 113), pp. 735-762. ATJUE de 17-12-1998, asunto Emesa Sugar c. Comisión, C-364/98 P (R), apdo. 44).

elementos puestos a su consideración en ese momento, sino que se ha de analizar con profundidad el estudio de la medida solicitada, sin prejuzgar en modo alguno la decisión del Tribunal sobre el asunto principal, cuestión de fondo debatida. Dicha expresión entonces debe ser interpretada en lo referido a la valoración de los antecedentes de hecho y fundamentos de derecho de la pretensión de la medida solicitada, con los elementos aportados hasta ese momento procesal⁶²². Esta forma de análisis *prima facie* coincide con las líneas interpretativas de la CIDH y con el TEDH. Sin embargo, difiere con la interpretación dada por la doctrina jurisprudencial de nuestro derecho interno, la cual sostiene que el órgano jurisdiccional en la función cautelar no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito, es improcedente pre-juzgar sobre el fondo del asunto pues de ser así se produciría el efecto indeseable de que, por amparar el derecho a la tutela efectiva cautelar, se vulneraría otro derecho, también fundamental e igualmente recogido en el art. 24 CE, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba o que con ello se viola el principio de identidad de lo ejecutado en la medida cautelar y lo establecido en el fallo de la sentencia, entre otros. Cuestiones que por las propias características de las medidas cautelares, provisionalidad, temporalidad hace perder fuerza a dicha doctrina.

6.- La demanda o solicitud de la medida se notificará a la otra parte, a la que el Presidente fijará un plazo breve para la presentación de observaciones escritas u orales. Cumpliéndose así el principio de contradicción necesario para cualquier procedimiento. Llevando ello implícito la presentación de pruebas. También se oirá al Abogado General. Lo anterior genera precisamente la posibilidad de la práctica de pruebas.

7.- La decisión sobre la demanda se adoptará mediante auto motivado, contra el que no se dará recurso alguno (art. 162.1). Dicho auto se notificará inmediatamente a las partes. El auto podrá establecer una fecha a partir de la cual la medida dejará de ser aplicable. Se fija de oficio una vigencia o temporalidad de la medida. La medida tendrá su vigencia hasta que se dicte la sentencia que ponga fin al proceso. Antes que se dicte la resolución definitiva del caso, las partes pueden solicitar que el auto pueda ser modificado o revocado en cualquier momento si varían las circunstancias. En lo aquí expuesto también existen diferencias interpretativas en nuestro derecho interno en cuanto al art. 132 LJCA, la vigencia de la medida, dictado sentencia causa sobrevenida. Aspectos que igualmente serán profundizados en la tercera parte capítulo V y VI.

8.- La desestimación de una demanda de medidas provisionales no impedirá que la parte que la hubiera formulado presente otra demanda de medidas provisionales fundada en hechos nuevos. En este sentido también existen manifestaciones de contradicción de configuración legal e interpretativa respecto a nuestro derecho interno, concretamente en cuanto al art. 135-1-b) LJCA, donde se señala que durante la cual, es decir, la tramitación ordinaria de una medida cautelar, luego de haberse denegado su especial urgencia los interesados no podrán solicitar nuevamente medida alguna al amparo del presente artículo. En este sentido a lo igual que en las situaciones anteriores se analizará en la tercera parte capítulo III, punto 3.3.5.3-c).

Los puntos referenciados anteriormente tienen a su vez su expansión diferenciadora respecto al proceso cautelar del TEDH, que como he señalado, es un proceso que en determinados aspectos, como a las garantías de transparencia, ya sean en cuanto a la toma

⁶²² Ortiz Herrera, S., (1999). "Justicia cautelar comunitaria: contenido y condiciones de fondo". *Revista del Poder Judicial*. (nº 54), pp. 27-90.

de la decisión o en cuanto a la ausencia de resolución judicial, es superado por el proceso regulado en el TJUE.

3.3.3.2- Presupuestos o requisitos la apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris* y *periculum in mora*.

Como se puede advertir de la interpretación teleológica y gramatical de los preceptos antes enunciados se recoge intrínsecamente en los mismos los presupuestos o requisito, generales de las medidas provisionales o cautelares, apariencia del buen derecho, peligro de demora, la urgencia, ponderación de intereses, los cuales han de ser acumulativos⁶²³, de forma, que deberán denegarse las medidas provisionales, cuando no concurra alguno de ellos, admitiendo que puedan rebajarse las exigencias del *periculum in mora*, en función de la especial intensidad con que concurra, el *fumus boni iuris* y este último actuar por sí solo.

Atendiendo a la importancia que para la presente especialidad significa el presupuesto del *fumus boni iuris*, se analizará el mismo desde la concepción en que lo interpreta el TJUE (no profundizando en estos momentos, ni en el *periculum in mora*, ni en la urgencia, ni ponderación de intereses). Acotado lo anterior, señalar que ha sido el propio TJUE el que le ha dado al *fumus boni iuris* dentro de su concepción de las medidas cautelares un papel protagónico, diferenciador.

El TJUE ha definido que pueden existir dos formas de interpretar dicho presupuesto, partiendo de la manifestación de intensidad, o de la especial intensidad: i) si la pretensión principal tiene perspectivas de éxito, es decir su manifestación de intensidad, o de la especial intensidad, es clara, objetiva, obvia; ii) de acuerdo con si esa intensidad es suficiente con que la pretensión principal, después de un examen somero, que no esté desprovista de fundamento. Por ello, se faculta al juez con esas amplias facultades discrecionales de apreciación, para que, del examen conjunto del caso, considere la concesión de la medida. Esta intensidad del *fumus boni iuris*, como ha admitido el TJUE puede rebajar las exigencias del *periculum in mora*. A su vez ha indicado respecto al mismo que puede tener un doble sentido, no responde a una concepción positiva sobre el contenido del recurso, sino que responde más bien, a una concepción negativa, mucho menos restrictiva y conforme a la cual, simplemente, el Juez concluirá que no hay nada que de entrada impida otorgarle la razón al recurrente, esto es, la pretensión de fondo no aparece a primera vista desprovista de fundamento, su manifestación de derecho reúne tal intensidad, o una especial intensidad de apariencia de necesaria transparencia jurídica de la normatividad, una suficiencia jurídica y fáctica que muestran una solidez de la acción que resulta evidente y rotunda la pretensión.

Precisamente esta forma de interpretar el *fumus boni iuris* es la adecuada para que sea aplicada en supuestos de especial complejidad jurídica como los aquí estudiados, en los que resulta dificultoso, cerca de lo imposible, resolver sobre la apariencia de buen derecho, sin entrar a conocer del fondo del asunto, no siendo ello un obstáculo de acuerdo

⁶²³ Bacigalupo Sagesse, M., (2012). “El sistema jurisdiccional de la Unión Europea”, en J.Á Fuentetaja & E. Linde Paniagua. *Principios de Derecho de la Unión Europea*. (5ª Ed., pp. 554 y ss.). Madrid: Colex. Rodríguez Iglesias, C. G., (1993). “La tutela cautelar en el Derecho comunitario”...op. cit., p. 641. Ver además AATJUE GS de 17-12-2018, asunto Comisión Europea c. Polonia, C-619/18 R, aptado 29 requisitos acumulativos; de 27-09-2004, asunto Comisión c. Alzo y Acres, C-7/04 P(R), apdo. 28 y de 29 - 04-2005, asunto Technische c. Comisión C-404/04 P-R, apdo. 10 y 11. Ya con anterioridad en el ATJUE asunto J. Antonissen c. Comisión CEE y Consejo C-393/96 P (R).

con las características generales expuestas en el punto anterior. En este sentido como se desarrollará más adelante, el *fumus boni iuris* pasa a conformar en la presente especialidad un presupuesto de especial relevancia.

Estos aspectos en nuestro derecho interno no son del todo admitidos, apreciándose el presupuesto del *fumus boni iuris* con cierta reticencia, agregándose a ello la inexistencia de todo soporte o apoyo normativo en la LJCA. Ha sido el ir y devenir de la jurisprudencia nacional la que ha interpretado el presupuesto del *fumus*, entendiendo la mayoría, que el mismo no llega a ser un presupuesto constitutivo de las medidas cautelares⁶²⁴. Teniendo también un doble sentido, como un requisito negativo, acentuando sus límites (rechazo *in limine* o *in limine litis* en el umbral del proceso), aconsejando su prudencia y restricción en su aplicación y por otro lado, carácter positivo para justificar la concesión de la medida cuando el recurso cuenta con evidentes posibilidades de prosperar. No obstante, el TS ha venido señalando y reconoce a su vez el papel que juega la doctrina del *fumus boni iuris*, cuando el acto impugnado pudiera estar en relación o contradicción con el DUE. La primacía de ese derecho sobre el derecho interno da en lo que corresponda una apariencia de buen derecho que justifica la suspensión cautelar del acto recurrido⁶²⁵. Entendiendo que para la materia tratada, si constituye un requisito *sine qua nom* a tener en cuenta, atendiendo a todos los razonamientos antes dichos y otros aspectos que desarrollaré más adelante.

3.3.3.3. Las medidas provisionales positivas en el TJUE.

Requiere especial tratamiento en la presente investigación la adopción de medidas cautelares positivas por el TJUE. Tal importancia responde primeramente a la propia redacción del art. 279 TFUE y del encabezamiento del Capítulo Décimo del RPTJUE, donde señala que “... y demás medidas provisionales” es decir, el legislador de la Unión prevé la posibilidad de cualquier medida y desde luego no solo la suspensión. Ello da carta de naturaleza a las medidas provisionales positivas a través de las cuales se puede imponer cautelarmente una obligación de hacer, si ello coadyuva a asegurar la efectividad de la sentencia y efecto útil del DUE, por supuesto siempre y cuando no se perturbe el interés general de la Unión.

Partiendo de los mismos presupuestos y características antes descritas, (fundamentalmente el derecho a la tutela judicial efectiva y de la jurisprudencia sentada en la sentencia Atlanta⁶²⁶), se amplían las facultades del juez nacional más allá de la mera suspensión de la ejecución de los actos impugnados, de modo que le reconoce -bajo determinadas condiciones- la facultad de configurar o regular las situaciones o las

⁶²⁴ AATS Sala 3ª, Sec. 1ª, nº 104/92 de 12-02-1992, nº 2884/92 de 11-03-1992 y nº 1464/92 de 14-05-1992 y la jurisprudencia en ellos citada (remitiendo a los primeros Autos de 20-12-1990; 17 y 23 de abril, 16 de julio y 19 de diciembre de 1991). STS Sala 3ª, Sec. 3ª, de 21-12-2010, Rec. 1935/2010, FD 2, 5, y la jurisprudencia allí citada (AATS 22-11-1993; 7-11-1995, 14-04-1997 y STS de 14-01-1997). Se pronuncian todos sobre el presupuesto del *fumus boni iuris* fundamentados los mismos en el principio de “la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón”, así como sobre la doctrina alemana, dogma vom Vorwegnahmeverbot de la prohibición anticipada y en muchas de las citadas STJUE, entre ellas Factortame y Zuckerfabrik. A su vez se expresa en los mismos la doctrina jurisprudencial sostenida del TS para la admisión del presupuesto de apariencia de buen derecho, cuando están presente los cinco requisitos señalados Vid. nota 331.

⁶²⁵ SSTs, Sala 3ª, Sec. 2ª, nº 5080/15, de 14-12-2015, Rec. 614/15, FD 4; Sala 3ª, Sec. 2ª, nº 5081/15, de 14-12-2015, Rec.607/15, FD 4 y Sala 3ª, Sec. 2ª, nº 1089/2017, de 24-03-2017, Rec. 1296/16, FD 4.

⁶²⁶ STJUE, asunto Atlanta y otros C-463/93, apdo. 26-33.

relaciones jurídicas controvertidas a través de medidas provisionales positivas. Sobre esto último, ha señalado el TJUE que el órgano jurisdiccional nacional ha de tener presente que la protección cautelar ha de ser apropiada para garantizar la plena eficacia de la resolución final que se solicita y precisa que también se ha de tener en cuenta las instituciones comunitarias según los sectores de que se trate. Sin embargo, en la presente especialidad atendiendo a los principios inicialmente enunciados, subsidiariedad, margen de maniobra, entre otros, unido a otros elementos o circunstancias como el interés general (orden público, seguridad pública), hacen que la medida en cuestión sean miradas con reticencia.

No obstante, como hemos visto no hay ninguna restricción o prohibición por el DUE y por su derecho derivado, en lo que respecta a los asuntos donde se traten temas de inmigración y asilo que los extranjeros no sólo tienen la posibilidad de impugnar por vía jurisdiccional las decisiones sobre su entrada, estancia, residencia y expulsión de un EM, sino también la posibilidad de que, en el seno de tal mecanismo de impugnación, el órgano jurisdiccional competente, de modo cautelar, bien suspenda la ejecución de aquellas decisiones, bien incluso, adopte medidas positivas sobre la situación provisional del afectado⁶²⁷. Este razonamiento es ratificado por la STJUE Sala 6ª de 22-06-2000, asunto Safet Eyüp, C-65/98, reconociendo que los órganos jurisdiccionales de un EM están obligados, en virtud del DUE, a ordenar medidas cautelares para salvaguardar el derecho de acceso al empleo (en el caso concreto de los nacionales turcos) en el EM de acogida, mientras no se haya resuelto definitivamente sobre la legalidad de la denegación de las autoridades nacionales competentes de autorizar tal acceso. En similar sentido pero menos rotundo lo manifestó el Abogado General La Pergola, haciendo alusión a todo el acervo jurisprudencial comunitario configurado al respecto, señalando que el Juez nacional podría adoptar -con carácter provisional- para proteger un derecho establecido en el ordenamiento jurídico de la Unión, en la medida en que los justiciables hayan adquirido derecho de residencia de forma incontestable y con carácter definitivo⁶²⁸.

3.4- Conclusiones parciales.

Se puede concluir parcialmente respecto a todo el sistema de la UE:

1.- Al existir equivalentemente una correspondencia entre el articulado de la CDFUE y el CEDH, el art. 52-3 de la Carta señala claramente, que su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere el Convenio. Ello no impide que la Carta conceda en determinados derechos una protección más extensa, en cualquier caso, el nivel de protección ofrecido por la Carta no puede nunca ser inferior al garantizado por el CEDH. Como señala un amplio sector doctrinal, dicho artículo ha de entenderse como la cláusula de salvaguarda de la aplicación preferente del “*mejor estándar*” de protección de dichos derechos fundamentales. Al estar la materia en estudio regulada en su gran mayoría por el DUE, toda la doctrina y jurisprudencia desarrollada al respecto son de aplicación a las medidas cautelares que se puedan adoptar en nuestro derecho interno, debiendo las mismas estar dirigidas no solo a asegurar la efectividad de la sentencia, sino también a garantizar el efecto útil y efecto directo del DUE. La jurisprudencia emanada del TJUE con efectos vinculantes para los tribunales nacionales hace cada día realizar una lectura *ex novo* de

⁶²⁷ Conclusiones del Abogado General, Ruiz-Jarabo Colomer, presentadas el 26-11-1996, asuntos acumulados C-65/95 y C-111/95, punto 102, que dieron lugar a la STJUE, de 17-06-1997.

⁶²⁸ STJUE, Sala 6ª de 22-06-2000, asunto Safet Eyüp C-65/98, apdo. 48 y 49. En similares términos las Conclusiones del Abogado General, La Pergola, presentadas el 18-11-1999, punto 38.

las distintas normas sustantivas y procesales en la especialidad repercutiendo esto en la valoración de los aspectos a tener en cuenta al momento de adoptar una medida cautelar, todos bajo el paraguas de los derechos fundamentales recogidos en el CDFUE o la aplicación preferente del “*mejor estándar*” de protección de los mismos. Sin embargo, el resultado práctico es que aun generalmente las referencias argumentativas sobre la CDFUE por los tribunales ordinarios de los EM, como jueces de la Unión, es escaso; no siendo una excepción nuestro sistema judicial.

2.- El complejo y poliédrico sistema de la UE en relación con el conjunto de derechos y libertades fundamentales, principios de funcionamiento, sus competencias, hacen que tenga un tratamiento engorroso, fragmentario y actualmente pudiésemos decir, que contradictorio. Lo anterior repercute en que los derechos y libertades fundamentales no siempre se apliquen armónica y equivalentemente. Sin embargo, a pesar de ello dicho conjunto de derechos están ahí, generando en este sentido un sistema jurisprudencial de nueva creación, todavía en concreción en asuntos tan relevantes como las medidas cautelares aplicadas a la inmigración, que afectan sobre todo a la cooperación jurisdiccional comunitaria, a sus operadores jurídicos, y por ende, a los inmigrantes y a los nacionales de los EM y sus familiares.

3.- El efecto útil, eficacia directa y primacía del DUE, unido a los principios de equivalencia, efectividad y autonomía procesal se han de ver en estrecha relación con los derechos fundamentales señalados en las normas concretas de la UE, (ya sea la dignidad, la igualdad, o recurso efectivo, entre otros). Estos principios del DUE, deben ser tenidos en cuenta por el juez nacional, las administraciones y los operadores jurídicos al momento de la solicitud o adopción de una medida cautelar en la materia en cuestión. De realizarse por los operadores jurídicos una interpretación adecuada de los anteriores principios, unido al mayor estándar o canon, de los derechos fundamentales, se podrá tener una mejor garantía del sistema de la tutela judicial efectiva en su vertiente de la justicia cautelar en la especialidad aquí tratada.

Lo anterior encuentra serias matizaciones cuando la UE en la materia de extranjería deja un margen de maniobra a los EM, o las normas exponen actos reglados no suficientemente claros que permite en la transposición de las Directivas, o en la aplicación de conceptos no claros, desplazar los estándares antes señalados hacia el derecho interno de los EM. Lo cual hace que la armonización y equivalencia antes citada se convierta en determinadas circunstancias contradictoria. Un botón de muestra de dicha situación es la Directivas 2008/115/CE y la Directiva 2004/38/CE. En la primera su art. 13, recurso, desplaza el estándar o canon de control de las garantías de dicho derecho a los EM, dejándolo a la autonomía procedimental del mismo, los requisitos y efectos de ese recurso, ya sea efectivo, eficaz o suspensivo, o suspensivo automático. No obstante, el EM debe tener el “*mejor estándar*”, partiendo del art. 47 CDFUE. Mientras que la segunda, Directiva 2004/38/CE, en su art. 31-2, garantías procesales señala claramente que no podrá ejecutarse el acto si se solicita una suspensión, aquí el canon de control de los derechos fundamentales es un acto reglado de forma clara por el DUE, no existe margen de maniobra para los EM, en todo caso el estándar de garantía a superar deberá ser por el EM correspondiente. Esta situación concretamente no se cumple así en nuestro derecho interno respecto al RD 240/07 a pesar de su redacción del art. 17.1 garantías procesales.

En todo caso dicho lo anterior, los EM deberán legislar o tener una normativa interna en cuanto a los efectos del recurso suspensivo, donde el estándar de protección de los

derechos fundamentales debe de tener como mínimo los estándares recogidos concretamente en el art. 47 CDFUE, (téngase en cuenta que en los casos en estudio los Abogados Generales WATHELET, PAOLO MENGOZZI, YVES BOT, a lo largo de todas sus conclusiones abogan por dicho artículo de la CDFUE, como primera norma a tener en cuenta al describir el marco jurídico de los asuntos en cuestión e incluso en estos supuestos tenga un efecto suspensivo automático. En fin, el recurso efectivo, para que el mismo lo sea, ha de ser suspensivo. La interpretación del TJUE al respecto coincide con la del TEDH.

4.- Los requisitos para ordenar, conceder o adoptar medidas cautelares por el TJUE son acumulativos. No existe ni, en el Estatuto, ni en el RPTJUE un orden que deba seguirse para ordenar, conceder o adoptar una medida provisional. Ninguna norma jurídica del DUE lo impone. No existe un esquema de análisis preestablecido para apreciar y determinar libremente los requisitos o presupuestos de las medidas provisionales y las circunstancias del caso.

El juez de medidas provisionales dispone de una amplia facultad de apreciación, discreción y puede determinar libremente a la vista de las particularidades del asunto, verificando la existencia de los diferentes presupuestos, si a primera vista o *prima facie* están y se justifica los argumentos, desde el punto de vista fáctico y jurídico (*fumus boni iuris*).

El TJUE ha entendido que la expresión *prima facie* no debe ser interpretada en el sentido de un examen superficial de los elementos puestos a su consideración en ese momento, sino que se ha de analizar con profundidad la cuestión de fondo debatida en la pieza de la medida cautelar. Dicha expresión entonces debe ser interpretada en lo referido a la valoración de los antecedentes de hecho y fundamentos de derecho de la pretensión cautelar y su correspondencia con el fondo, siempre teniendo en cuenta los elementos aportados hasta ese momento procesal de solicitud de la medida. Ello debido al carácter provisional de la resolución de la medida provisional adoptada, su instrumentalidad y provisionalidad que unido a que la misma no prejuzgará en modo alguno la decisión de fondo del asunto principal hacen que sean características distintivas de las medidas provisionales del DUE, ratificadas ellas por la doctrina jurisprudencial del TJUE. Estos argumentos del TJUE son diferentes a los criterios interpretativos de la jurisprudencia nacional, (la cual sostiene, que no se adopten medidas cautelares en determinados actos de contenido negativo, pues los mismos no llevan suspensión, ya que se concedería un acto no existente y existiría una proyección de solución que corresponde al fondo del asunto).

El *fumus boni iuris* tiene un papel determinante para la adopción o concesión de las mismas. Se basa precisamente en una apariencia y no en la certeza del derecho. La amplia valoración que el juez está llamado a realizar de los antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, de la pretensión de fondo de la medida, se ha de realizar solo con los elementos aportados hasta ese momento procesal. El órgano jurisdiccional debe efectuar *prima facie* un control previo acerca de la legalidad del acto, omisión o resolución impugnada, determinando cuando existe la sospecha o se tengan serias dudas de que su reconocimiento definitivo pueda llevar a la declaración de que la norma o el acto administrativo de que se trata no son conforme al DUE. El *fumus* está vinculado a la mayor o menor apariencia de legalidad de la disposición o al acto controvertido, esto determina su intensidad, lo cual se traduce en un enjuiciamiento provisional y sumario de las expectativas de éxito del recurso principal. Ante un *fumus boni iuris* de fuerte

intensidad puede por sí solo fundamentar la medida, de ser de menor intensidad puede sobreponerse al *periculum in mora*. Por demás, son las características antes señaladas de provisionalidad, temporalidad las que hacen que cualquier cambio de circunstancia haga perder o reforzar la intensidad del *fumus boni iuris*, lo cual traería como consecuencia la modificación o revocación de la medida. Estas cuestiones siguen siendo en la mayoría de la jurisprudencia nacional observado y aplicado de forma reticente y restrictiva.

El presupuesto del peligro, mora procesal o *periculum in mora* debe estar vinculado a las circunstancias que den lugar a la urgencia. Definida la misma en la jurisprudencia comunitaria como aquella relación de necesidad de que se adopte una medida cautelar de forma previsible atendiendo a los perjuicios graves e irreparables, este último debe determinarse y ponderarse previsiblemente con un grado de probabilidad suficiente antes de producirse o antes de que el Tribunal haya podido resolver sobre la validez del acto comunitario impugnado. Es la previsibilidad de los perjuicios o daños graves e irreparables lo que marca la diferencia con nuestro derecho interno define que la urgencia debe ser especial, excepcional o extraordinaria de mayor intensidad que la normalmente exigible.

La proporcionalidad de intereses es interpretada por el TJUE en el sentido de que el interés general de la UE, su derecho, su primacía, utilidad, efectividad y eficacia no se vean afectados. En esta disciplina dentro del ELSJ serían, la política migratoria, orden público, seguridad pública, seguridad nacional e internacional de la UE, salud pública, así como riesgo económico que pueda causar la suspensión de la ejecución a la UE, todos bajo los objetivos de los Tratados, (entre ellos, los objetivos del art. 3 del TUE). Estos frente a los intereses individuales, los cuales han de acreditar la certeza del perjuicio alegado, o daño sufrido debiendo tener una afectación directa, individual y singularizada a los intereses particulares y jurídicos del demandante o interesado. En dicha proporcionalidad el TJUE puede adoptar medidas de garantías, caución como la prestación de una fianza o la constitución de un depósito judicial.

Teniendo claros los presupuestos anteriores junto a la prueba que se aporte, no siendo necesario exigir prueba absoluta, plena y certeza, el juez de la medida provisional puede adoptar la medida que considere adecuada para preservar el resultado final de la resolución judicial y el efecto útil del DUE, por tanto, la suspensión no es la única de las medidas provisionales posibles, sino que se concede amplias facultades a los órganos jurisdiccionales nacionales y al propio TJUE para adoptar cualquier tipo de medida provisional que tenga como finalidad asegurar la efectividad de la sentencia y evitar que durante la pendencia del proceso se originen perjuicios graves al recurrente de imposible o difícil reparación, es decir irreversibles.

5.- La protección provisional garantizada por el DUE a los justiciables ante los órganos jurisdiccionales nacionales no puede variar dependiendo de qué impugnen la compatibilidad de disposiciones de Derecho nacional con el DUE o la validez de actos comunitarios de Derecho derivado, puesto que, en los dos supuestos, la impugnación se basa en el propio DUE.

6.- El principio de autonomía procesal o concretamente el despliegue del pleno potencial del mecanismo de control reconocido por el DUE a los jueces ordinarios de los EM, permite el establecimiento de las cuestiones prejudiciales para la determinación del nivel de protección equivalente, ante los actos no claros del DUE y los actos nacionales, pudiendo en todo caso el juez nacional adoptar todo tipo de medida cautelar necesaria, tanto suspensiva, asegurativas, positivas, para garantizar la tutela judicial provisional de

los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión. Por tanto, las cuestiones prejudiciales interpuestas en aquellos asuntos análogos donde también se solicitan medidas cautelares, pueden pasar a conformar otro elemento en el presupuesto o requisito de buen derecho a tener en cuenta al momento de la adopción de la medida cautelar. Sin embargo, ello sigue siendo en la materia en estudio una tarea pendiente de interiorización por los órganos jurisdiccionales y de los jueces ordinarios nacionales.

CAPITULO-IV. Configuración Nacional. Constitución Española. Adopción de las medidas cautelares.

4.1- Consideraciones previas.

Una vez expuesta la configuración internacional y regional sobre determinados derechos humanos, derechos y libertades fundamentales, tanto en Europa, como en el continente americano, su vinculación, interpretación y aplicación al momento de la solicitud o adopción de medidas cautelares, se han dado así las respuestas a las preguntas de investigación enunciadas al respecto. Nos toca ahora realizar similares análisis en cuanto a los derechos y libertades fundamentales recogidos en nuestra Constitución⁶²⁹, su contenido esencial⁶³⁰, su titularidad como derechos subjetivos fundamentales desde el punto de vista jurídico-constitucional respecto a los extranjeros, así como la manifestación equivalente de los primeros sobre los segundos. Se descende en este capítulo a nuestro derecho interno, analizando, interconectando los principios y presupuestos antes expuesto al mencionado estatuto constitucional o *iusfundamental*, o teoría jurídica de los derechos y libertades fundamentales de los extranjeros y sus

⁶²⁹ González Rivas, J. J., (2014). “Derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional y medidas cautelares”, en R. Canosa Usera & J. Rodríguez-Arana Muñoz. (Coords.) *Jurisdicción de la libertad en Europa e Iberoamérica*. (pp. 29-59). Madrid: Reus. Colección de Derecho Constitucional. Jiménez Campo, J., (1999). *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*. Madrid: Trotta, pp. 17 y ss., el cual afirma que el concepto de derecho fundamental en nuestro ordenamiento es el que, por contraste con lo dispuesto en el art. 53-3 CE, deriva del apdo. 1 del mismo artículo; vale decir, derechos resistentes en su “contenido esencial”, a la acción legislativa. Sólo por eso merecen la calificación de fundamentales todos los derechos enumerados en el Capítulo Segundo del Título I, tanto en la Sección I, como en la Sección 2ª. En contra de dicha opinión, Rubio Llorente, F., (2012). *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*. (Vol. III, Cuarta Parte, 3ª Edit., *Derechos Fundamentales y Jurisdicción Constitucional*, pp. 983-1010). Madrid: CEC, atribuye la preeminencia de los derechos fundamentales de la sección 1ª, partiendo de la simple literalidad del texto constitucional. En la misma línea Cruz Villalón, P., (1993). “Derechos fundamentales y legislación”, en U. Gómez Álvarez. (Coord.). *Estudios de derecho público en homenaje a Ignacio de Otto*. (pp. 407-424). Oviedo: Universidad de Oviedo, Servicio de Publicaciones.

⁶³⁰ SSTC, Pleno, nº 11/81; Pleno, nº 101/91, de 13-05-1991, BOE nº 145, de 18-06-1991 y ATC Pleno 334/91 de 29-10-1991, entre otras, definen desde esas tempranas fechas la doctrina del contenido esencial de los derechos fundamentales como derechos subjetivos. Concretamente sobre el contenido esencial de los derechos y libertades fundamentales de los extranjeros: Balaguer Callejón, F., (2008). “El contenido esencial de los derechos constitucionales y el régimen jurídico de la inmigración un comentario a la STC 236/2007 de 7 de noviembre, 2008”. *ReDCE*. (nº 10), pp. 481-501, <https://www.ugr.es/ReDCE/>. Recuperado 20-03-2018. Martín Martín, G., Català i Bas, A., & Pérez i Seguí, Z. H., (2007). “Una nueva visión de los derechos de los extranjeros. Comentario a la STC 236/2007, de 7 de noviembre de 2007”. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*. (nº 10), pp. 161-180.

fuentes⁶³¹, los cuales no tienen una clasificación cerrada, estanco o exhaustiva⁶³², sino que se interrelacionan mutuamente, de modo que el disfrute de unos presupone el de los otros.

La CE no pretendió realizar una regulación de los derechos de los extranjeros que hiciera frente a las necesidades actuales derivadas del crecimiento exponencial⁶³³ existente de la inmigración. Este crecimiento no era previsible en 1978, máxime cuando España en esos momentos era aún un país de emigrantes, la propia Constitución así lo refleja manifestando la preocupación por el trato que pudiera darse a los trabajadores españoles en el extranjero.

La problemática de los derechos fundamentales de los extranjeros en España y su régimen jurídico ha sido fuente de inspiración de muchos trabajos científicos doctrinales a lo largo de estos 40 años de Constitución⁶³⁴. Se ha planteado desde el enfoque constitucional que

⁶³¹ Cruz Villalón, P., (1992). "Dos cuestiones de titularidad de derechos: Los extranjeros; las personas jurídicas". *REDCE*, (nº 35), pp. 63-84. El autor opina que los derechos de los extranjeros tienen cuatro fuentes fundamentales: i) la CE, ii) los Tratados Internacionales en la materia, iii) la LO 4/00 y iv) la jurisprudencia del TC. Garriga Domínguez, A., (2013). "El sistema de normas e interconexión de sistemas jurídicos...", op. cit., pp. 341-366. Gutiérrez Gutiérrez, I., (2011). "Volver a las fuentes...", op. cit., pp. 1-45. Martín-Retortillo Baquer, L., (2004). *La interconexión del ordenamiento jurídico y el sistema de fuentes...*, op. cit., p. 48. En estos momentos dicha clasificación de fuentes tendrían varias matizaciones de profundo calado, entre ellas se deberá agregar el DUE y la CDFUE, así como la jurisprudencia del TEDH y TJUE. Esto responde a toda la argumentación previa dada en los capítulos anteriores. Recuérdese en este sentido la STC Pleno, nº 37/19 y Huelin Martínez de Velasco, I., (2020). "La tormentosa relación del Tribunal Constitucional con el derecho de la Unión Europea...", op. cit. Gavara de Cara, J. C., (2016). "Los Derechos Fundamentales: valoración y posibles modificaciones",...op., cit., pp. 39-71. Como señala el profesor Gavara "Si en 1978 se pensaba en el CEDH como modelo para la articulación del Título de los derechos, en la actualidad habrá que pensar en la CDFUE. Este instrumento normativo puede ser un buen indicador de las reformas que haría falta introducir en el Título I CE simplemente por comparación entre derechos incluidos en la Carta y los preceptos reguladores en nuestra Constitución.", p. 40. Debiéndose agregar además dentro de la fuente jurisprudencia, la que emane del TS a partir del actual recurso de casación atendiendo a su carácter nomofilático y *ius constitutionis*.

⁶³² Aguiar De Luque, L., (1983). "Dogmática y teoría jurídica de los derechos fundamentales en la interpretación de éstos por el Tribunal Constitucional Español". *RDP/UNED*, (nº 18-19), pp. 17 y ss. Fernández Segado, F., (1993). "La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional". *REDCE*, (nº 39), pp. 198 y ss. En este sentido se pueden ver SSTC, Pleno, nº 25/81, FJ 5; Sala 2ª, nº 56/82, de 26-07-1982, BOE nº 197, de 18-08-1982, FJ 2; Sala 1ª, nº 93/84, de 16-10-1994, BOE nº 261, de 31-10-1984, FJ 6; Pleno, nº 53/85, de 11-04-1985, BOE nº 119, de 18-05-1985 FJ 4. El TC ha destacado desde sus inicios que los derechos fundamentales no son sólo derechos subjetivos, sino que son los elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad, dando sus contenidos básicos a dicho ordenamiento, incluso llegando decir, que la protección de los derechos fundamentales es un destacado interés general.

⁶³³ Gordillo Pérez, L. I., & Tapia Trueba, A., (2016). "Los derechos de los extranjeros en España en la era de la inmigración de masas", en A. R Martín Mingujón & R. Morán Martín. (Coords.). *Seguridad, Extranjería y otros estudios histórico-jurídicos*. (pp. 413 y ss.). Madrid: Iustel.

⁶³⁴ Una muestra de ellos son, Jimena Quesada, L., (2018). "Extranjería y titularidad de derechos. Evolución y retos en el panorama constitucional español" VV.AA. *Manual Constitución Española: 1978-2018*. (Coord.). Mª. I. Álvarez Vélez, & C. Vidal Prado (pp. 355-374). Madrid: Francis & Taylor. En la misma obra, Nuevo López, P., (2018). "Constitución y extranjería", (pp. 375-387). Izquierdo Sans, C., (2018). "Los Derechos Fundamentales de los Extranjeros", en VV.AA. *Comentarios a la Constitución Española*, en M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer & M. E. Casas Baamonde. (Dirs.). (T-I, pp. 276-287). Madrid: Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia. Fernández Pérez, A., (2016). *Los derechos fundamentales y libertades públicas de los extranjeros en España...*, op. cit., pp. 19-35, 44-99, 225-270. Díaz Crego, M., (2012). "Derecho de extranjería y jurisprudencias del Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de

dichos derechos como doctrina o teoría general responden a una clasificación⁶³⁵, *iuspositivista*, la cual parte del art. 14 CE, principio igualdad, (son los españoles los que son iguales ante la ley, no los extranjeros⁶³⁶), por tanto, no es una equiparación absoluta⁶³⁷.

El art. 1 CE de 1978 declara que “España se constituye como un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo”; desde tal afirmación resulta absolutamente necesario proteger de forma especial y prioritaria los derechos que se vinculan a la dignidad de la persona, aquellos que han de resultar inviolables porque son inherentes a esta, así como aquellos que garantizan el libre desarrollo de la personalidad individual, de forma unitaria y colectiva, limitando tales derechos en el marco de la

Justicia de la Unión Europea”, en E. Aja Fernández, J. Arango Vila-Belda & J. Oliver i Alonso. (Dir.). *La hora de la integración. Anuario de la inmigración en España 2011*. (pp.402-452). Barcelona: CIDOB. Del mismo autor y en la misma obra año 2008 relativa a *La inmigración en la encrucijada*, (pp. 222-243). Casas Baamonde, M. E., (2008). “El Tribunal Constitucional ante el fenómeno de extranjería”, en VV.AA. *XXIX Jornadas de estudio Derecho, Inmigración e Integración. 21-23 de noviembre de 2007*. (pp. 483-498). Madrid: Ministerio de Justicia Secretaría General Técnica. García Vázquez, S., & Goizueta Vértiz, J., (2007). “Un análisis en clave constitucional del régimen jurídico de los extranjeros en España: especial referencia al derecho a la libertad de circulación y residencia”. *AFDUC*. (nº 11), pp. 257-278. Asensi Sabater, J., (2001). “Encuesta en torno a la constitucionalidad de la Ley de Extranjería”. *Teoría y Realidad Constitucional*. (nº 7), pp. 7-64.

⁶³⁵ Jover Gómez-Ferrer, R., Ortega Carballo, C., & Ripol Carulla, S., (2010). *Derechos Fundamentales...*, op. cit., pp. 26-27, 69-74. Vidal Fueyo, M. C., (2008). “El régimen jurídico constitucional de los extranjeros en España”, en J. Alberdi Bidaguren & J. Goizueta Vértiz. (Coords.). *Algunos retos de la inmigración en el siglo XXI*. (pp. 63-78). Madrid: Marcial Pons. La clasificación de los derechos fundamentales de los extranjeros se sintetiza en un grupo de sentencias interpretativas del TC que hacen que se conformen tres grandes grupos de derechos [STC Pleno, nº 172/20 FJ 8-C-inciso a), hace un resumen de ellas]: primer grupo derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros, debido a su estrecha vinculación o conexión con la dignidad, es decir protegen la mera condición personal, cuya regulación ha de ser igual para ambos, sin posibilidad alguna de distinción, modulación o atemperación de su ejercicio respecto de los extranjeros, derechos que son básicos para la realidad plena de la dignidad humana, art. 10 CE (derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica (SSTC, 107/84, FJ 3-4; Sala 2ª, nº 99/85, FJ 2; Sala 2ª, nº 130/95, de 11-09-1995, BOE nº 246 de 14-10-1995, FJ 2; Pleno, nº 91/00, FJ 3-7, Sala 1ª, nº 95/00, FJ 3). El derecho a la tutela judicial efectiva. El derecho a la libertad personal y a la seguridad (SSTC, Pleno, nº 115/87, Sala 1ª, nº 144/90, FJ 5). Derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (STC, Sala 2ª, nº 137/00, FJ 1). Un segundo grupo, derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros, por su nacionalidad, reserva en forma exclusiva y excluyente a los que ostentan la nacionalidad española siendo tales derechos los reconocidos en el art. 23 CE, “derechos vinculados a la nacionalidad” conforme a lo que dispone el art. 13.2 de la misma. Y un tercer grupo de derechos, respecto de los que el art. 13.1 CE, el cual reconoce a los Tratados y a las leyes la posibilidad de establecer condicionamientos adicionales al ejercicio por parte de los extranjeros, siempre que se respeten las prescripciones constitucionales. Aquí el legislador tiene la posibilidad de establecer condicionamientos adicionales a su ejercicio por los extranjeros, pero no puede configurar libremente su contenido sin respetar las prescripciones constitucionales.

⁶³⁶ STC, Sala 2ª, nº 107/84, FJ 1, 2, 3 y 4, en conexión con el antecedente cinco de dicha sentencia. El enfoque procedimental del TC resolviendo el asunto matiza el tema señalando que la igualdad había que verla como un concepto relacional, en este caso con el art. 13 y 35 CE. Rubio Llorente, F., (2012). *La forma del poder...*, op. cit., pp. 983-1010. Goig Martínez, J. M., (2009). “¿Igualdad por razón de nacionalidad?”, en S. Sánchez González. *En torno a la igualdad y la desigualdad*. (pp. 153-193). Madrid: Dykinson.

⁶³⁷ Nuevo López, P., (2018). “Constitución y extranjería”, op. cit., pp. 375-387.

convivencia y la paz social (art. 10.1⁶³⁸ CE). Derechos que a su vez se habrán de interpretar de conformidad con las normas internacionales, regionales y supranacionales⁶³⁹, que España haya ratificado. Al unísono el art. 53.1 CE subraya la específica vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales⁶⁴⁰, los poderes públicos españoles se hallan vinculados de modo incondicionado *ad intra* por los derechos fundamentales, en tanto en cuanto, esté en juego el contenido esencial de los mismos y su control.

La regla del art. 10.1 CE proyectada sobre los derechos individuales, implica que en cuanto valor espiritual y moral inherente a la persona⁶⁴¹, la dignidad⁶⁴² ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo en consecuencia un *mínimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar⁶⁴³. De modo que la CE salvaguarda absolutamente aquellos derechos y contenidos de los derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano o, dicho de otro modo aquéllos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana.

Como se ha dicho los derechos humanos no son de grado absoluto, tienen sus límites. En igual sentido son vistos los derechos y libertades fundamentales en nuestro derecho interno. Con independencia de ello y de los límites de los mismos frente a otros derechos fundamentales o su enfrentamiento o controversia con el interés general, etc., es objetivo de este trabajo a lo igual que en los capítulos anteriores que se interpreten dichos derechos y libertades fundamentales *prima facie* desde el criterio de la dignidad humana y el desarrollo de la personalidad en el momento de la adopción de una medida cautelar, pero no solo desde el punto de vista de valor espiritual y moral inherente a la persona, a la dignidad humana, sino como ese *mínimum* efectivo, eficaz, real, tanto en la ley como en la práctica. Que los mismos sean contemplados e interpretados por la Administración, así como por los órganos jurisdiccionales y demás operadores jurídicos, conforme a ello y luego dentro de los supuestos concretos aplicar los límites de los mismos.

⁶³⁸ Jiménez Campo, J., (2018). “Comentario al artículo 10.1 de la Constitución Española”, en VV.AA. *Comentarios a la Constitución Española. Conmemoración del XL Aniversario de la Constitución*, en M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer & M. E. Casas Baamonde. (Dirs.). (Vol.-I, pp. 213-229). Madrid: Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia. De Asís Roig, R. F., (2002). “La apertura constitucional. La dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del orden político y de la paz social”, en J. L. Monereo Pérez, C. Molina Navarrete & M. N. Moreno Vida. *Comentario de la constitución-socioeconómica de España*. (pp. 153-175). Granada: Comares.

⁶³⁹ Jimena Quesada, L., (2018). “La Internacionalización de La Carta Magna...”, op. cit., pp. 819-866.

⁶⁴⁰ STC, Pleno, nº 11/81, FJ 8.

⁶⁴¹ STC Pleno, nº 53/85, FJ 8.

⁶⁴² Oehling De Los Reyes, A., (2010). *La dignidad de la persona. Evolución histórica-filosófica, concepto, recepción constitucional y relación con los valores y derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, pp. 131-152, 247-252, 280-319, 350-361, 429-467. Alegre Martínez, M. A., (1996). *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*. León: Universidad de León. SSTC, Pleno, nº 103/83 de 22-11-1983, BOE nº 298 de 14-12-1983, FJ 6 (dignidad y contenido óptimo de los derechos); Sala 1ª, nº 242/94, de 20-07-1994, BOE nº 197 de 18-08-1994, FJ 4; Sala 2ª, nº 107/84, FJ 2 y Sala 2ª, nº 99/85, FJ 2; Pleno, nº 91/00, FJ 3 “...Hemos de partir, en cada caso concreto, del tipo abstracto de derecho y de los intereses que básicamente protege [...] para precisar si, y en qué medida, son inherentes a la dignidad de la persona humana concebida como un sujeto de derecho, es decir, como miembro libre y responsable de una comunidad jurídica que merezca ese nombre...”.

⁶⁴³ SSTC, Pleno, nº 120/90, FJ 4; Sala 2ª, nº 57/94, de 28-02-1994, BOE nº 71 de 24-03-1994, FJ 3.

Lo señalado en el párrafo anterior no es baladí, ya que tales derechos son sometidos a una doble interpretación con criterios restrictivos. Cada situación concreta llevará un análisis individualizado de dichos derechos y libertades fundamentales, evidentemente el ejercicio de aquellos derechos y libertades que vayan más allá de los límites establecidos resultará ilegítimo y consecuentemente no admitido en derecho. Es aquí, en ese punto de inflexión donde se torna toda la complejidad de la interpretación, entre contenido, garantías de los derechos y los límites de los mismos (los intrínsecos, así como los de la clasificación mencionada), para la adopción de las medidas cautelares en la materia en estudio en nuestro derecho interno.

Los arts. 10.2⁶⁴⁴ y 13⁶⁴⁵ en relación con los arts. 93⁶⁴⁶ y 96, todos de la CE son los que nos permiten anudar o como lo denomina JIMENA QUESADA, la “*cláusula de apertura internacional*”⁶⁴⁷ para que la interpretación y contenido de los derechos humanos recogidos en las normas internacionales y supranacionales sean incorporados a la interpretación⁶⁴⁸ de los derechos y libertades fundamentales⁶⁴⁹ de nuestra CE. La existencia de diferentes interpretaciones de como se ha de realizar dicha recepción, incorporación e interpretación de estos derechos humanos en nuestro catálogo de

⁶⁴⁴ Saiz Arnaiz, A., (2018). “La Interpretación de los Derechos Fundamentales y los Tratados Internacionales...”, op. cit., pp. 230-254, del mismo autor en (1999). *La apertura constitucional...*, op. cit., pp. 53-56, 73-82, 92-130, 205-242, 266-272.

⁶⁴⁵ No será objeto de examen en el presente trabajo el tratamiento de las cuestiones relativas a la extradición y el asilo contempladas en el apdo. 3 y 4 respectivamente del art. 13 CE.

⁶⁴⁶ Pérez Tremps P., (2019). *Sistema de Justicia...*, op. cit., pp. 188, 193, 218. Del mismo autor año (2018). *Las reformas de la Constitución...*, op. cit., pp. 24-30. Matia Portilla, F. J., (2018). *Los tratados internacionales...*, op. cit. 42-50. Martín-Retortillo Baquer, L., (2004). “El orden europeo e interno de los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional”. *RAP*, (nº 165), pp. 7-28. Concretamente respecto al art. 93 CE, ver SSTC, nº 252/1988 de 20-12-1988, BOE nº 11 de 13-01-1989; Pleno, nº 28/91, de 14-02-1991, BOE nº 64 de 15-03-1991; Pleno nº 36/91, FJ 5; DTC 1/92 y 1/04. En esencia todas modulan que el Derecho primario y derivado Europeo no forma parte del bloque de la constitucionalidad, que no pueden modificar la Constitución, sino que precisamente a través de él de forma flexible se modula el ámbito de aplicación del DUE dando eficacia interna a la interpretación del CDFUE por parte del TJUE, siendo a su vez barrera, límite o contralímite los propios derechos de la CE. Ello sin dejar de reconocer la supremacía del DUE.

⁶⁴⁷ Jimena Quesada, L., (2018). “La Internacionalización de La Carta Magna...” ob. cit., pp. 831-833. Realiza un análisis crítico del art. 10.2 CE, destacando la negatividad de la STC, Pleno, nº 236/07, “...a la hora de enjuiciar la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre (de modificación en sentido restrictivo de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social), se basa explícitamente en el canon supranacional, citándose diversos preceptos de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del PIDCP y del CEDH, así como diversos pronunciamientos del TEDH. En síntesis, el TC no parece mostrarse siempre consecuente con su postura, incurriendo en ocasiones en la paradoja de afirmar la exclusión de las normas internacionales del bloque de constitucionalidad para, a renglón seguido, utilizar el canon internacional como canon de constitucionalidad.” (p. 832).

⁶⁴⁸ Sobre la correcta aprehensión de los elementos del Derecho Internacional y sus estándares, así como los elementos de derecho comparado que se tuvieron en cuenta en el debate constituyente, Matia Portilla, F. J., (2018). *Los tratados internacionales...*, op. cit. 42-50. Alzaga Villamil, O., (2016). *Comentario sistemático a la Constitución Española de 1978*. (2ª Ed.). Madrid: Marcial Pons, pp. 136-146.

⁶⁴⁹ Una muestra de cómo el TC plasma su interpretación respecto a ello lo tenemos en las SSTC, Pleno, nº 115/87; Pleno nº 91/00, FJ 7; Sala 1ª nº 94/93 de 22-03-1993, BOE nº 100 de 27-04-1993, FJ 2-3; Pleno nº 26/14, FJ 4, (el denominado asunto Melloni, en los párrafos del 7-12 de dicho fundamento, el TC expone una comparativa del comportamiento interpretativo respecto a los derechos allí analizados, arts. 6 CEDH y 47 y 48 CDEDF en cuenta a su interpretación y contenido en nuestro derecho interno.

derechos fundamentales, así como el control de convencionalidad⁶⁵⁰ de los mismos, ya sea abstracto/concentrado por el propio TC o difuso por los órganos jurisdiccionales ordinarios, hacen tanto, que por la doctrina científica⁶⁵¹, como por el propio TC existan diferentes posiciones, influyendo y repercutiendo ello determinantemente en dilucidar el objetivo de nuestro estudio.

No obstante a las diferentes posturas, el TC defiende el reconocimiento en nuestra Constitución del ámbito de valores e intereses que los instrumentos internacionales protegen, así como la voluntad como Nación de incorporarlos debido a que propugnan un orden jurídico internacional de defensa y protección de los derechos humanos, como base fundamental de la organización del Estado. A su vez el TC ha realizado en estos últimos tiempos una interpretación más integradora, más adecuada a la circunstancias de los nuevos tiempos, aunque dicha labor o función hermenéutica no está concluida atendiendo al propio contenido de los derechos fundamentales que generan los antiguos y nuevos Tratados internacionales, regionales y supranacionales sobre derechos humanos y derechos fundamentales⁶⁵², (ratificados por España). Aunque esto no quiere decir -coincidiendo con JIMENA QUESADA-, que el TC no siempre se muestra consecuente con su postura, máxime en la materia en estudio (STC, Pleno, nº 115/87) y las otras que han mantenido durante todos estos años (ocho recursos de inconstitucionalidad que se interponen contra la LO 4/00, tras la reforma operada por la LO 8/00) manteniendo los mismos límites que según el TC nacen del texto de los arts. 13.1 y 10.2 CE, (STC Pleno, nº 236/07)⁶⁵³.

Atendiendo a lo anterior, la interpretación del art. 13.1 CE⁶⁵⁴ tiene un gran significado, debido a que define materialmente varios límites que están marcados inicialmente por su estrecha relación con el art. 10 CE, la dignidad y la conexión de esta con los derechos y libertades fundamentales (la mayor o menor conexión). Dicho artículo permite actualmente al legislador⁶⁵⁵ regular los derechos fundamentales y libertades públicas que

⁶⁵⁰ STC, Pleno nº 270/15, votos particulares sobre control abstracto de convencionalidad.

⁶⁵¹ Matia Portilla, F. J., (2018). *Los tratados internacionales...*, op. cit. 42-50. Canosa Usera, R., (2015). *El control de convencionalidad...* op. cit., pp. 92-100, 118, 134.

⁶⁵² Arzo Santisteban, X., (2015). *La tutela de los Derechos Fundamentales...*, op. cit., pp. 23-39, 67-132, 151-154. SSTC, Sala 1ª, nº 140/09, de 15-6-2009, BOE nº 172 de 17-07-2009, FJ 6; Pleno, nº 245/91, de 16-12-1991, BOE nº 13, de 15-01-1992, FJ 2 y Sala 1ª, nº 78/82, de 20-12-1982, BOE nº 13, de 15-01-1983.

⁶⁵³ Vid. nota 525. SSTC Pleno, nº 236/07 y Pleno, nº 17/13, de 31-01-2013, BOE nº 49 de 26-02-2013.

⁶⁵⁴ Izquierdo Sans, C., (2018). “Los Derechos Fundamentales de los Extranjeros...”, op. cit., pp. 276-287. Pérez Vera, E., & Abarca Junco, P., (1996). “Comentario al Artículo 13”, en O. Alzaga Villamil, (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española 1978*. (Vol. II, pp. 187-192). Madrid: Cortes Generales.

⁶⁵⁵ Goig Martínez, J., (2008). “El nuevo régimen de derechos y libertades de los inmigrantes”. *Revista de derecho UNED*, (nº 3), pp. 1-41. Del mismo autor, (2008). “Tribunal Constitucional y derechos de los extranjeros: comentario a la reciente jurisprudencia en materia de extranjería”. *Revista Teoría y realidad constitucional*. (nº 22), pp. 625-649, igualmente (2004). “Régimen jurídico y políticas sobre extranjería en España: comentario a la STS de 20 de marzo de 2003”, *Teoría y Realidad Constitucional*, (nº 12 y 13), UNED, pp. 631-654. Señalan el autor que los legisladores de la LO 4/00 interpretaron erróneamente el mandato constitucional o fueron cualitativamente relevantes desarrollando el contenido del art. 13.1 CE, dado que asumieron que dicho precepto delegaba en ellos la regulación de los derechos y libertades de los extranjeros, olvidando que es la propia Constitución y los Tratados Internacionales que ha suscrito España, los que reconocen dichos derechos y delimitan su alcance. Esta postura del Legislador también en cierta medida ha sido permitida por el TC, el cual además como he señalado mantiene su reticencia a la interpretación de determinados derechos, como el art. 18 CE, en correspondencia a lo que ha señalado el

el Título I de la CE garantiza a los extranjeros en España, a su vez el mismo sustenta la obligación del legislador de respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades, es decir, los límites que ha de tener en el establecimiento de configuración legal para determinados derechos constitucionales de acuerdo con la propia clasificación antes descrita. Tal límite del legislador en estos momentos es reforzado por los instrumentos jurídicos mencionados, como el DUE y dentro de él la CDFUE. A lo anterior se ha de unir lo expuesto *supra* en estas consideraciones previas, sobre la forma en que el TC ha interpretado la aplicación de los Tratados o Convenios internacionales, firmados por España, y su control de convencionalidad -recordar que considera que los mismos no conforman el canon de constitucionalidad de los preceptos concretos que se puedan recurrir, pues para ello están las normas legales impugnadas que son las que deben ser contrastadas con los correspondientes preceptos constitucionales que proclaman los derechos y libertades de los extranjeros en España, interpretados de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios-. Aspecto que como ya he expuesto es cuestionado por parte de la doctrina científica⁶⁵⁶, señalando que los Tratados y Convenios pueden otorgar a los extranjeros ciertos derechos no contemplados o interpretados expresamente en la Constitución, tal es el caso (p. ej.), del derecho a la reagrupación familiar, (DUDH, art. 16.3, PIDCP art. 23.2, PIDESC, art. 10.1, los dictámenes del CDHONU y del CDESC, o la intimidad familiar y privada, art. 8 CEDH, art. 7 CDFUE, o art. 41 CDFUE).

El análisis se complejiza aún más teniendo en cuenta la propia estructura sistemática de ordenación y conexión temática de los derechos y libertades fundamentales de la Constitución. Señala el Título Primero, Capítulo Segundo, Sección Primera, del art. 15-29, los derechos y libertades fundamentales y en Capítulo Tercero del propio Título Primero, los principios rectores de la política social y económica, art. del 39-52 CE. Esa ordenación de derechos civiles, políticos, económicos, sociales⁶⁵⁷ influye en cuanto a las garantías de los derechos y libertades fundamentales a tener en cuenta al momento de solicitar o adoptar una medida cautelar (art. 53 CE). Esto fundamentalmente respecto a los derechos económicos, sociales y culturales. Con independencia de dicha problemática, en todo caso, estos últimos han de ser reclamados y exigidos, ya sea de forma directa o indirecta a través o en unión de los derechos fundamentales de la Sección

TEDH y el TJUE, (a pesar de las condenas que ha recibido España al respecto). Sobre las citadas condenas se puede ver Montesinos Padilla, C., (2017). *La Tutela Multinivel de los Derechos desde una Perspectiva Jurídico-Procesal...*, op. cit., pp. 244-245.

⁶⁵⁶ Vidal Fueyo, M. C., (2008). “El régimen jurídico constitucional de los extranjeros...”, op. cit., p. 71.

⁶⁵⁷ Se ha de tener en cuenta, que en sentido general la evolución de las leyes de extranjería desde la LO 7/1985, hasta la 4/2000, 8/2000 y 2/09, han sido de una historia traumática, de disrupciones violentas, con serias quiebras de los derechos y garantías, siendo ello reflejado en los derechos sociales, los mismos revelan una estructura similar, existiendo una incorporación progresiva de configuración legal (leyes de derechos sociales prestacionales). Se introduce el derecho al trabajo, pretendiendo dotar de otro relieve a la actividad migratoria y, junto a éste, se regulan los derechos a la educación, asistencia sanitaria, vivienda, Seguridad Social y servicios sociales. La última modificación de la LO 4/00 introduce a través de la jurisprudencia del TC (SSTC Pleno nº 236/07; Pleno, nº 259/07, de 19-12-2007, BOE nº 19 de 22-01-2008 y Pleno, nº 155/15) una ampliación del espacio *iustificacional* del emigrante afirmando la vinculación directa de la Constitución en un buen número de derechos y limitando la disponibilidad legislativa, aunque se continúa manteniendo el mismo estatus en cuanto al ámbito de los derechos sociales prestacionales. Se ha de recordar que previo a estos años también se dictaron sentencias condenatorias por el TS, entre ellas STS, Sala 3ª, Sec. 6ª, nº 1924/03 de 20-03-2003, Rec. 488/01, contra el RD 864/01.

Primera o partiendo del derecho a la igualdad y la dignidad⁶⁵⁸ de las personas⁶⁵⁹, o sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen. Ha de ser como se ha venido sosteniendo a través de la interpretación evolutiva o protección indirecta, obligaciones positivas del Estado e incluso por razones del principio de oportunidad, en unión de la indivisibilidad de los derechos humanos los que nos permitirá que dichos derechos ocupen el papel protagónico que les corresponde en la disciplina en estudio.

Atendiendo a todo lo anterior, corresponde realizar las preguntas de investigación enunciadas: ¿Existe una conexidad real, efectiva y eficaz de los derechos humanos (incluidos los sociales), basados en la dignidad y en el desarrollo de la personalidad aplicados de forma directa a las medidas cautelares en la materia de extranjería en nuestro derecho interno?, ¿Seguiremos reservando la condición misma de inmigrante, como una categoría universal, solo a derechos y libertades fundamentales, vistos como derechos civiles y políticos, olvidándonos de los derechos económicos, sociales y culturales⁶⁶⁰, incluso continuando muchos de los primeros estando marcados por la diferencia de la regularidad o irregularidad administrativa?, o ¿Estamos vaciando de contenido un derecho humano y fundamental, el derecho a ser inmigrante, o se está limitando ese derecho de libertad, como base esencial, junto a la dignidad humana?, o ¿Estamos relegando a los inmigrante los derechos civiles y políticos, económicos, sociales y

⁶⁵⁸ Carro Fernández-Valmayor, J. L., (2008). “Derechos fundamentales socioeconómicos y prestaciones esenciales”, en I. Agirreazkuenaga Zigorruga. (Coord.). *Derechos Fundamentales y otros estudios en homenaje al profesor Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*. (Vol. I. *Derechos fundamentales. Aspectos generales*, pp. 373-394). Zaragoza: El Justicia Aragón. Señala el autor que se ha teorizado mucho sobre los derechos fundamentales socioeconómicos en la línea de darle una mayor efectividad en comparación con los derechos regulados en el Capítulo II del Título I CE, para ello se han destacado los principios fundamentales de la propia CE, entre ellos, el principio de igualdad en relación estrecha con la dignidad humana como ámbito superior (art. 10.1 CE), sin embargo, la problemática sigue presente a pesar del reconocimiento por España del PIDESC. (Ver STC, Sala 2ª, nº 81/89, de 8-05-1989, BOE nº 140 de 13-06-1989, FJ 2).

⁶⁵⁹ Meilán Gil, J. L. (2016). *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 65. Carretero Sánchez, S., (2004). *El cambio de los derechos sociales...*, op. cit., pp. 129, 159 y ss.

⁶⁶⁰ Fernández Pérez, A., (2016). *Los derechos fundamentales y libertades públicas de los extranjeros en España...*, op. cit., pp. 80-96 (capítulo dedicado a los derechos sociales). De la misma autora (2018). *Derecho de Extranjería*, op. cit., 42-48 (sobre la misma temática de los derechos sociales). Maestro Buelga, G., (2010). “Los Derechos Sociales de los Emigrantes”...op. cit., pp. 53-72. López López, J., (2005). “Una mirada a los derechos sociales de los inmigrantes desde su dignidad”. *Estudios de derecho judicial*. (nº 76), pp. 23-52. (Dedicado a: Derechos laborales y de seguridad social de los inmigrantes).

culturales ante el orden público⁶⁶¹, seguridad pública o seguridad ciudadana⁶⁶² y el interés general? ¿O se proyectan categorías vicarias?⁶⁶³

Seguidamente se procederá a responder a las anteriores interrogantes, lo que nos permitirá, interpretar la titularidad, contenido, alcance y los límites de los derechos y libertades fundamentales materializados en nuestro caso a través del art. 24 CE, determinado si a través de las medidas cautelares como categoría procesal puede coadyuvar a solventar dichas cuestiones. Vaya por delante anticipando mi toma de postura, entiendo que sí, cuestiones que iré fundamentando en nuestro análisis justificativo, el cual se irá madurando a lo largo del trabajo.

No existe ningún género de dudas que el art. 24 CE, tutela judicial efectiva, comprende la tutela cautelar⁶⁶⁴. Concretamente en lo que aquí nos compete, remitiéndonos, al art. 61 LO 4/00 (medidas cautelares) y al art. 129 y ss., LJCA. Ante ello es importante acotar que los derechos fundamentales de los extranjeros evidentemente se pueden alegar en cualquier solicitud de medidas cautelares, tanto en procedimiento administrativo propiamente dicho, como a través de la ley de la jurisdicción. El problema se ciñe, como he señalado, en su interpretación y configuración en los presupuestos tradicionales de las medidas cautelares teniendo en cuenta el alcance y contenido de dichos derechos fundamentales. Se ha de recordar que en la propia LJCA existe el procedimiento especial de derechos fundamentales (art. 114 LJCA)⁶⁶⁵. Para ambos procedimientos, el general y

⁶⁶¹ Moreiro González, C. J., (2016). “El juez nacional de medidas cautelares y la tutela del orden público...”, op. cit., pp. 473-516. Villar Fuentes, M. I., (2013). “Motivos graves de orden público, una excepción a la protección reforzada contra la expulsión de ciudadanos comunitarios con 10 años de residencia en el Estado de acogida”. *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*. (Vol. 4), <http://www.ual.es/revistas/>, recuperado el 26-07-2015. Godicheau F., (2013). “Orígenes del concepto de orden público en España: su nacimiento en un marco jurisdiccional” *Ariadna histórica. Lenguajes, conceptos y metáforas* (nº 2). Universidad País Vasco, pp. 107-130. Iglesias Machado, S., (2010). “La Evolución del Concepto de Orden Público a través de las Constituciones Españolas hasta 1812”. *Revista de Derecho UNED*, (nº 7), pp. 373-402. Visto desde la concepción dada por el TC como nueva dimensión teniendo el orden público un componente esencial, como base fundamental, el respeto irrestricto de los derechos fundamentales y libertades públicas, reconocidas en la CE. SSTC Sala 1ª, nº 43/86, de 15-04-1986, BOE nº 102, de 29-04-1986, FJ 4; Sala 2ª, nº 19/85, de 13-2-1985, BOE nº 55 de 05-03-1985, FJ 1.

⁶⁶² STC, Pleno, nº 33/82 de 8-06-1982, BOE nº 153, de 28-06-1982. El amplio concepto de seguridad pública definido por el TC, como “*actividad dirigida a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad y orden ciudadano*”, abarca múltiples facetas de la convivencia pacífica, dentro de las que se instruye con singular importancia el art. 149.1. Dicho concepto supone una noción más precisa que la de “Orden Público”. Concepto que se centra en el riesgo de quebrantamiento de la seguridad colectiva e individual. La seguridad pública según lo establecido en los arts. 104 y 109 CE.

⁶⁶³ De Lucas Martín, J. F., (2016). “Déficits y falacias de la democracia liberal...”, op. cit., pp. 17-35.

⁶⁶⁴ SSTC, Sala, 2ª, nº 199/98, de 13-10-1998, BOE nº 276, de 18-11-1998. Hace referencia a la tutela cautelar efectiva y eficaz, remitiendo a su propia doctrina, Sala 2ª, nº 66/84; Pleno, nº 76/92 14-05-1992, BOE nº 144 de 16-06-1992, Sala, 1ª, nº 94/93; Sala 2ª, nº 78/96, de 20-05-1996, BOE nº 150 de 21-06-1996, FJ 3 y toda la jurisprudencia allí citada, (la Administración no debe ejecutar sus actos, en tanto, no se haya dado posibilidad al administrado de someter al órgano jurisdiccional la cuestión de su suspensión y este haya resuelto).

⁶⁶⁵ Disposición Derogatoria Segunda, apdo. c), LJCA Sobre la derogación Ley 62/78, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona (art 6-10). Sobre ello se ha pronunciado la doctrina científica, entre ellos, García Llovet, E., (1999). “Medidas cautelares en el proceso de amparo (un estudio sobre la «materia administrativa»)”. *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*. (nº 1), pp. 1885-1914. Martín-Retortillo Baquer, L., (1998). “Comentario a la ley de la jurisdicción contencioso administrativa de 1998, Título V. Procedimientos especiales. Capítulo Primero. Procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona Artículo 114 a 116”. *REDA*, (nº 100), pp. 803-811.

el especial, existe el mismo cauce procesal de las medidas cautelares. Con la regulación de las medidas cautelares en la LJCA supone la desaparición⁶⁶⁶ de cualquier regulación especial de las medidas cautelares en el ámbito concreto de la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, estableciéndose un único sistema de justicia cautelar. Esto es un tratamiento común en la materia para todo tipo de procesos sustanciados ante la jurisdicción contencioso administrativa, que además de vulnerar la legalidad ordinaria, es contrario a derechos fundamentales, ya sean en procedimientos ordinarios, abreviados o especiales.

En estrecha relación con lo anterior y con la clasificación o categorías *iuspositivistas* de los derechos fundamentales respecto de los extranjeros, así como de sus fuentes, se determina que algunos responden a una configuración legal, como (p. ej.), los relacionados con el art. 19 CE, en correspondencia con la exigencia de la regularidad administrativa del extranjero, como requisito para el disfrute de los mismos⁶⁶⁷, pasando a ser dicha regularidad, irregularidad o irregularidad sobrevenida un problema de fondo para la disfrute⁶⁶⁸ pleno de dicho derecho, por lo que una medida cautelar adecuada puede paliar las consecuencias o daños irreversibles del no disfrute pleno de tal derecho. A su vez existen otros derechos, como el art. 41 CDFUE (derecho a una buena administración), el cual está generado por la fuente del DUE y de la jurisprudencia del TJUE, incorporado a nuestro derecho interno a través de la LO 1/08, que aún no tiene una interpretación clara respecto a su clasificación *iuspositivistas* respecto a la temática aquí tratada -si debería ser o estar incorporado en dicha clasificación en el primer grupo de derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros-; en este sentido considero que debido a su estrecha relación con derecho a la tutela judicial efectiva, el mismo debe estar clasificado en dicho primer grupo. (Aspectos sobre los que se profundizará en la segunda parte).

Salas, J., & Tornos Mas, J., (1980). “Comentarios a la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona”. *RAP*, (nº 93), pp. 29-65. Cano Mata, A., (1982). “La Ley de Protección de los Derechos Fundamentales de la Persona y sus garantías contencioso-administrativas. Deseable ampliación de algunas de sus innovaciones a la vía judicial ordinaria”. *RAP*, (nº 98), pp. 47-77. Díaz Delgado, J., & Escuin Palop, V., (1988). “La suspensión de los actos administrativos recurridos en el proceso especial de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales”. *RAP*, (nº 117), pp. 193-210.

⁶⁶⁶ Sin embargo, respecto a la anterior derogación hay que señalar dos cuestiones que entiendo son de gran calado repercutiendo todavía en el actuar de los operadores jurídico en la actualidad, i) dicha norma estaba en plena correspondencia con la doctrina del TEDH y la interpretación del art. 13 CEDH, respecto al efecto suspensivo automático del recurso. Se ha de recordar que la Ley 62/78 mantenía a su vez el principio de autotutela ejecutiva como regla general y en su regla del apdo. 5 según la cual la interposición del recurso suspendía automáticamente la resolución administrativa cuando se tratara de sanciones, ii) ello significa una regresión que ha repercutido directamente en la salvaguarda de las garantías de los derechos fundamentales, en específico en lo que respecta a la tutela judicial efectiva.

⁶⁶⁷ Goizueta Vértiz, J., (2007). “Los diferentes regímenes jurídicos del derecho a la libre circulación y residencia en territorio español: especial referencia a extranjeros y ciudadanos comunitarios”. *CEFD*, <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD>, recuperado el 18-03-2017. Un botón de muestra son las SSTJUE, Sala 5ª, de 27-02-2020, asunto RH c. España, C- 836/18; Sala 1ª asunto Bajratari c. Reino Unido, C-93/18 y Sala 3ª de 3-10-2019, asunto X c. Bélgica, C-302/18, donde analizan circunstancias iniciales y sobrevenidas sobre concepto recurso y medios económicos. Especialmente la primera, la cual aborda la situación de medios económicos provenientes de los cónyuges, o la segunda ingresos del progenitor alimentante (de un menor CUE), que se encuentra en situación irregular sobrevenida del progenitor.

⁶⁶⁸ STS, Sala 3ª, Sec. 6ª, de 10-06-2004, Rec. 60/03.

Un epítome hasta el presente de la jurisprudencia del TC respecto de los derechos y libertades fundamentales de los extranjeros en España, su reconocimiento, como derechos subjetivos y su ejercicio, se puede centra en 4 aspectos fundamentales a tener en cuenta:

1.- La dignidad humana se convierte en un concepto que es el centro y núcleo de los derechos en juego de acuerdo con su mayor o menor conexión con el mismo. Es decir, el grado de conexión de los derechos y libertades fundamentales concretas con la dignidad humana define la garantía y el margen de acción del legislador para la configuración del derecho.

2.- Una vez conformado el contenido preceptivo del derecho reconocido a los extranjeros por la Constitución, toca su interpretación, la cual también se hará sobre el citado grado de conexión dignidad y el derecho en cuestión. Aquí o priman los valores de dicha dignidad, valor espiritual y moral inherente a la persona y su alcance o prima el *mínimum* efectivo, el razonamiento jurídico. La combinación de ambos aspectos, valores y razonamientos jurídicos es la solución aplicada. Esta solución es altamente criticada por la doctrina definiéndola, como poco clara y unívoca, no siendo una verdadera interpretación constitucional cerrada, sino flexible, quebrando o debilitando así, el principio de seguridad jurídica, al producirse un rompimiento entre lo expuesto por el TC y la configuración o habilitación que ha determinado el legislador respecto al derecho o libertad en cuestión. Esto en la especialidad en estudio se refleja generalmente en la situación administrativa de los extranjeros, su regularidad o irregularidad administrativa.

3.- El contenido delimitado de un derecho o libertad fundamental en juego, ya sea por la delimitación dada por la conexión con la dignidad, o por la configuración legal que le ha dado el legislador, tienen a su vez un tercer límite, aquel que no realiza el órgano jurisdiccional, interpretación del derecho o libertad desde el punto de vista de la convencionalidad de los Tratados o Convenios internacionales. Aspecto que el propio TC ha definido el control de convencionalidad le corresponde a los órganos ordinarios⁶⁶⁹. No son los Tratados y Convenios internacionales en sí mismos un canon de constitucionalidad de los concretos derechos y libertades fundamentales recurridas.

4.- Las condiciones de ejercicio establecidas por la ley deberán dirigirse a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos, y guardar adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida.

Expuesto todo lo anterior la teoría general de los derechos fundamentales de los extranjeros en nuestro derecho interno actualmente debe tener en cuenta la unión del contenido, valores, alcance y garantías de dichos derechos subjetivos, unido al sistema multinivel mencionado (CDFUE-CEDH-Tratados Internacionales/Convenciones), que hará que los límites del legislador sean mayores y el sistema jurisdiccional más garantista, actuando en correspondencia con ese sistema multinivel de derechos humanos y derechos y libertades fundamentales, siempre y cuando el mismo como se ha expuesto sea al alza. Esto se traducirá en que el resto de operadores jurídicos y las administraciones públicas

⁶⁶⁹ No obstante a ello existen manifestaciones de dicho control de convencionalidad por los órganos ordinarios, en este caso el TS en una especie de control convencional difuso sobre convenios y tratados entre España, Chile, Perú y Uruguay. Más recientemente sobre el Convenio Sobre Seguridad Social entre España y Marruecos del 8 de noviembre de 1979. STS Sala 3ª, Sec. 4ª, nº 84 de 24-01-2018, Rec. 98/2017 FJ 6º. El TSJCV Sala (Contencioso), Sec. 3ª, nº 1416/05 de 15-07-2005, Rec. 1270/04, interpretación de los Tratados en este caso el Tratado de 1870 entre España y Uruguay y su posterior Tratado de 1992.

en sentido general deberán ser más garantista. Una expresión de esa posible apertura interpretativa puede ser la ya señalada CIPDTMF (artículos 7, 39, 51 y 54).

Teniendo en cuenta las consideraciones expuestas se analizará seguidamente determinados derechos fundamentales equivalentes a los ya mencionados y su interpretación en relación a las medidas cautelares.

4.2- Algunos derechos y libertades públicas fundamentales. Su interpretación en relación con las medidas cautelares.

4.2-1- Consideraciones previas.

Los derechos fundamentales y libertades públicas recogidos en nuestra Constitución representan la fuerza normativa de nuestro sistema de Estado Social y Democrático de Derecho, vinculando a todos los poderes públicos (art. 53.1 CE), incluso al legislador. Atendiendo a la magnitud del tema se analizarán aquellos derechos y libertades que mayor relación tienen con las medidas cautelares en la especialidad en estudio, en equivalencia a los derechos humanos antes expuestos y el estatuto jurídico de los extranjeros⁶⁷⁰. Ratificando una vez más que todos los derechos que se enuncien no son de carácter absoluto, tienen sus limitaciones debiendo estar reguladas en la ley y por la interpretación de los tratados.

Existen derechos como los recogidos en el art. 15 CE, -derecho a la vida y a la integridad física y moral de las personas, en el que las mismas no pueden ser sometidas a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes- que se encuentra en equivalencia con el art. 2 y 3 CEDH y art. 2 y 4 CDFUE, y la jurisprudencia de los respectivos tribunales, por lo que al ser ya comentados no me detendré en ello pues el TC ha interpretado⁶⁷¹ dicho art. 15 en correspondencia con la jurisprudencia del TEDH y TJUE en lo que aquí nos corresponde.

Dentro de estos derechos fundamentales recobra una mención especial el art. 27 CE, derecho a la educación⁶⁷², en relación con el art. 39 de la misma y art. 9 LO 4/00 el cual

⁶⁷⁰ Gómez Fernández, I., (2017). *El derecho de negar derechos...*, op. cit. p. 17. Vid. notas 126, 635.

⁶⁷¹ Por todas, STC Pleno, nº 119/01 de 24-05-2001, BOE nº 137 de 8-06-2001, FJ 5-6. SSTC Sala 1ª, nº 5/02, de 14-01-2002; BOE nº 34 de 8-02-2002, FJ 2-4, y la nº 62/07 de 27-03-2007, BOE nº 100 de 26-04-2007, FJ 3. Se define que no todo riesgo para la salud implica una vulneración del mismo. Sólo se produce ese efecto, si se genera un peligro grave de una intensidad determinada y cierto para la misma. Destacan las citadas sentencias que esa vulneración puede deberse a una omisión, no siendo preciso para que se dé que la lesión se haya consumado.

⁶⁷² Jover Gómez-Ferrer, R., Ortega Carballo, C., & Ripol Carulla, S., (2010). *Derechos Fundamentales...*, op. cit., pp. 121-158. Como botón de muestra del comportamiento del citado derecho y como es interpretado para la adopción de medidas cautelares tenemos, AJCA nº 4 de Granada, nº 1469/19 de 24-10-2019, PA nº 1437/19, medida cautelar positiva autorización provisional de tarjeta estudiante, ratificada por STSJA, (Sede Granada), Sala (Contencioso), Sec. 4ª, nº 3365/20 de 29-10-2020, Rec. 1740/20. AJCA nº 1 de Toledo de 12-03-2018, concesión de medida cautelarísima positiva para que un menor pueda continuar sus estudios y su desarrollo personal. En sentido negativo AJCA nº 3 de Málaga, nº 84 de 16-04-2020, (Pieza Separada nº 1), denegación de escolarización de menores; STSJCL (Sede Burgos), Sala (Contencioso), Sec. 1ª, nº 229/19, de 27-09-2019, Rec. 98/19, en ella la parte apelante, Abogacía del Estado, en su argumentación del recurso (el cual finalmente es desestimado), señala que la escolarización de menores en España no es razón suficiente para conceder la medida cautelar. En estos dos últimos supuestos se obvia, art. 28 CDN, art. 24 CDFUE, el art. 18, 27 y 39 todos CE, así como el propio acuerdo del Reino de España en el asunto TEDH Sec. 3ª, Decisión de archivo acuerdo amistoso de 17-03-2015, asunto G.V.A. c. España, nº 35765/14. Se reitera como doctrina interpretativa las SSTC, Pleno, nº 155/15, FJ 4-6, con anterioridad la STC, Pleno, nº 236/07, FJ 8 y toda la jurisprudencia en ellas citadas.

de acuerdo con los objetivos de la presente investigación y el interés superior del menor (art. 28 CDN), conforman un elemento integrativo del *fumus boni iuris* en una solicitud de medida cautelar. Por otro lado, se une a ello, la política europea de fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación *au pair* (Directiva (UE) 2016/801)⁶⁷³.

Como se ha venido sosteniendo, los derechos sociales⁶⁷⁴ como derechos subjetivos tienen un significativo papel en el objeto de investigación, sin que en nuestro derecho interno se le dé el valor interpretativo al alza que requieren los mismos. Ello precisamente por la propia clasificación dada, a los cuales se les ha denominado derechos condicionados⁶⁷⁵, desde el punto de vista que se condicionan al estatuto jurídico administrativo del extranjero, situación administrativa regular o irregular. Por lo que el derecho al trabajo, la libertad de ejercer una profesión, derecho a un salario digno, dignas condiciones de trabajo, contribuir a la seguridad social, entre otros siempre estarán limitados por dicha condición administrativa.

4.2-2- El art. 14 CE. La igualdad. Ciudadanos UE y los extranjeros de terceros Estados.

El derecho recogido en el art. 14 CE (igualdad)⁶⁷⁶, es uno de los derechos de mayor conflictividad de acuerdo con su compleja configuración y desarrollo jurisprudencial. Al operar el mismo de diferentes modos, ya sea en función del factor de diferenciación (ante la ley igualdad formal o en aplicación de esta, mandato de la igualdad material), hace que no siempre se obtenga el mismo significado, ni con idéntico valor normativo formal o jurídico, cuestionándose si del mismo surge un verdadero derecho subjetivo⁶⁷⁷, o ha de vincularse a una relación jurídica sustantiva. Por ello, a simple vista, la diferencia de trato, *tertium comparationis*, no implica necesariamente vulneración del principio formal de

⁶⁷³ Directiva 2016/801/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11-05-2016, relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de países terceros con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación *au pair* (versión refundida). DOUE 21-05-2016. L 132/21.

⁶⁷⁴ García Manrique, R., (2016). “Los derechos sociales: un panorama general”. *RTS*. (nº 207). (Dedicado a: Derechos sociales y justicia social), pp. 9-20. Previamente el autor en, (2010). “Los derechos sociales como derechos subjetivos”. *Derechos y libertades: Revista de del Instituto Bartolomé de las Casas*. (nº 23), pp. 73-105.

⁶⁷⁵ Nogueira Guastavino, M., (2010). “La doctrina del Tribunal Constitucional español sobre los derechos sociales de los extranjeros no comunitarios”, en R. Escudero Rodríguez. (Coord.). *Inmigración y movilidad de los trabajadores*. Madrid: La Ley, Wolters Kluwer, pp. 431-475.

⁶⁷⁶ Como es conocido, sobre este artículo de la CE existe abundante bibliografía donde se trata el derecho a la igualdad, y a su vez existe una amplia jurisprudencia del TC. Sin embargo, una parte de la doctrina científica señala que falta todavía de dicho art. 14 un tratamiento más completo y detallado de sus consecuencias para el funcionamiento cotidiano de la administración, y de cómo este derecho es efectivamente garantizado por la misma. Rivero Ysern, E., & Rivero Ortega, R., (2008). “El derecho al procedimiento administrativo”, en I. Agirreazkuenaga Zigorraga. (Coord.). *Derechos Fundamentales y otros estudios en homenaje al profesor Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*. (Vol. I. *Derechos fundamentales. Aspectos generales*, pp. 555-574). Zaragoza: El Justicia Aragón. Balaguer Callejón, M. L., (2010). *Igualdad y Constitución española*. Madrid: Tecnos, pp. 46 y ss.

⁶⁷⁷ Giménez Glück, D., (2004). *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*. Barcelona: Bosch, p. 34.

igualdad, sino será el juicio de proporcionalidad/razonabilidad⁶⁷⁸ el que lo determine, la diferencia entre la igualdad jurídica y la igualdad material⁶⁷⁹.

Acotadas las anteriores cuestiones generales, las directrices básicas de interpretación y aplicación del art. 14 CE respecto de los extranjeros cuando son titulares de derechos, son dos, i) su vinculación con una relación jurídica sustantiva concreta y su juicio de proporcionalidad/razonabilidad, y ii) su determinación por lo Tratados y Convenciones internacionales, la igualdad es vista con el mismo prisma que se sustenta respecto a la dignidad, art. 10.2 CE (los Tratados y Convenios internacionales en sí mismo no son un canon de constitucionalidad), sino ha de ser la aplicación de la ley concreta y el precepto concreto vulnerado a la luz de la CE, todo ello en estrecha vinculación con el art. 9.2 y 24 CE⁶⁸⁰. Estas directrices básicas nos conducen a la fina línea de la discriminación indirecta⁶⁸¹, la cual se puede manifestar de disimiles formas.

Formalmente no hay discriminación, pues hay acceso a la jurisdicción, a los recursos, tantos, judiciales, como administrativos (tutela administrativa). Son las diversas condiciones fácticas, las trabas procesales, materiales, obstáculos administrativos, omisiones que hacen indirectamente que el funcionamiento normal del proceso se trunque, generando las consecuencias desiguales, mermando la propia efectividad y eficacia de los recursos y de los propios derechos e intereses en juego⁶⁸². Aquí la

⁶⁷⁸ SSTC, Sala, 2ª, nº 19/82, de 5-05-1982, BOE nº 118 de 18-05-1982; Sala 2ª nº 184/2007, de 10-09-2007, BOE nº 248, de 16-10-2007 y Sala 1ª, nº 147/07, de 18-06-2007, BOE nº 179, de 27-07-2007. Sobre el juicio de razonabilidad, aplicado a la igualdad se manifiesta de forma elocuente la alta conflictividad interpretativa. Una muestra más actualizada, SSTC que citare a continuación. Ambas sentencias son de jurisdicciones diferentes que tratan la igualdad en el derecho de extranjería de manera diferente. La más reciente la STS Sala 4ª Social, Sec. Pleno, nº 276/19 de 3-04-2019, Rec. 1299/17, voto particular Magistrada Rosa María Viroles Piñol, igualdad de extranjeros que dejan de serlo pues han obtenido la nacionalidad española y tienen derecho a pensión no contributiva en igualdad al resto de los españoles y no se ha de medir la condición de extranjeros. Mientras que la STS Sala 3ª Sec. 5ª, nº 1295/17 de 18-7-2017, Rec. 298/16, interpreta la igualdad en este caso de los españoles ante la reagrupación familiar de sus ascendiente o familiares, tanto ciudadanos de la Unión, como de Terceros Estados (art. 7 Directiva 2004/38 y art. 7 del RD 240/07), desde la perspectiva de la igualdad ante la ciudadanía de la Unión, FD 3º párrafo tercero, art. 20 CDFUE, en relación con art. 2, 3.3, 6 y 8 del TUE y art. 8, 10, 19, entre otros, del TFUE.

⁶⁷⁹ Macías Jara, M., (2018). “La tarea inacabada de la igualdad”, en M. I. Álvarez Vélez & C. Vidal Prado. (Coords.). *Manual Constitución Española: 1978-2018*, (pp. 1600-1699). Madrid: Francis Lefebvre. García Manrique, R., (2010). “La semántica confusa de la igualdad”. *RDoxa* (nº 33), pp. 591-624. Al respecto, el TC ha señalado que no toda desigualdad de trato supone infracción de dicho principio o derecho, sino que la infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable. Es decir, se señala la exigencia de que a iguales supuestos se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional.

⁶⁸⁰ Mora Alemañy, R., (2013). “¿También los extranjeros son iguales ante la ley?” *Revista de Derecho* (nº 12). UNED, pp. 561-594. SSTC Sala 2ª, nº 137/00 y Sala 1ª nº 24/2005, de 14-02-2005, BOE nº 69, de 22-03-2005; Sala 2ª nº 107/84, su FJ 4, declara que el problema de la igualdad en el ejercicio de los derechos fundamentales por parte de los extranjeros dependerá en cada caso, por tanto, del derecho afectado.

⁶⁸¹ SSTC, Sala 2ª, nº 147/95, de 16-10-1995, BOE nº 269 de 10-11-1995; Pleno, nº 253/04 de 22-12-2004, BOE nº 18 de 21-01-2005; Pleno, nº 61/13 de 14-03-2013, BOE nº 86 de 10-04-2013.

⁶⁸² Castilla Juárez, K.A., (2018). *¿Detención por motivos migratorios?...op. cit.*, 196-252, realiza el autor un análisis de la igualdad, no discriminación, respecto del internamiento de los extranjeros en CIE, en los supuestos de expulsión, denegación entrada, devolución, señalando como resultado que los mismos no satisfacen una evaluación de proporcionalidad. Añón Roig, M. J., (2014). “Integración, discriminación y acceso a la justicia”, en Á. Solanes Corella & E. La Spina, E., (Coords.). *Políticas migratorias, Asilo y*

diferencia no está en la norma, sino a los efectos, en cuanto a los accesos a determinados recursos que regula la misma, tales como, los ya mencionados del art. 135 de la LJCA y la regulación del Acuerdo del CGPJ (en lo relativo a los juzgados de instrucción de guardia y conocimiento de dicha medida), o los recursos contra los decretos de determinación de la edad de los MENAS.

Unido a lo anterior se encuentra las medidas de acción u obligaciones positivas las cuales constituyen una de las manifestaciones más polémicas del principio de igualdad, siendo el punto de inflexión al respecto las condiciones de realización de dichas obligaciones positivas con la igualdad, las que serán resueltas sobre la base del ya mencionado principio de proporcionalidad/razonabilidad. Como he venido señalando, cada medida, acción u obligación positiva debe superar el juicio de constitucionalidad para comprobar su compatibilidad con los derechos y bienes constitucionalmente protegidos⁶⁸³.

A su vez en el derecho a la igualdad en la presente especialidad hay que tener en cuenta lo referente al estatuto jurídico de los extranjeros y sus clasificaciones administrativas en especial lo relacionado con los CUE y sus familiares. En este sentido hay que interpretar la igualdad en el contexto del DUE, relación con el art. 20-21 TFUE y art. 20 CDFUE, estatuto jurídico de la ciudadanía de la Unión, prohibiendo toda discriminación por razón de la nacionalidad directa e indirecta⁶⁸⁴ e igualdad de trato de los CUE y sus familiares, determinado la eficacia del principio y derecho de igualdad⁶⁸⁵ y el efecto útil de la normativa citada. Por lo tanto, como he dicho anteriormente corresponde al órgano jurisdiccional nacional, que es quien ostenta en exclusiva la competencia para interpretar y aplicar el DUE al nacional, determinar si, en los supuestos concretos que sean sometidos a su control con arreglo al Derecho nacional deben respetar el principio de igualdad de trato, invocado por el DUE⁶⁸⁶.

4.2-3- El art. 17 CE. Derecho a la libertad.

Respecto al art. 17 (libertad⁶⁸⁷ y seguridad), la libertad como libre desarrollo de la personalidad, se encuentra en relación en lo que aquí nos interesa con el art. 5.1-f) CEDH

Derechos Humanos. Un cruce de perspectivas entre la Unión Europea y España. (pp. 81-119). Colección Drets humans. Valencia: Universitat de València, Servei de Publicacions.

⁶⁸³ Salvador Martínez, M., (2009). “Las medidas de acción positiva. Principio de igualdad y derechos fundamentales”, en S. Sánchez González. *En torno a la igualdad y la desigualdad*. Madrid: Dykinson, pp. 29-55.

⁶⁸⁴ AJCA nº 2 de Valencia, nº 140/14 de 2-5-14, “*Que en el presente caso de la documental aportada no se desprende la existencia del arraigo invocada, ya que si bien del documento nº 5 resulta que el recurrente es padre de una menor nacida en España, no queda acreditada la concurrencia de los dos requisitos básicos, el primero que sea de nacionalidad española, pues dado que los padres son ambos de nacionalidad bolivianos cabría haber optado por el ius sanguinis y que la menor fuera de nacionalidad boliviana, ni que en este caso la menor tenga residencia legal. Y el segundo requisito, no queda acreditado la convivencia con la menor, dado que los padres no están casados y no se presume convivencia, ni tampoco en el caso de que hay a convivencia se cumple con las obligaciones derivadas de la patria potestad...*”

⁶⁸⁵ STC Sala 1ª, nº 42/20, de 9-03-2020, BOE nº 163 de 10-06-2020, vulneración de los derechos a la igualdad y a la tutela judicial efectiva: resoluciones administrativas y judiciales que no ponderaron suficientemente las circunstancias fácticas de la relación de dependencia que sirve de fundamento a la posibilidad de reagrupación familiar.

⁶⁸⁶ STJUE, Sala 3ª de 11-04-2019, asunto Tarola, C-483/17, apdo. 36, 55, 57.

⁶⁸⁷ García Morillo, J., (2018). “Los derechos de libertad (I). La libertad personal”, en L. M. López Guerra, E. Espín, J. García Morillo, P. Pérez Tremps, & M. Satrústegui. *Derecho Constitucional*. (Vol. I, 11ª Ed. pp. 233-252). Valencia: Tirant lo Blanch. Castilla Juárez, K.A., (2018). *¿Detención por motivos*

y 6 CDFUE⁶⁸⁸. En este sentido las SSTC, Pleno, nº 115/87, nº 303/2005⁶⁸⁹ y nº 260/07, ha definido la doctrina respecto a lo que aquí es parte del objetivo en estudio, la medida cautelar de detención cautelar y el internamiento art. 61-1-d) y e) LO 4/00 (estas medidas serán analizadas de forma específica en la parte segunda, capítulo III, puntos 3.2.1.d). Dicha jurisprudencia señala las garantías contra las detenciones arbitrarias, el *Habeas Corpus*, audiencia del interesado, exigencia de que sea el juez de instrucción competente el que disponga el ingreso en un centro de internamiento mediante un Auto motivado, ponderando todas las circunstancias concurrentes del supuesto, (carecer de domicilio o de documentación, así como la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes, art. 62.1-2º LO 4/00). Sin embargo, sucede con bastante frecuencia que en las diligencias indeterminadas para la medida cautelar de internamiento, se vulneran las garantías antes señaladas⁶⁹⁰.

4.2-4- El art. 18 en su vertiente intimidad personal y familiar y art. 19, residencia y circular por el territorio nacional.

Se hace necesario el análisis conjunto de ambos arts. 18 y 19 de la CE, debido a su estrecha vinculación con el tema aquí tratado. El art. 18.1 CE lo abordare desde dos contenidos: uno, la intimidad personal y familiar que sería intimidad personal/vida privada e intimidad familiar propiamente dicha, y otro, el de la protección de datos, acceso a la información y datos de los extranjeros (art. 18.4 CE).

A su vez dentro del contenido del art. 18 CE, también se ha de tener presente el concepto de domicilio (art. 18.2 CE), que en lo que aquí nos interesa se relaciona con la definición del mismo y si los CIE se pueden considerar domicilios a efectos de las competencias territoriales para las solicitudes de medidas cautelares del art. 135 LJCA (aspectos que serán analizados en la parte tercera, capítulo III, punto 3.3.5.4-b)-1- de esta investigación).

Respecto art. 18.1 CE el TC lo interpreta como un derecho fundamental que implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción de los demás, y que corresponde a todas las personas por igual, siendo la intimidad familiar una dimensión adicional de la intimidad personal. Esta intimidad personal se extiende no sólo a los aspectos de la vida propia personal, sino también a determinados aspectos de otras personas con las que se guarde una personal y estrecha vinculación familiar, aspectos que, por esa relación o vínculo familiar, inciden en la propia esfera de la personalidad del

migratorios?...op. cit., pp. 102-109. Dotú y Guri, M. M., (2013). *Los derechos fundamentales: Derecho a la libertad frente a las medidas cautelares penales*. Madrid: Bosch, pp. 26 y ss., 117 y ss., 141 y ss. STC, Pleno, nº 178/85, de 19-12-1985, BOE nº 13 de 15-01-1986; Sala 2ª, nº 82/03, de 5-05-2003, BOE nº 118 de 17-05-2003, FJ 3.

⁶⁸⁸ En estrecha relación con el tema que se aborda en el presente punto, se ha de tener en cuenta la Resolución 43/173, de 9-12-1988 AGONU. Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión. ONUBIB.

⁶⁸⁹ STC, Pleno, nº 303/05, de 24-11-2005, BOE nº 304 de 21-12-2005.

⁶⁹⁰ Granero Sánchez, H. V., (2011). *El Extranjero y el Derecho a la Libertad Personal. La Detención Cautelar. Otras Privaciones de Libertad y el Internamiento Judicial*. Tesina presentada en Sept. 2011 Programa Master *On line en Migraciones Internacionales y Derecho de Extranjería*, Oct. 2010-Sept. 2011. Universidad Europea de Madrid/CGAE. Martínez Pardo, V.J., (2006). *La detención y el internamiento...*, op. cit., pp. 102-114 y 237-297.

individuo⁶⁹¹. En cuanto a la especialidad tratada, el TC interpreta el art. 18.1 CE en relación con el art. 39 CE (protección social, económica y jurídica de la familia), a su vez en conexión con el art. 16 LO 4/00, “*Derecho a la intimidad familiar*”. A ello agrego el art. 32 CE (matrimonio)⁶⁹². El segundo contenido que se estudiará del art. 18 es su apartado 4, protección de datos, que en lo aquí investigado se relaciona en cuanto a la acceso a la información y datos sobre los extranjeros.

El art. 16 LO 4/00 se titula “*Derecho a la intimidad familiar*”, en su apdo. 1 dispone: “*Los extranjeros residentes tienen derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar en la forma prevista en esta Ley Orgánica y de acuerdo con lo dispuesto en los tratados internacionales suscritos por España.*” Al respecto, entiende el TC que dicho precepto es objeto de las reservas de ley establecidas en los arts. 81.1 y 53.1 CE. En cuanto al apdo. 2 del citado art. 16 LO 4/00, el TC ha señalado que el mismo no regula ni desarrolla aspecto alguno de la intimidad familiar, ni siquiera de la intimidad personal/vida privada, pues se refiere a la posibilidad de reagrupar por los residentes en España a sus familiares siempre que conserven dicha residencia. En fin, considera el TC que el art. 16 LO 4/00 no es un derecho fundamental en el sentido, contenido y alcance de la intimidad personal/vida privada e intimidad familiar del art. 18.1 CE propiamente dicha, sino que es un contenido de garantía a la vida en familia y a la intimidad familiar, pero -aquí lo interesante de su interpretación- visto desde la óptica de la reagrupación familiar, por tanto, desde el punto de vista del desarrollo de la personalidad y la familia, protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39 CE).

⁶⁹¹ Este derecho corresponde también a los extranjeros pero hay que tener en consideración la clasificación tripartita, Vid. nota 635 y la STC Sala 2ª, nº 107/84. El citado art.18.1 (vida privada intimidad familiar), para la materia aquí investigada, no integra el núcleo duro de los derechos a pesar de su conexión con la dignidad, la igualdad y con el desarrollo libre de la personalidad (art. 10.1 y 14 CE). En su sistemática interpretativa sobre intimidad familiar el TC no siempre ha mantenido su clásica construcción liberal de la intimidad como protección del individuo, resguardo de su ámbito de privacidad, reservado para sí y su familia, inmune frente a la publicidad no querida, sino que en el caso de la materia en estudio el TC lo relaciona con el desarrollo libre de la personalidad, (reagrupación familiar, expulsión), pero también desde una perspectiva estrecha. La conexión del art. 18.1 CE como se verá no es lo suficientemente fuerte, relevante o coextenso del art. 8.1 CEDH. SSTC nº 236/07; nº 186/13 y ATC Pleno, nº 40/17, FJ 3. Matia Portilla, F. J., (2020). “¿Los menores tienen un derecho a no ser separados de sus progenitores? Hacia una necesaria redefinición de la intimidad familiar constitucionalmente protegida”, en F. J. Matia Portilla & G. López De La Fuente, (Dirs.), *De la Intimidad a la Vida Privada y Familiar: Un derecho en construcción*, (pp. 231-282). Valencia: Tirant lo Blanch. Mora Alemañy, R., (2013). “¿También los extranjeros son iguales ante la ley?”, op. cit. la cual analiza la STC Pleno, nº 17/13, la cual interpreta el derecho aquí estudiado. Balaguer Callejón, F., (2008). “El contenido esencial de los derechos constitucionales...”, op. cit., pp. 481 y ss.

⁶⁹² SSTC, Pleno, nº 38/81 de 23-11-1981 BOE nº 305, de 22-12-1981. Interpretación del art. 14 CE. en relación con los arts. 10, 32 y 39 CE. Principio de igualdad, trato discriminatorio equivalente matrimonio, convivencia matrimonial, uniones de hecho, Pleno nº 222/92, de 11-12-1992, BOE nº 16 de 18-01-1993, FJ 6. Criterio ratificado en la STC 93/13, FJ 3 y en la STC 44/2014, de 7-04-14. Se ha de señalar la interrelación del citado art. 32 con el art. 14 ambos de la CE, sin embargo, se ha de tener en cuenta que en fechas tan tempranas como las señaladas el TC ya había acotado la interpretación y diferenciación del matrimonio y las parejas unión de hecho o *more uxorio*, criterio que aún se sigue manteniendo hasta nuestros días. En similares términos de reconocimiento de las parejas de hecho SSTC Sala 3ª, Sec. 6ª nº 4616/00, de 12-06-2000, Rec. 2267/96, FD 2-9 y nº 5525/03 de 17-09-2003, Rec. 3024/99, FD 4. Entendiendo que ya dicha interpretación se encuentra desfasada con el propio art. 9 CDFUE y su ámbito de aplicación y extensión, STC Pleno, nº 198/12, FJ. 9. (sobre el matrimonio homosexual).

Esta opinión interpretativa es mantenida hasta el presente, no realizando una interpretación al “alza”⁶⁹³ de acuerdo con la jurisprudencia expuesta del TEDH en cuanto art. 8 CEDH y del TJUE en relación al art. 7 CDFUE, sino que la realiza a la “baja”⁶⁹⁴. Entiende el TC el presente artículo desde la perspectiva de lo que aquí se analiza, como una dimensión de contenido adicional⁶⁹⁵, ampliado, distinguiendo entre intimidad personal/vida privada e intimidad familiar (art. 18.1 CE) y vida en familia y la intimidad familiar (art. 16.1 LO 4/00), señalando que estas últimas se conectan con la reagrupación familiar y la expulsión⁶⁹⁶, no con la protección o garantía reservada a la intimidad personal/vida privada e intimidad familiar frente a la acción de los demás (art. 18.1 CE). No aprecia el TC dicho artículo desde una postura vinculada directamente al derecho humano de la dignidad⁶⁹⁷, sino incardinada en la garantía del principio rector del libre

⁶⁹³ García Vázquez, S., (2015). “El Derecho Constitucional a la protección de la intimidad familiar...”, op. cit., p. 274. Santolaya Machetti, P., (2014). “El derecho a la vida privada y familiar...”, op. cit., pp. 437-438, 443-449. Ripol Carulla, S., (2014). “Un nuevo marco de relación entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *REDI* (Vol. 66, nº 1), pp. 11-53.

⁶⁹⁴ Jimena Quesada, L., (2018). “Extranjería y titularidad de derechos...”, op. cit., pp. 355-374. Considera el autor que la jurisprudencia del TC respecto al artículo en estudio es la baja p. 362. Una muestra de ello STC Sala 1ª, nº 140/09, FJ 6, el TC vuelve a distinguir el art. 18 CE del art. 8 CEDH, remitiendo la situación de arraigo familiar, en relación con el art. 39.1-4 CE no susceptible formalmente de amparo constitucional (art. 53.1 CE), en lugar, de con el art. 18.1 CE. (Previamente SSTC, Pleno, nº 236/07, FJ 11, luego ratificado mismo criterio en Pleno, nº 60/10, FJ 8.c, Pleno nº 186/13, más reciente ATC 40/17). Esta interpretación sostenida en el tiempo por el TC se refleja en la jurisprudencia de los tribunales ordinarios, (p. ej.), STSJA (Sede Málaga), Sala (Contencioso), Sec. 1ª, nº 2065/12 de 29-06-2012. Rec. 502/10.

⁶⁹⁵ Santolaya Machetti, P., (2014). “El derecho a la vida privada y familiar...”, op. cit., p. 437.

⁶⁹⁶ Simões de Almeida, C. S., (2015). *Familia a la Luz del Convenio...*, op. cit., 451-461. Santolaya, P. (2014). “El derecho a la vida privada y familiar...”, op. cit., 443-444.

⁶⁹⁷ Es importante tener en cuenta como el TC para otras materias y en otros asuntos ha señalado que el art. 18.1CE tiene estrecha relación con la dignidad humana (ruidos, silencio o paz medioambiental). SSTC, Sala 2ª, nº 231/88, de 2-12-1988, BOE nº 307, de 23-12-1988, FJ 3-4; Sala 2ª, nº 197/91, de 17-10-1991, BOE nº 274, de 15-11-1991, FJ 3; Pleno, nº 119/01, FJ 5. Más reciente STC Sala 1ª, nº 11/16 de 1-02-2016, BOE nº 57 de 7-03-2016, FJ 3 (reconocimiento de los padres a disponer de los restos humanos de su hijo para su enterramiento). En esencia en ellas señala que el derecho a la intimidad personal del art. 18.1 CE está estrictamente vinculado a la "dignidad de la persona" que implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás. Reconoce que el art. 10.2 CE es el punto conector para el reconocimiento de la doctrina convencional, en este caso del TEDH. Mientras que en las sentencias mencionadas *supra* relacionadas a dicho derecho respecto de los extranjeros, el TC se limita, por un lado, a decir que el derecho a la reagrupación no forma parte del contenido del derecho consagrado en el art. 18 CE, desatendiendo el art. 8.1 CEDH y la doctrina del TEDH que deduce de dicho artículo un "derecho a la vida familiar". Por otro lado, se limita a señalar que el derecho a la vida familiar como límite a un proceso de expulsión está sujeto a la existencia de unos lazos familiares reales, efectivos y preexistentes a la medida de expulsión. Señalando en estos casos que, a pesar de que esta cláusula del art. 10.2 CE no es de aplicación optativa sino que se constituye como una verdadera obligación-jurídico constitucional, también ha establecido que la misma no puede suponer una traslación automática o mimética de los pronunciamientos del TEDH. En este sentido Matia Portilla, F. J., (2020). “¿Los menores tienen un derecho a no ser separados de sus progenitores? Hacia una necesaria redefinición de la intimidad familiar constitucionalmente protegida”, en F. J. Matia Portilla & G. López De La Fuente, (Dirs.), *De la Intimidación a la Vida Privada y Familiar: Un derecho en construcción*, (pp. 276-282). Valencia: Tirant lo Blanch. Santolaya Machetti, P., (2013). “La apertura de las Constituciones a su interpretación conforme a los tratados internacionales”, en E. Ferrer Mac-Gregor, A. Herrera García. (Coords.). *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos: entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. (pp. 447-456). Valencia: Tirant lo Blanch.

desarrollo de la personalidad (art.10.1 CE)⁶⁹⁸, así como en cuanto a la protección institucional de la familia (art. 39.1-4 CE)⁶⁹⁹.

Por demás, los efectos de conexión del art. 18.1 con el art. 10.2 ambos de la CE y el art. 16.1 LO 4/00, en relación con el art. 13 CE, tampoco se ven por el TC con la misma intensidad en comparación con otros derechos fundamentales, señalando que la obligación-jurídico constitucional del art. 10.2 CE no supone una traslación automática o mimética de los pronunciamientos del TEDH, ni del resto de instrumentos de Convencionalidad (art. 16.3 DUDH, art. 21 PIDCP). En fin, la intimidad personal/vida privada e intimidad familiar (art. 18.1 CE), es visto sólo como garantía desde el punto de vista social, económico y jurídico de la familia (art. 39.1-4 CE), en especial en lo referido a los niños quienes gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos⁷⁰⁰. Manteniéndose así su posición diferenciadora en relación con art. 8 CEDH y art. 7 CDFUE.

Una expresión gráfica de la falta de ilación de la sistemática del TC sobre la intimidad personal/vida privada e intimidad familiar (art. 18.1 CE) en la materia en estudio lo tenemos en la tan mencionada STC 186/13 de 4-11-2013⁷⁰¹, la cual entiendo tiene una

⁶⁹⁸ Ryszard Kosmider, M., (2018). “El contenido jurídico del concepto del libre desarrollo de la personalidad con referencia especial a los sistemas constitucionales Alemán y Español”. *Revista de Derecho UNED*, (nº 23), pp. 667-706. Destaca el profesor Ryszard Kosmider que el libre desarrollo de la personalidad aparte de relacionarse con la libertad de acción del sujeto, es decir de expresarse libremente en la esfera externa y de iniciación y mantenimiento de relaciones sociales exentas de intromisiones, impedimentos y autocensura (la protección de la vida privada y social), consiste en poder desarrollar libremente y plenamente la esfera interna de lo psíquico, intelectual, cognitivo, artístico, emocional y espiritual de la persona, es decir, el vínculo estrecho con la dignidad (694-701). Siguiendo la sistemática interpretativa del profesor Kosmider se ha de tener presente el Informe 43º del Sistema de Informes Continuos sobre Migración de la OCDE. “Perspectivas de la migración internacional 2019, Capítulo 4, Vínculos familiares: cómo la reunificación familiar puede afectar la integración de los migrantes (pp. 167-208), y la necesidad de revisión de la literatura existente (p. 176).

⁶⁹⁹ Vargas Gómez-Urrutia, M., (2020). “Una clasificación de las salvaguardias que a la luz de la jurisprudencia del TEDH preservan la unidad familiar en el derecho a la reagrupación familiar” en F. J. Matia Portilla & G. López De La Fuente, (Dir.), *De la Intimidación a la Vida Privada y Familiar: Un derecho en construcción*, (pp. 283-312). Valencia: Tirant lo Blanch. Señala la profesora Vargas Gómez-Urrutia ratificando su criterio junto a Abarca Junco que la fórmula hermenéutica empleada por el TC es “*la óptica que mejor aún el respeto al principio constitucional de protección de la familia extranjera del extranjero que reside en España y su vida familiar*”, p. 295.

⁷⁰⁰ Matia Portilla, F. J., (2020). “¿Los menores tienen un derecho a no ser separados de sus progenitores? ...”, op. cit., pp. 231-282. Monereo, J. L. y Molina Navarrete, C., (2003). “Los derechos de los emigrantes en el marco de los derechos fundamentales de la persona: puntos críticos a la luz de la nueva reforma “pactada”. *Revista de Relaciones Laborales Lan Harremanak*, nº 1, pp. 99 y ss. García Macho, R., (2009). “Los derechos fundamentales sociales y el derecho a la vivienda como derechos funcionales de libertad”. *Revista Catalana de Dret Públic*. (nº 38), pp. 67 y ss.

⁷⁰¹ STC, Sala 2ª, nº 186/13, como se ha mencionado *ut supra*, aborda dichos temas, exponiendo que en los casos de expulsiones decretadas en aplicación del art.57.2 LO 4/00 han de valorarse las circunstancias del caso concreto, para ver si la expulsión y el sacrificio que conlleva la misma para la convivencia familiar es proporcional al fin que dicha medida persigue: asegurar el orden público y la seguridad ciudadana. Sin embargo, de la lectura sistemática de dicha sentencia llegados a su FJ 7 señala que el derecho a la vida familiar derivado de los arts. 8.1 CEDH y 7 CDFUE no es una de las dimensiones comprendidas en el derecho a la intimidad familiar ex art. 18.1 CE. Se han de ver en esta sentencia los votos particulares de los Magistrados Asua Batarrita y Valdés Dal-Ré que aluden a las obligaciones positivas del Estado. En este sentido, se puede ver comparativamente la citada STEDH, Sec. 3ª, asunto Saber y Boughassal c. España, la cual recuerda y señala al Reino de España su compromiso adquirido en el asunto GVA c. España (Dec.), Acuerdo Amistoso el 17-03-2015, en el cual el Gobierno español reconoce aplicar en el futuro la

falta de coherencia interna debido a que, por un lado, dice que realiza un análisis individualizado y proporcional de la adopción de la expulsión y el sacrificio que conllevaría la ruptura de la convivencia familiar en relación con otros valores de protección constitucional como son el orden público, la seguridad ciudadana y seguridad pública, mientras que, por otro, señala -como es conocido- su doctrina de que el derecho a la vida familiar no se encuentra comprendido dentro de las dimensiones interpretativas de la intimidad que refleja el art. 18.1 CE, remitiendo a la convivencia familiar y protección de la familia art. 39 CE. Cuestión que, como hemos visto, no se ha comportado así respecto a asuntos relacionados con materia medioambiental, entre otras.

No requiere mucho esfuerzo argumentativo, pues es más que objetivo que en otras especialidades el TC ha considerado sus decisiones que afectan a la intimidad personal/vida privada e intimidad familiar e hijos en conexión con la dignidad de las personas, así como que dichas decisiones se proyectan más allá de la vida privada o personal y que también influyen en el desarrollo libre de la personalidad como garantía para efectuar la libertad de acción, libertad de la vida privada e íntima, social psíquico, intelectual, cognitivo, axiológico, emocional, sentimental y espiritual de la persona⁷⁰². Esos mismos argumentos y fundamentos los podría aplicar respecto al art. 16.1 LO 4/00, en cuanto a “vida en familia y a la intimidad familiar”, no extendiéndolos rebuscadamente al apartado segundo del art. 16 LO 4/00, derecho a reagrupación familiar.

De la interpretación de las sentencias del TC se puede concluir que la intimidad personal/vida privada e intimidad familiar en la especialidad aquí estudiada no está en consonancia con la interpretación convencional de otros órganos judiciales internacionales, regionales y supranacionales, en cuanto:

1.- A que establece que el derecho a la vida privada y familiar en el sentido expuesto por la doctrina jurisprudencial convencional del art. 8.1 CEDH, no forma parte del elenco del contenido del art 18.1 CE sino que pertenece y se relega al principio rector social-económico-jurídico de protección institucional de la familia, art. 39.1-4 CE. Cuestión que no realiza de esa forma en otras especialidades, en las cuales sí incorpora el contenido del art. 8.1 CEDH.

El TC da mayor peso interpretativo al art. 18.1 CE desde la perspectiva de la reagrupación familiar (art. 16.2 LO 4/00). Hace la distinción entre la intimidad personal/vida privada e intimidad familiar del art. 18.1 CE y la “intimidad familiar” que señala el art. 16.1 LO 4/00 sobre la base de la reagrupación familiar. Delimitado ello puede afirmarse que: i) no explica el TC en ninguna de sus sentencias dónde está la diferencia entre estas dos “intimidades familiares” en relación con la dignidad humana; ii) no explica dónde está la diferencia o cuál es la diferencia en el ámbito propio y reservado frente de una intimidad y la otra, frente a la acción de los demás, cuando la intimidad corresponde a todas las personas por igual; iii) no se argumenta por el TC por qué realiza la conexión del art. 18.1 CE con el apartado 2 art. 16 LO 4/00, cuando su análisis pudo y puede ser sólo desde del apartado 1 del citado art. 16 LO 4/00 en cuanto a la “intimidad familiar”, además respecto a la “vida en familia” sobre la base del propio argumento sostenido en su sentencia Pleno nº 236/07 FJ 11 párrafo 4º, cuando invoca en su argumentación el art. 8 CEDH, en cuanto

interpretación del art. 57.2 LO 4/00, en combinación con el art. 57.5-b, bajo la luz y criterios del art. 8 del Convenio. Ello bajo la vigilancia efectiva de la jurisdicción ordinaria.

⁷⁰² Ryszard Kosmider, M., (2018). “El contenido jurídico del concepto del libre desarrollo de la personalidad...”, op. cit., p. 702.

a “derecho a la vida familiar” que comprende como uno de sus elementos fundamentales el disfrute por padres e hijos de su mutua compañía; iv) no se sustenta en el discurso de la sentencia del Pleno del TC nº 236/07 la diferencia entre la “vida en familia”, art. 16.1 LO 4/00, y “derecho a la vida familiar” del art. 8.1 CEDH; v) tampoco explicita el TC lo relativo a los arts. 16.3 DUDH y art. 23.1 PIDCP, en cuanto a que “la familia tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” (todo parece indicar que en su análisis toma la primera parte de ambos artículos -“la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad”-, para así poder conectar su argumentario con el contenido del art. 39 CE).

Puede ser plausible la interpretación del TC desde la perspectiva material de la residencia y la reagrupación familiar, es decir que una familia se pueda unir físicamente, materialmente en el tiempo y en el espacio. Visto desde esa óptica u opción, de regularización o *status* o situación administrativa del extranjero en España (art. 16.2 LO 4/00), el fundamento del TC tiene su valor de remisión al contenido del art. 39 CE, justificando así la conexión con este. Visto de esta forma, también se justificaría el análisis de que la intimidad familiar del art. 16.1 LO 4/00 no tiene ese contenido de protección del individuo, de resguardo de su ámbito de privacidad de acuerdo al art. 18.1 CE. No obstante a ello, dicho análisis puede ser sometido a otras reflexiones interpretativas, (p. ej.), desde la propia dignidad definida por el TC⁷⁰³ y el libre desarrollo de la personalidad (vista esta última en el desarrollo libre y pleno de la persona en su esfera interna de lo psíquico, intelectual, cognitivo, artístico, emocional y espiritual, es decir, el vínculo estrecho con la dignidad); por lo que la “*intimidad familiar como una dimensión adicional de la intimidad personal*” se podría analizar no sólo en los aspectos de la vida propia personal, sino que también “*se extiende a determinados aspectos y relaciones con otras personas con las que se guarde una personal y estrecha vinculación familiar, aspectos que, por esa relación o vínculo familiar, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del artículo 18 CE protegen*” (intimidad personal y familiar). [STC Pleno nº 236/07 FJ 11 párrafo 4º].

De modo que no se comprende que el TC señale que la CE salvaguarda absolutamente aquellos derechos y contenidos de los derechos que pertenecen a la persona como tal y no como ciudadano, aquéllos que son imprescindibles para la garantía de la mera condición de persona, de su dignidad humana y, por otro lado, proyecte la interpretación antes expuesta (reducida a la reagrupación familiar o *status* migratorio del extranjero, situación administrativa) y no realice una sistemática interpretativa hermenéutica axiológica que atienda a la conexión entre dignidad, intimidad personal/vida privada e intimidad familiar, derecho a la vida familiar, en cuanto a lazos familiares, personales, convivencia familiar, distanciamiento, muerte de familiares, pérdidas de hijos, entre miembros de una familia extranjera. Incorporando y cerrando el análisis desde la propia perspectiva del desarrollo libre de la personalidad en estrecho vínculo con la dignidad (con el alcance y definición dado *ut supra*).

Genera el propio TC una inseguridad jurídica interpretativa cuando justifica en unos casos la intimidad personal/vida privada e intimidad familiar y en otros no; afirmando que la misma se atiene a que son supuestos singulares (prohibición de transmisión autónoma o mimética de la jurisprudencia convencional), sin razonar axiológicamente con vocación

⁷⁰³ Como elemento intangible, que despliega conexiones, efectos más intensos del grado de interconexión con valor de la familia, valor espiritual y moral inherente a la mera condición de persona, ese “*mínimum*” invulnerable. STC, Pleno, nº 53/85, FJ 8.

de futuro el por qué en unos sí y en otros no, cuando la prohibición de transmisión autónoma o mimética de la jurisprudencia convencional debe ser igual para todos (en este sentido ver los votos particulares del ATC 40/17).

2.- Se aparta así el TC del diálogo entre tribunales, tanto a nivel regional como supranacional en cuanto al tema aquí tratado. Dentro del control abstracto de convencionalidad que realiza de los arts. 16.3 DUDH y art. 23.1 PIDCP, el TC lo realiza fragmentariamente, pues de ambos artículos todo parece indicar que analiza la primera parte de los mismos (“*la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad*”), no teniendo en cuenta la segunda parte (“*...y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado*”). Permite el art. 10.2 CE integrar a su doctrina la dinámica constructiva señalada al respecto.

3.-La posición interpretativa del TC al respecto genera inseguridad jurídica sobre la base reconocida por la LOPJ (art. 5.1), que establece que la jurisprudencia del TC es vinculante para los órganos judiciales ordinarios. Esto al ser cumplido por los órganos jurisdiccionales ordinarios, los mismos excluyen del ámbito del art. 18.1 CE el derecho a la vida privada familiar/intimidad de los extranjeros. No realizan dichos órganos otras de sus obligaciones, por un lado la interpretación de los Tratados y Convenciones y por otro el cumplimiento de la jurisprudencia vinculante del TJUE. No acogiendo la jurisprudencia del art. 8.1 CEDH y del art. 7 CDFUE. Ello a pesar de las sanciones al Reino de España.

En este sentido los órganos judiciales ordinarios nacionales tienen en su poder el instrumento jurídico idóneo para poder, como jueces competentes de dicho control, establecer las correspondientes cuestiones prejudiciales en los supuestos donde esté presente el DUE, concretamente cuando se invoque el art. 7 CDFUE o el art. 5 Directiva 2008/115/CE en relación con el art. 47 CDFUE⁷⁰⁴.

4.- No obstante, más recientemente, se aprecian matices en la citada línea interpretativa como en la STC Sala 1ª, nº 46/14, de 7-04-2014⁷⁰⁵, donde en su FJ 7 valora el art. 18.1 CE en un supuesto de denegación de renovación de autorización de trabajo y residencia por antecedentes penales. Lo destacable es precisamente que el análisis y ponderación del fondo del asunto es sobre unos hechos que nada tienen que ver con una expulsión o devolución; por tanto, aunque finalmente la estimación del amparo haya estado fundamentada a través de la falta de motivación reforzada del art. 24.1 CE, se ha valorado el ámbito del derecho a la intimidad familiar más allá de la expulsión, si bien de forma indirecta, reconoce el derecho a vivir en compañía de sus hijos menores.

Continúa a tiempo el TC de revisar las costuras dadas al respecto, pues las mismas cuentan con un grado de tensión que no están en correspondencia con los tiempos actuales. La fatiga de su anterior argumentación constructiva ha quedado a medio hacer, debido a que rechina en estos tiempos que los valores inherentes a las personas, incluidas los extranjeros, ese “*mínimum*” invulnerable, no sea tenido en cuenta en el contenido del art. 18.1 CE.

4.2-4-a)- El art. 18.4 CE. Protección de datos.

⁷⁰⁴ ATJUE, Sala 4ª de 19-05-2017, asunto Bélgica c. Max-Manuel Nianga, C-199/16.

⁷⁰⁵ BOE nº 111 de 7-05-2014, FJ 6-7.

En lo que concierne al art. 18.4 CE se analizará respecto a lo aquí investigado en relación al acceso a la información y datos sobre los extranjeros. Concretamente respecto al Derecho de la Información y todo lo concerniente con la denominada Sociedad de la Información, en relación con lo que aquí nos interesa, debemos verlo desde dos puntos de vistas. El primero, desde la visión del Derecho Administrativo de la Información, la gobernanza electrónica⁷⁰⁶, como parte del Derecho de la Información, es decir, todas aquellas normas relacionadas con la publicidad de la acción administrativa que genera a su vez una cierta ambivalencia, ya que por un lado, puede constituir una amenaza y por otro un aumento de la seguridad jurídica del derecho a la libertad y a la libre circulación. El segundo punto de vista, el comportamiento concreto de estos conceptos en la materia específica en estudio, es decir, desde un punto de vista sustantivo, como es la utilización de dichos datos, que van desde los datos de los propios expedientes administrativos en tramitación, así como de otras administraciones, (empadronamientos, cartas de invitación, etc.), así como aquellos datos que se encuentran en el Registro de Nombres de Pasajeros para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de delitos de terrorismo y delitos graves (LO 1/20 de 16-09-2020, en relación con Directiva (UE) 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27-04- 2016), o los datos que puedan existir en los propios registros de extranjeros (Registro Central de Extranjeros, RCE) y la función del mismo en correspondencia con la medida cautelar de anotación preventiva de demanda o de cualquier otra medida cautelar propiamente dicha (aspectos que se desarrollaran en la parte segunda, capítulo III, punto 2.1.f)-3- y en la tercera parte capítulo III, punto 3.3.8 de la presente investigación).

El art. 18.4 CE protección de datos garantiza a los extranjeros los derechos en relación con el mismo en igualdad de condiciones que los españoles. A lo igual que los demás derechos fundamentales no es un derecho absoluto, tiene sus propios límites. La promulgación de la LO 3/18, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales⁷⁰⁷, la cual es fruto de la adaptación a las nuevas circunstancias normativas al respecto, entre ellas, el art.16.1 TFUE, art. 8 CDFUE, así como el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27-04-2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos. La nueva LOPD, no permite a lo igual que la anterior comunicación indiscriminada de datos personales entre Administraciones públicas dado que, además, estos datos están en principio a afectos de finalidades concretas y predeterminadas que son las que motivaron su recogida y tratamiento (art. 6.e del Reglamento de la Unión mencionado y el art. 26 de la LO 3/18).

El TC se ha pronunciado sobre este derecho en múltiples ocasiones y desde diferentes aristas o bienes jurídicos protegidos. En lo relacionado con la presente materia tenemos la STC Pleno nº 17/2013 de 31-01-2013, la cual en su FJ, 3, 6, 9, interpreta dicho derecho,

⁷⁰⁶ BOE de 23-09-2020. Edición actualizada. Última modificación: 16-12-2019 Códigos electrónicos. Código de Administración Electrónica. Secretaría general de la Administración Digital. En la doctrina científica, Pitschas, R., (2012). “Derecho administrativo de la información. La administración pública y el tratamiento de la información y del conocimiento en la era del gobierno electrónico y de la web 2.0”, en J. Barnés Vázquez, E. Schmidt-Assmann, A. Vosskuhle, & L. J Parejo Alfonso, *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*. (Vol. II, 2ª Ed., Capítulo IV, pp. 193-250). Sevilla: Global Law Press, Derecho Global. INAP. El profesor Pitschas destaca dentro de la gobernanza electrónica la esfera de la seguridad pública, así como dentro de la teoría general del Derecho Administrativo de la Información se ha de incluir también las normas relativas a la publicidad de la acción administrativa, pp. 200, 218-219, 239.

⁷⁰⁷ BOE nº 294, de 6-12-2018.

considerando no declararlo vulnerado, en relación a la cesión de datos entre administraciones públicas, concretamente lo relativo al padrón municipal⁷⁰⁸ y lo relativo a los datos que tienen que ceder los transportistas, (aspectos estos que tratare de forma independiente más adelante).

En los tiempos actuales entiendo que la STC señalada *supra* se encuentra superada y en cierta medida cobran fuerza los razonamientos realizados en el aquel momento por los votos particulares de la misma. En este sentido el art. 18.4 CE debe verse a la luz del art. 8 CDFUE al momento de determinar el tratamiento de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley de los datos que se vayan a utilizar. Es decir, determinar en qué medida es leal tratamiento que se persigue con el objetivo de transferencia de datos entre las administraciones públicas, concretamente en cuanto a la información del padrón municipal. Determinar la causa de interés general, que pueda justificar o no, la injerencia en los datos de los extranjeros.

Recobra nueva fuerza la determinación de la obtención de datos tales como, nombres, apellidos y, en su caso, las direcciones de dichos titulares. Constituyen o no, estas transferencias de datos una injerencia en los derechos fundamentales de los extranjeros a la luz de la CDFUE. O el acceso debe permitirse limitadamente en el sentido y ámbito de la prevención general, descubrimiento y persecución de actividades administrativas dirigidas a la determinación de circunstancias de irregularidad administrativa o antes situaciones graves de seguridad nacional, orden público, seguridad pública, entre otras. Se vuelve a las mismas situaciones anteriores de la fina línea divisoria entre la vulnerabilidad y una discriminación indirecta sobre los extranjeros y la obtención de sus datos y fines, así como el control de la obtención de los mismos.

Esto nos conduce a retomar el cuestionamiento interpretativo realizado en la sentencia arriba citada. Quien es el poseedor y administrador de los datos y restos de requisitos de cuidado y protección de los mismos, para luego determinar si puede ser justificado o no, el acceso de otras autoridades públicas, como la Policía (Brigada de Extranjería), a dichos datos, y en qué medida. La respuesta por un lado parece ser clara, no se pueden obtener o transferir datos personales con carácter preventivo o medidas generales de prevención. Recordando cómo mismo ha sentado la jurisprudencia del TJUE, que las medidas de expulsión no pueden ser acordadas con fines preventivos en el ámbito de la extranjería⁷⁰⁹.

⁷⁰⁸ Ver en este sentido los votos particulares de la mencionada sentencia. Discrepancia con la mayoría en torno a los pronunciamientos relativos a la impugnación de la regulación del acceso por parte de la Dirección General de la Policía a los datos de los extranjeros inscritos en el padrón.

⁷⁰⁹ La virtualidad del tema se centra actualmente en la cuestión prejudicial planteada por el TC de Bélgica asunto C- 817/19 aún no resuelta al momento de depositar este trabajo, sobre tratamiento de datos personales y la libre circulación de estos datos, tratamiento de datos de los pasajeros y la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas. En este sentido, por analogía, véase, el dictamen del TJUE 1/15 (Acuerdo PNR UE-Canadá), de 26-07-2017, apdo. 124 y 126 y jurisprudencia allí citada. En cuanto a los conceptos y objetivos tratados se puede ver como ya ha declarado el TJUE, que la comunicación de datos de carácter personal a un tercero, como una autoridad pública, constituye una injerencia en el derecho fundamental consagrado en el art. 7 CDFUE, cualquiera que sea la utilización posterior de la información comunicada. Lo mismo puede decirse de la conservación de los datos de carácter personal y del acceso a esos datos con vistas a su utilización por parte de las autoridades públicas. A este respecto, carece de relevancia que la información relativa a la vida privada de que se trate tenga o no carácter sensible o que los interesados hayan sufrido o no inconvenientes en razón de tal injerencia (véanse, en este sentido, SSTJUE, de 20-05-2003, asunto Österreichischer Rundfunk y otros, C-465/00, C-138/01 y C-139/01, apdo. 74 y 75; de GS 8-04-2014, asunto Digital Rights Ireland y otros, C-293/12 y C-594/12, apdo.

Luego descendiendo a lo que nos interesa la problemática se cierne en aquellos supuestos en que los datos sean obtenidos o cedidos indebidamente y luego utilizados en determinadas actividades de control general, prevención y como resultado de ellas se generen actos de gravamen o sancionadores. Puede ser alegado este derecho en una solicitud de medida cautelar como situación invalidante o una actuación de vía de hecho y conformar los presupuestos de las medidas cautelares, especialmente el *fumus boni iuris*. La respuesta entiendo ha de ser positiva, ha existido un mal actuar de la administración, obtención o cesión de datos indebidamente lo que hace que el interés general perseguido se debilite, adquiriendo el *fumus boni iuris* intensidad suficiente para la adopción de la medida. No obstante, lo dicho se ha de esperar a la jurisprudencia que genere el asunto C- 817/19 ante el TJUE, pendiente de resolución al momento de presentar este trabajo.

4.2-4-b)- El art. 19 CE. Libertad de circulación de los extranjeros en el territorio nacional.

El art. 19 en lo que respecta a los extranjeros en España es un derecho de configuración legal⁷¹⁰. Es conocido el criterio del TC respecto a la libertad de circulación de los extranjeros en el territorio nacional⁷¹¹, la misma es limitada y depende del estatus administrativo del extranjero, aunque no se prohíbe expresamente⁷¹². Se interpreta el presente artículo en relación con el art. 10.1 y 13.1 ambos de la CE en cuanto a la libertad personal y circulación, dignidad humana, de acuerdo con su reconocimiento y atemperamiento en los tratados y a la ley (en este caso se encuentran regulada en art. 5 y art. 25 derecho a entrar a España, ambos LO 4/00 y art. 4 RD 557/11 respecto al régimen general de extranjería). En igual sentido este art. 19 CE está en estrecha relación con el art. 139.2 de la misma, cuando establece que “ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español”.

En lo que respecta a su vertiente de circular por el territorio nacional el apartado 1 del art. 5 LO 4/00 señala claramente que los extranjeros que se hallen en España cumpliendo los requisitos legales de estancia, residencia tendrán derecho a circular libremente por el territorio español y a elegir su residencia. A su vez en el apartado segundo señala las limitaciones, estado de excepción o de sitio por razones de seguridad pública, por

33 a 36, y de GS 6-10-2015, asunto Schrems, C-362/14, apdo. 87). Dichas operaciones son asimismo constitutivas de una injerencia en el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal garantizado por el art. 8 CDFUE, puesto que constituyen tratamientos de datos de carácter personal (véanse, en este sentido, la STJUE, Sala 4ª de 17-10-2013, asunto Schwarz, C-291/12, apdo. 25, más recientemente, STJUE, GS de 2-10-2018, asunto, C-207/16, apdo. 58 y 63). Al respecto González Pascual, M. I., (2014). “El TJUE como garante de los derechos en la UE...”, op. cit. pp. 943-971.

⁷¹⁰ SSTC Pleno, nº 236/07, FJ 12, el derecho a entrar en España no es un derecho fundamental del que sean titulares los extranjeros con apoyo en el art. 19 CE y Sala 1ª, nº 144/90, FJ 5.

⁷¹¹ Jover Gómez-Ferrer, R., Ortega Carballo, C., & Ripol Carulla, S., (2010). *Derechos Fundamentales...*, op. cit., pp. 75-89. Pérez Villalobos M. C., (2001). “Libertad de circulación y residencia”, en M. Moya Escudero. (Coord.). *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería (LO 4/2000 y LO 8/2000)*. (pp. 533-537). Granada: Comares.

⁷¹² STC, Sala 2ª, nº 107/84, FJ 3, en relación con el art 10.1 y 13 CE. Además SSTC, Sala 2ª, nº 99/85; Sala 1ª nº 94/93, FJ 2-3; Sala 1ª, nº 116/93, de 29-03-1993, BOE nº 107 de 05-05-1993, FJ 2; Sala 1ª, nº 242/94, de 20-07-1994, BOE nº 197 de 18-08-1994, FJ 4; Sala 1ª, nº 24/00, de 31-01-2000, BOE nº 54 de 03-03-2000, FJ 4; Sala 2ª, nº 169/01, de 16-07-2001, BOE nº 194 de 14-08-2001, FJ 4.a).y Sala 1ª, nº 72/05, de 4-04-2005, BOE nº 111 de 10-05-2005, FJ 4-9.

procedimientos sancionadores. Estas limitaciones se reflejan en un grupo de medidas limitativas, encontrando dichas limitaciones su regulación en el art. 61 LO 4/00, así como las mismas que señala el propio apartado segundo del art. 5 LO 4/00 presentación periódica ante las autoridades competentes [61.1-a) LO 4/00] y el alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente. Como señala el TC ninguna de estas medidas no afecta a la libertad personal, sino a la libertad de residencia y circulación proclamada por el art. 19 CE, (ver la STC 260/17). Otra forma de manifestación de limitación de libertad de circulación lo tenemos en las medidas establecidas por la Comisaria General de Extranjería y Fronteras (CGEF) a los solicitantes de protección internacional debidamente documentados en Ceuta y Melilla⁷¹³. (En lo que respecta a todas estas medidas limitativas de la libertad de circulación al ser aplicadas fundamentalmente a través de medidas cautelares administrativas, art. 61 LO 4/00 serán tratadas en la segunda parte de este trabajo).

En estrecha relación con libertad de circulación pero atendiendo a *status* migratorio de los CUE y sus familiares obligatoriamente hay que tener presente el DUE, en especial art. 21 TFUE y art. 45 CDFUE, el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los EM, regulado por la Directiva 2004/38/CE, traspuesta por el RD 240/07. En este derecho también se incluye pero desde una visión diferente la limitación⁷¹⁴ a la circulación y residencia. (En igual sentido que lo anterior las medidas limitativas de la libertad de circulación de los CUE y sus familiares son adoptadas fundamentalmente a través de medidas cautelares administrativas, art. 61 LO 4/00 en relación con el art. 15 del RD 240/04, serán tratadas en la segunda parte de este trabajo).

De la jurisprudencia constitucional citada sobre la eventual titularidad de derecho a la libre circulación y residencia de los extranjeros en España se pueden extraer inicialmente las siguientes consideraciones, i) la misma ha evolucionado en el sentido de separarse de una interpretación estrictamente gramatical de la Constitución optando, por una interpretación sistemática de la misma, ii)- se ha de considerar la condición de extranjero y su regularidad administrativa, iii)- siendo ello una condición que afecta al “*ejercicio*” del derecho y no a su “*titularidad*”⁷¹⁵, iv)- la ciudadanía de la Unión y sus familiares, su circulación y residencia, requieren obligatoriamente para el establecimiento de sus límites el análisis proporcional que exige el TFUE.

4.3- El art. 24 CE tutela judicial efectiva. La tutela cautelar.

⁷¹³ ATSM Sala (Contencioso) Sec. 1ª, de 23-04-2018. Pieza separada 1491/17, y Auto de la misma Sala y Sec. Pieza separada 562/18 de 23-05-2018, (y los autos allí citados Auto 196/18 de 27-06-2018, Auto 197/18 de 19-06-2018, Auto 276 de 27-06-2018. Derechos fundamentales. Suspensión cautelar de la decisión de no permitir el traslado, a la Península de los solicitantes de protección internacional debidamente documentados en Ceuta y Melilla ordenando a la CGEF indicar fecha y hora concreta para pasar a territorio peninsular. Este pronunciamiento del TSJM se suma a sus 18 sentencias sobre esta materia y a otras sentencias del TSJA, que además de reconocer el derecho de circulación por todo el territorio nacional a los solicitantes de asilo señalaba que la negación de su traslado a territorio peninsular suponía una vulneración de sus derechos fundamentales. Además, contra esta práctica también se han pronunciado el Defensor del Pueblo y ACNUR.

⁷¹⁴ Quicios Molina, M. S., (2014). “Los límites de la expulsión administrativa de extranjeros con hijos menores de edad españoles por aplicación del artículo 57.2 de la LO 4/2000, de 11 de enero. El caso de la STC 186/2013, de 4 de noviembre”. *Derecho Privado y Constitución*. (nº 28), pp. 311-354. Arrese Iriondo, Mª. N., (2014). “La nueva dimensión de la ciudadanía de la Unión...”, op. cit., pp. 179-208.

⁷¹⁵ García Vázquez, S., & Goizueta Vértiz, J., (2007). “Un análisis en clave constitucional del régimen jurídico de los extranjeros en España...”, op. cit., pp. 257-278.

El art. 24 CE (tutela judicial efectiva) es esencial para nuestro estudio, porque en unión de los arts. 47 CDFUE y los arts. 6 y 13 del CEDH configuran el acceso a la jurisdicción y al sistema de recursos que prevea el legislador⁷¹⁶. Dentro de la tutela judicial efectiva se encuentra la tutela cautelar (precautelar⁷¹⁷, provisionalísimas⁷¹⁸ o cautelarísima⁷¹⁹). La cual está regida por el principio de legalidad y la defensa a un proceso público sin dilaciones indebidas⁷²⁰ y con todas las garantías, dentro de su contexto de cognición limitada⁷²¹. En la actualidad dicha tutela cautelar rebasa la función más tradicional de procurar la equidad, contrarrestando el lapso de tiempo necesario para obtener el pronunciamiento judicial y asegurar, en último término, el resultado final del proceso, enlazando de forma directa con otros aspectos de indudable y medular importancia constitucional, como es el propio contenido y garantías del derecho subjetivo en cuestión y el *petitum* sobre la protección del mismo.

El art. 24 CE condiciona el contenido de los arts. 20 y 21 LO 4/00, los cuales regulan el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho de acceso a la jurisdicción y el derecho al recurso respecto de los extranjeros⁷²², estos a su vez en relación con los mencionados arts. 6 y 13, del CEDH, art. 41, 47 y 48 CDFUE y los arts. 129 y ss. LJCA⁷²³, que integrarían

⁷¹⁶ SSTC, Sala 2ª, nº 57/84 de 8-05-1984, BOE nº 128 de 29-05-1984; Sala 1ª, nº 17/85, de 9-02-1985, BOE nº 55 de 5-03-1985, FJ 2-3; Sala 2ª, nº 99/85, FJ 4; Pleno, nº 115/87, FJ 4; Sala 2ª, nº 78/96, FJ 3; Sala, 2ª, nº 199/98; Pleno, nº 95/03, de 22-05-2003, BOE nº 139 de 10-06-2003, FJ 4; Pleno nº 236/07, FJ 12; Pleno nº 259/07, FJ 8; Pleno, nº 17/13, FJ 2. Todas ratifican de una forma u otra el derecho de acceso a la jurisdicción y la configuración legal del acceso al recurso. Destacan que las normas que contienen los requisitos formales para acceder a los recursos establecidos por el legislador han de ser aplicadas teniendo siempre presente el fin pretendido al establecer dichos requisitos, evitando cualquier exceso formalista. El derecho a la tutela judicial efectiva no un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, sino un derecho de prestación que sólo puede ejercerse por los cauces que el legislador establece o, dicho de otro modo, es un derecho de configuración legal; pero ni el legislador podría poner cualquier obstáculo a tal derecho fundamental, pues ha de respetar siempre su contenido esencial (art. 53.1 CE), ni nadie que no sea el legislador puede crear impedimentos o limitaciones al derecho a la tutela judicial cuyo ejercicio "sólo por Ley" puede regularse (art. 53.1 CE).

⁷¹⁷ Sanz Gandásegui, F., (1995). "¿Medidas provisionalísimas en el proceso contencioso administrativo? (Comentario a los Autos del Tribunal Supremo de 2 y 19 de noviembre de 1993)". *RAP*, (nº 138), pp. 183-201.

⁷¹⁸ Rodríguez-Arana Muñoz, J., (1998). "Comentario a los artículos 133 a 135 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998". *REDA*, (nº 100), pp. 886-890.

⁷¹⁹ Calonge Velázquez, A., (1999). "Medidas cautelares de urgencia. Algunos problemas de interpretación del artículo 135 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa". *La Ley*, (T. V), pp. 1847-1850.

⁷²⁰ Meilán Gil, J. L., (2001). "La aplicación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en el marco del derecho a la tutela judicial efectiva", en VV.AA. *El procedimiento administrativo y el control judicial de la Administración pública: VI Jornadas Hispano-Argentinas de Derecho Administrativo en homenaje al profesor Laureano López Rodó*. (pp. 19-38). Madrid: INAP.

⁷²¹ STC, Sala 2ª, nº 148/93 de 29-04-1993, BOE nº 127 de 28-05-1993, FJ 4 y 6.

⁷²² González García, J. M., (2010). "Algunas cuestiones sobre el derecho a la tutela judicial efectiva de los extranjeros a la luz de la jurisprudencia constitucional y de la Ley Orgánica 2/2009". *Teoría y realidad constitucional*. (nº 25). UNED, pp. 515-541. Jover Gómez-Ferrer, R., Ortega Carballo, C., & Ripol Carulla, S., (2010). *Derechos Fundamentales...*, op. cit., pp. 233-237, 245- 272. Esquembre Valdés, M., (2001). "Comentario al Art. 20", en J. Asensi Sabater. (Dir.). *Comentarios a la Ley de Extranjería*. (pp. 185 y 186). Zaragoza: Edijus.

⁷²³ Ruiz Piñero, F.L., López De La Riva Carrasco, F., & Garrido Bengoechea, L. A., (2008). *Las Medidas Cautelares en la Ley 29/1998, de 13 de Julio, de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*. *Análisis*

en un todo la sistemática normativa al derecho a la tutela cautelar de los extranjeros -con independencia de su situación administrativa- al ser un derecho inherente a las personas, y el control jurisdiccional que ejercen los jueces y los tribunales sobre la actividad administrativa, ex art. 103 y 106.1 CE.

Las medidas cautelares en estudio hay que verlas desde dos dimensiones: i) el contenido constitucional propiamente dicho, esto es, la protección e interrelación de los derechos fundamentales, su alcance, sentido e intereses legítimos como derechos subjetivos de los extranjeros protegidos y canalizados por el art. 24.1 CE, unido a la función del legislador de disponer dentro de los parámetros y del canon de constitucionalidad dicho alcance, sentido, límites, presupuestos y factores que marcan en última instancia su operatividad en su régimen procesal y ii) su carácter funcional, su eficacia⁷²⁴ y efectividad, en tanto que está vinculada a la potestad jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, ex art. 117.3 CE⁷²⁵, atribución que encuentra su concreción por lo que afecta en particular al ámbito administrativo en el art. 106.1 CE.

Dentro de la dimensión referente al contenido constitucional, vuelvo a retomar la función del legislador. Donde hay dos aspectos a distinguir. El primero, que defino como temporal o histórico y el segundo, el obligacional. En cuanto al primero (temporal o histórico), referido concretamente a la LJCA: cuando se redactó -y luego tras el correspondiente trámite de aprobación y entrada en vigor-, no existían cuestiones o situaciones jurídicas de naturaleza tan compleja a las cuales hoy se enfrenta la tutela cautelar⁷²⁶, entre ellas, la migratoria. En esta propia dimensión constitucional temporal de la LJCA, fueron objeto de debate temas como la actuación o no de oficio del órgano jurisdiccional, yendo más allá del principio de congruencia⁷²⁷ y adoptar medidas cautelares no propuestas por las

doctrinal y jurisprudencial. (2ª Ed.). Cizur Menor: Thomson Aranzadi, pp. 16-35. Teso Gamella, P. M., (2007). *Medidas Cautelares...*, op. cit., pp. 33-43 y 201-225.

⁷²⁴ Fernández Torres, J. R. (2019). “Eficacia de las Sentencias en lo Contencioso Administrativo”, en F. López Ramón & J. Valero Torrijos, *Actas del XIV Congreso de la AEPDA: 20 años de la Ley de lo de lo Contencioso-Administrativo*. Congreso (14º/2019. Murcia), (pp. 405-442). Madrid: INAP. El autor tras un análisis crítico sobre la eficacia, calidad, efectividad y eficiencia de la justicia administrativa concretamente de las sentencias y su ejecución, señala que entre otros factores, la eficacia de dicha justicia administrativa depende de unas medidas cautelares ampliadas y adecuadas. Dicho análisis crítico lo hago extensivo concretamente a las medidas cautelares en la materia en estudio.

⁷²⁵ García Llovet, E., (1998). “Tutela cautelar y Jurisdicción Contenciosa. Los Fundamentos constitucionales”. *Repertorio Aranzadi Tribunal Constitucional*. (nº 4), pp. 293-320.

⁷²⁶ Martín Rebollo, L., (1986). “El anteproyecto de Ley de lo Contencioso Administrativo y su contexto histórico: de la Ley de 1888 a la situación actual”. *Documentación Jurídica*. (nº 51), pp. 699-719.

⁷²⁷ Terrero Chacón, J. L., (2006). “Medidas cautelares”, en E. Arnaldo Alcubilla, & R. Fernández Valverde. (Dir.). *Jurisdicción Contencioso-Administrativa, (Comentarios a la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. (2ª Ed. 1079 a 1135). Madrid: La Ley, (quien defiende la no aplicación del principio). Torres Fernández, J. J., y Medina Guijarro, J., (1999). “Comentario sobre la regulación de las medidas cautelares...”, op. cit., p. 98, señalan referente al citado principio que los operadores jurídicos, al momento de la solicitud de las medidas cautelares es razonable que se exija un esfuerzo mínimo de concreción determinando la medida o medidas solicitadas y razonando su congruencia con la pretensión ejercitada, con pleno respeto, eso sí, a las coordenadas propias del debate cautelar, alejado de las cuestiones de fondo objeto del proceso, o a la utilización de este instrumento jurídico de mala fe. Es a partir del posible objeto del proceso y del tipo de pretensión ejercitada que se ha de sentar unas bases que faciliten a los órganos jurisdiccionales y a las partes la elección de la clase de medida cautelar que puede solicitarse y adoptarse en cada caso, así como sus límites. Defienden este último criterio González-Varas Ibáñez, S., (2020). “Sexta Parte. Disposiciones comunes a los Títulos IV y V. Capítulo XLVII. Medidas cautelares...”, op. cit. Fenor de la Maza y Córnicide Quiroga, Á., (1997). *Nuevas perspectivas en el proceso*

partes. Este factor temporal no permitió en aquel momento analizar nuevas situaciones o perspectivas, (p. ej.), del principio de no devolución, por existencia de situación de riesgo real medioambiental o de situaciones excepcionales de muerte real, hambruna, etc. Sin lugar a dudas, en el momento de la redacción, aprobación y entrada en vigor de la LJCA⁷²⁸, las preocupaciones del legislador eran otras como las de imprimir al incidente cautelar la máxima simplicidad, celeridad y garantías⁷²⁹.

En cuanto al segundo aspecto distintivo, el obligatorio dentro del contenido constitucional el legislador, en sentido general y en el caso concreto del Derecho de Extranjería como he señalado *ut supra*, no se encontraba marcado y definido por el DUE⁷³⁰, sino por los propios límites señalados por la CE (ha quedado claro para el legislador -y esperemos que pacífico- que es contrario al contenido esencial del derecho a la judicial efectiva y a la tutela cautelar que el mismo prohíba de un modo absoluto la suspensión de un acto o norma emanados de una autoridad pública, porque, en definitiva, está impidiendo que se pueda plantear ante un juez el control de la ejecutividad y en su caso de ejecutoriedad de ese acto)⁷³¹.

Lo señalado en cuanto al DUE es significativo tenerlo presente por su carácter obligatorio, atendiendo a los principios antes mencionados de cooperación leal, equivalencia, efectividad, margen de maniobra de los EM y autonomía procesal, entre otros. Ello quiere decir que si el ordenamiento del DUE respecto de las medidas cautelares o provisionales marcan una regulación específica y el margen de autonomía procesal es reglado, mínimo o nulo, el EM deberá - de acuerdo con los principios ya mencionados- cumplir con lo dispuesto por la norma europea⁷³² o en su caso impugnar dicha norma al

contencioso-administrativo las medidas cautelares. Madrid: Montecorvo, p. 327. Criterio que se comparte, pero lo que no debe ser admitido en la actualidad es, (p. ej.), criterios jurisprudenciales como los de la STS Sala 3ª de 14-06-2001, Rec. 7963/99, donde se señala que la regularización del extranjero posterior a un proceso de expulsión, no debía ser admitida evitándose así que aquella solicitud sea utilizada fraudulentamente para blindar su permanencia en España. Fundamentaciones como estas y otras que se verán denotan un análisis lógico jurídico rebuscado que ataca al principio de la congruencia. Aspectos en los que se profundizará en la tercera parte.

⁷²⁸ Barcelona Llop, J., (1993). “¿Pero de verdad existe la tutela judicial cautelar en el orden contencioso-administrativo?”, en VV.AA. *Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez*. (Vol. I, pp. 89-122). Universidad de Cantabria: Facultad de Derecho. Chinchilla Marín, C. M., (1993). “El Derecho a la Tutela Cautelar como garantía de la efectividad de las Resoluciones Judiciales”. *RAP*, (nº 131), pp.167-189. García De Enterría Martínez-Carande, E., (1992). “Reflexión sobre la Constitucionalización de las medidas cautelares en el contencioso-administrativo”. *REDA*, (nº 76), pp. 615-634.

⁷²⁹ Santamaría Pastor, J. A., (2010). *La Ley reguladora de la Jurisdicción...*, op. cit., pp. 1295 y ss.

⁷³⁰ Montesinos Padilla, C., (2017). *La Tutela Multinivel de los Derechos desde una Perspectiva Jurídico-Procesal...*, op. cit., pp. 244-245.

⁷³¹ STC, Pleno, nº 115/87 (en cuanto a la declaración de inconstitucionalidad del art. 34 LO 7/85, “en ningún caso podrá acordarse la suspensión”); Pleno, nº 238/92, de 17-12-1992, BOE nº 17 de 20-01-1993; Pleno, nº 236/07. De estas sentencias citadas destaco la nº 238/1992 que en su FJ 4, remitiendo a la STC, Pleno, nº 14/92, de 10-02-1992, BOE nº 54, de 03-03-1992, FJ 7º, señala 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 Iª del Capítulo II del Título 1 de la Constitución. 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.

⁷³² Campos Sánchez-Bordona, M., (1999). “La tutela cautelar de los derechos con origen en el ordenamiento comunitario”, en M. Campos Sánchez-Bordona. (Dir.). *Medidas cautelares en la Jurisdicción Contencioso-*

ser contraria a las garantías del derecho interno, o plantear la cuestión prejudicial de validez o la de interpretación.

Lo expuesto conlleva a señalar que la concepción de la construcción del sistema vigente en la LJCA sobre la tutela cautelar -que gira en torno al criterio de asegurar el resultado del recurso y la sentencia (y en el caso de la administración, en asegurar la ejecución de la resolución administrativa)- se ve plenamente matizado por el DUE, lo que significa que su cimentación constructiva tendrá obligatoriamente que incorporar nuevos pilares provenientes del DUE.

La segunda dimensión, esto es, el carácter funcional y la eficacia de las medidas cautelares en la materia en estudio, hay que remontarse obligatoriamente a la derogada Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona (art. 6-10). Respecto a dicha derogación hay que señalar dos cuestiones que son de gran calado por su repercusión en la actualidad y su influencia en el actuar de los operadores jurídico. Una de ellas es lo referido a que dicha norma estaba en plena correspondencia con la doctrina del TEDH y la interpretación del art. 13 CEDH, respecto al efecto suspensivo automático⁷³³ del recurso. Coincidió con parte de la doctrina científica citada en que dicha derogación ha sido una regresión que ha repercutido directamente en la salvaguarda de las garantías de los derechos fundamentales, en específico en lo que es la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales. La segunda cuestión es lo referente a la crítica por parte de la doctrina científica⁷³⁴ y la jurisprudencia generada por el TS⁷³⁵ respecto a Ley 62/78 aplicada a la

Administrativa. (pp. 67-108). Madrid: CGPJ. De la Sierra Morón, S., (2004). *Tutela cautelar contencioso-administrativa y Derecho europeo...*, op. cit., pp. 127 y ss.

⁷³³ Se ha de recordar que la Ley 62/78 mantenía a su vez el principio de autotutela ejecutiva como regla general y en su regla del apdo. 5 según la cual la interposición del recurso suspendía automáticamente la resolución administrativa cuando se tratara de sanciones. Santamaría Pastor, J. A., (2010). *La Ley reguladora de la Jurisdicción...*, op. cit., pp. 1185-119.

⁷³⁴ Conde Martín de Hijas, V., (1998). “La dimensión constitucional de la jurisdicción contencioso-administrativa”, en E. A. Alcubilla & R. Fernández Valverde. (Dir.). *Comentarios a la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. (p. 76). Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados. Señala la “distorsión del sistema” que supuso la utilización de este proceso especial a fin de plantear en él cuestiones de infracción de la legalidad ordinaria.

⁷³⁵ STS Sala 3ª, Sec. 7ª, nº 1855/97 de 14-03-1997 Rec. 6994/93, FD 3, en esencia la doctrina jurisprudencial generada (ATS, Sala 3ª, Sec. 3ª, nº 3527/91 de 8-05-1991, entre otros), basada en la aplicación del principio de unidad de doctrina señala que “Si bien en alguna ocasión hemos afirmado que la alusión genérica a la perturbación que para la regularidad del mercado de trabajo y los derechos de los trabajadores españoles y de los extranjeros legalmente establecidos supondría que se suspendiera la ejecución de actos administrativos similares al que constituye el objeto de este proceso era insuficiente para justificar la posibilidad del perjuicio grave para el interés general al que se refiere el art. 7.º de la Ley, sin embargo, nuestro criterio más reciente es el de entender que, dada la cantidad de casos en los que la expulsión podría ser demorada mediante la suspensión acordada jurisdiccionalmente, existe un peligro real de que si se accede a ella como norma general se produzca una auténtica alteración de aquella regularidad. Por eso consideramos que debemos revocar el Auto apelado, al no concurrir en este caso ninguna circunstancia específica que determine que nos apartemos del criterio mencionado” ... “La notoria multiplicación de procesos interpuestos por el cauce de la Ley 62/1978 contra actos gubernativos de expulsión de extranjeros, decretados en aplicación de la Ley de Extranjería 7/1985, determina que, si se siguiera la regla general de suspensión del acto impugnado prevista en el art. 7 de la citada Ley 62/1978, se frustraría prácticamente la finalidad de la Ley de Extranjería, con el consiguiente perjuicio para el interés general implícito en esta Ley. De ahí que, siguiendo el criterio mantenido por esta Sala en casos similares al actual, deba entenderse que procede la excepción prevista en el nombrado art. de la Ley 62/1978, y, en consecuencia, que debe revocarse la resolución judicial apelada, y denegarse la suspensión.”. A su vez

materia en estudio. Ambas cuestiones señaladas -respecto a Ley 62/78-, en cierta medida han sido negativas, regresivas, nada garantistas y atentatorias con los principios de un Estado Democrático y de Derecho. Dichos criterios subyacen hasta la actualidad⁷³⁶, manifestándose a través de la jurisprudencia de la siguiente manera:

1.- Que al establecer el art. 7.4 Ley 62/78 el criterio general de la suspensión del cumplimiento del acto impugnado, esta regla general pone en peligro real, con perjuicio grave, el interés general de la ejecución del acto. Dijo el TS al respecto que de no establecerse una excepción a dicha regla general se frustraría prácticamente la finalidad de la Ley de Extranjería, se produciría una auténtica alteración de dicha ley, con el consiguiente perjuicio para dicho interés general implícito en la misma sobre la ejecutoriedad inmediata de los acuerdos de expulsión de extranjeros del territorio nacional.

2.- Lo anterior se debía a la notoria multiplicación de procesos interpuestos por el cauce de la Ley 62/78, o la cantidad de casos interpuestos solicitando la suspensión del acto. La utilización de este argumento denota una preocupación no sólo del pasado, sino también del presente. Este argumentario ha continuado siendo a lo largo de todo estos tiempos hasta la actualidad⁷³⁷ una realidad de los fundamentos de derecho de muchas sentencias. La preocupación se extiende al futuro, sin solución real y objetiva a pesar de todas las medidas de agilización procesal implementadas.

No obstante, considero que el problema no está en la notoria multiplicación de procesos, ya sean por el cauce especial o el ordinario. Ello son las consecuencias. El problema del

dicha doctrina tuvo sus excepciones a través de la acreditación del arraigo, entre ellas, SSTS Sala 3ª Sec. 7ª, nº 958/98 de 13-02-1998 Rec. 5562/96; Sec. 6ª, nº 2041/00 de 14-03-2000, Rec. 5598/96; Sec. 6ª, nº 1772/01 de 6-03-2001, Rec. 7538/97; Sec. 7, nº 2285/01 de 20-03-2001, Rec. 8552/96. Estas últimas en correspondencia con el pronunciamiento del Consejo de Estado en su Dictamen 503 de 15-06-1995 respecto del Anteproyecto de Ley de la Jurisdicción del año 1995, cuando señaló, “*afirmado el avance, conceptual y práctico, que supuso la Ley 62/1978, cabe hacerse eco de los excesos y abusos a que ha podido prestarse. Pero la conciencia de estos no ha de dar lugar a soluciones regresivas, sino a prevenirlos con medidas eficaces...*”.

⁷³⁶ Informes año 2016-2020, González Alonso, A., “Análisis del Funcionamiento del Proceso Especial de Tutela de los Derechos Fundamentales”, en S. Díez Sastre (Dir.). C. Martínez Sánchez (Coord.). *Informes sobre la Justicia Administrativa*. Centro de Investigación sobre Justicia Administrativa de la Universidad Autónoma de Madrid (CIJA-UAM). La autora en los cuatro informes refleja el comportamiento de los indicadores en la materia en estudio en el proceso especial, señalando en el Informe del 2020 como resultado comparativo con los cuatro anteriores que los procesos en los que instó la tutela cautelar es ciertamente insignificante (pp. 203-204).

⁷³⁷ González Alonso, A., (2018). “Análisis del funcionamiento del Proceso Especial de Tutela de los Derechos Fundamentales”, en S. Díez Sastre. (Dir.) & C. Martínez Sánchez. (Coord.). *Informe sobre la Justicia Administrativa 2018. Tributos, Contratos Públicos, Responsabilidad Patrimonial, Derechos Fundamentales, Personal de la Administración, Protección de Datos y Transparencia*, (pp. 25-32 y 183-213). Madrid: CIJAUAM. Rivero Ortega, R., (1998). “Medidas cautelares innominadas en lo contencioso administrativo”. *REDA*, (nº 98), pp. 271-280. Dicho autor señaló desde esas tempranas fechas que los órganos jurisdiccionales eran unos “congeladores de disputas” (p. 278), atendiendo a los años de plazo de tramitación y resolución de recursos. Ya en el año 2007, el Informe del CGPJ valora el trabajo de los juzgados de lo contencioso administrativo y en general la jurisdicción contenciosa, y señala específicamente el colapso en la materia de extranjería que representaba el 70% de los asuntos que llegan a estos juzgados (destacándose negativamente las Comunidades de Madrid, Valencia, entre otras), repercutiendo precisamente en las solicitudes de medidas cautelares y el *periculum in mora*. La Memoria Anual 2018 del CGPJ, correspondiente al ejercicio 2017, ofrece, pp. 398 y ss., datos e indicadores concretos en relación con la jurisdicción contencioso administrativa. Vid. nota anterior. Todo ello continúa siendo una realidad actual en este año 2021.

aumento o disminución de los asuntos o radicación de los mismos responde a múltiples factores, entre ellos, y en lo que aquí nos interesa serían: i) el actuar correcto de la Administración (art. 103 CE en relación con art. 41 CDFUE y art. 6 CEDH, debido proceso/proceso equitativo), ii) un sistema de control previo al jurisdiccional, por autoridad independiente e imparcial con todas las facultades, o sea mecanismos de control y corrección de la actividad administrativa previos a la jurisdiccional con efectividad y eficacia en la resolución de los recursos administrativos que repercutan en una respuesta efectiva⁷³⁸, recursos con efectos suspensivos (art. 13 CEDH y art. 47 CDFUE). No existe en la especialidad en estudio un sistema de evitación⁷³⁹ de los litigios contencioso-administrativos o visto de otra forma, no existe un órgano de control con funcionalidad independiente, imparcial a la Administración que resuelva recursos en la vía administrativa de manera efectiva y eficaz (sin que sea un recurso de control jerárquico), que pueda ejercer los mecanismos de control necesarios sobre la misma, sin necesidad de recurrir desde el primer momento al recurso jurisdiccional.

Críticamente se ha de señalar que el argumentario de limitar los efectos de un sistema de recursos por la notoria multiplicación de procesos, ya sean por el cauce especial u ordinario, no puede ser admisible y aún menos causa de justificación empleada por los órganos jurisdiccionales, incluso por el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria en una sociedad democrática. No se puede responsabilizar al ciudadano, en este caso a los extranjeros, causantes de tal aumento de radicación de asuntos. En otras palabras, tal argumentario es como si fuera una especie de abuso de derecho del extranjero, cuestión que entraría en contradicción en un Estado de derecho. Entiendo que no existe tal abuso de derecho. Todo lo contrario, el uso del sistema de recursos jurisdiccional contencioso administrativo es fruto de la cultura democrática difundida por el Estado social y de Derecho, que ha contribuido a situar la justicia en primer plano⁷⁴⁰ (jurisdiccionalización de nuestra realidad).

Otro enfoque puede ser posible, visto desde tres puntos diferentes: i) son en todo caso las Administraciones intervinientes en la materia de extranjería, las que aún continúan incumplimiento su deber-obligación de buena administración, al ejercer una autotutela reduplicativa o en segunda potencia⁷⁴¹ que sigue respondiendo a su sacrosanto principio

⁷³⁸ Domínguez Martín, M., (2016). “El sistema de justicia administrativa y la incidencia de los mecanismos administrativos de control en la Jurisdicción Contencioso- Administrativa: reforma y necesidades”, en J. Agudo González (Dir.). *Control Administrativo y Justicia Administrativa*, (pp. 81-101). Madrid, INAP.

⁷³⁹ Informe explicativo y propuesta de Ley de eficiencia de la LJCA. Ministerio de Justicia, 2013. Informe elaborado por la Sección Especial para la reforma de la LJCA. Comisión General de Codificación, Orden Ministerial de 11-07-2012.

⁷⁴⁰ Fernández Rodríguez, T. R., (1996). “Una revolución de terciopelo que pone fin a un anacronismo (la Ley de 8 de febrero de 1995 y las nuevas reformas del contencioso francés)”. *REDA*, (nº 91), pp. 385-402. El autor expresó que la “cultura difundida por el Estado social, que ha contribuido a situar la justicia en primer plano, al mismo nivel que la enseñanza o la sanidad”, (p. 396), sería una fuente de creciente aumento y constante progresión del número de asuntos que se radiquen en los órganos jurisdiccionales.

⁷⁴¹ Me refiero a la autotutela en segunda potencia o reduplicativa, desde dos puntos de vista: i) la potestad sancionadora directa de la Administración en la ejecución forzosa a través de otros mecanismos de coacción. Reforzamiento propiamente dicho de su autotutela reduplicativa, de autoprotección de la Administración en la presente materia, ineficacia de los recursos que se interponen, realizándose justificaciones materiales muy cuestionables, (aspectos que veremos más adelante) y ii) la inefectividad de la interposición preceptiva de recursos de alzada en vía administrativa previas antes de permitir el acceso a los Tribunales (dichos recursos en la presente especialidad son inefectivos) que hacen que la primera se potencie aún más.

de presunción de veracidad, que no promueve sus propias reconsideraciones de oficio o reexamine su posición respecto a los recursos administrativos que interponen los interesados o respecto a su ejecutividad y ejecutoriedad forzosa de los actos o a las coacciones que recurre; ii) la no existencia de autoridad independiente e imparcial de control administrativo previo al jurisdiccional, iii) que sean los órganos jurisdiccionales los que a través de su control hagan ajustado a derecho la autotutela de la administración⁷⁴².

3.- Siguiendo la estela de los criterios que subyacen hasta la actualidad, el TS luego matiza y señala que la doctrina de la inmediata ejecución del acto tiene una excepción y es cuando la persona afectada por la orden de expulsión tiene arraigo en España por razón de sus intereses familiares, sociales o económicos, lo que da lugar a que la efectividad de la expulsión produzca al interesado unos perjuicios de difícil reparación, que afectan en parte a la esfera personal de sus derechos. En tales casos el perjuicio grave al interés general cuando concurren dichas especiales circunstancias debe ceder ante los perjuicios concretos que la inmediata expulsión produciría al extranjero, dada su situación de arraigo en nuestro país.

Los argumentos utilizados por el TS en dicho momento fueron poco garantistas, contradictorios, protectores del poder administrativo y limitadas sus matizaciones solo a los procedimientos sancionadores, olvidando que en la disciplina en estudio existen actos de gravamen de tal intensidad o superior a los daños y efectos irreversibles de una expulsión. No es comprensible que si la Ley 62/78 en su contenido esencial era la garantía de la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, el Alto Tribunal diga que la notoria multiplicación de procesos o la cantidad de casos interpuestos sea motivo de la excepción a la suspensión.

Las observaciones anteriores sobre el carácter funcional y la eficacia de las medidas cautelares y su relación con la derogada Ley 62/78 se pueden extrapolar al presente con la siguientes matizaciones: i) la tendencia de radicación de asuntos de extranjería se sigue manteniendo hasta nuestros días, ii) actualmente el TS tiene con el nuevo recurso de casación una importante función nomofiláctica y de *ius constitutionis*, iii) por demás es la última instancia de la jurisdicción ordinaria para establecer la cuestión prejudicial. Por lo que de volver a sostener dichos razonamientos -la notoria multiplicación de procesos como motivo de la excepción a la suspensión- en la actualidad sería un debilitamiento al principio de seguridad jurídica y al Estado de Derecho. De llegar a repetirse dichos razonamientos, quedaría el TC, el TEDH y los Comités de los diferentes instrumentos internacionales.

A su vez, la restricción del carácter funcional de la medida cautelar también se pronuncia en cuanto a que se supone que habilita al órgano jurisdiccional no solamente para suspender la ejecutividad del acto administrativo –ejecutoriedad-, sino también para que se puedan adoptar cualquier otro tipo de medidas, incluso las de carácter positivo. Sin embargo, como he venido exponiendo, la doctrina jurisprudencial tiene establecido que los actos de contenido negativo no pueden ser suspendidos⁷⁴³. Sin embargo, en la materia

⁷⁴² Míguez Macho, L., (2015). “Autotutela administrativa y tutela judicial efectiva: ...”, op. cit., pp. 1-30.

⁷⁴³ Sala Atienza, P., & Cadenas García, M. I., (2016). *Las Medidas Cautelares...*, op. cit., pp. 122-124 (señalan los autores que actualmente la doctrina tradicional que impedía la suspensión de los actos de contenido negativo ya no rige, por lo que el otorgamiento de las medidas adecuadas tampoco se entiende o supone un “*exceso de jurisdicción*”, no se ha de ver el carácter positivo o negativo de la resolución

en estudio existen varios tipos de procedimientos administrativos que no son necesariamente sancionadores, pero su carga de gravamen al afectado es alta y producen modificación a situaciones anteriores, producen efectos sobre la realidad y requieren precisamente de la institución de la medida cautelar para la suspensión o poder garantizar su razón, entre ellos, salidas obligatorias⁷⁴⁴ o expedientes sancionadores después de

impugnada y de la medida a adoptar, si no que se ha de observar lo que dispone el art. 130 LJCA, garantizar la finalidad del recurso, ponderando todos los intereses concurrentes, no existiendo perturbación grave al interés general. Sobre este aspecto concreto de los actos de contenido negativo encontramos sus primeros antecedentes en la doctrina del TC, AATC, Sala 2ª, nº 811/85, de 20-11-1985, FJ 2 y Sala 1ª, nº 144/90, FJ 1, sobre la base de la interpretación del art. 56 LOTC. El TS se ha pronunciado reiteradamente sobre estos temas, entre ellas, una de las más actualizada, SSTS, Sala 3ª, Sec. 2ª, nº 695/16 de 24-02-2016, Rec. 1301/14; Sec. 2ª, nº 6705/11 de 10-10-2011, Rec. 3941/08, FD 3; Sec. 2ª, nº 872/08, de 13-03-2008, Rec. 8143/04 (liquidación tributaria), FD 3; Sec. 2ª nº 4396/07 de 25-05-2007, Rec. 1916/04 FD 4. Más antiguas, SSTS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 1274/02 de 25-02-2002, Rec. 2617/00; Sec. 6ª, nº 7703/02, de 19-11-2002, Rec. 7216/99, FD 2; Sec. 6ª, nº 347/98 de 23-01-1998, Rec. 885/94; Sec. 1ª, nº 4574/95 de 18-09-1995, Rec. 1970/93; ATS, Sala 3ª, Sec. 1ª, nº 148/91 de 21-05-1991; ATS, Sala 3ª, Sec. 3ª, nº 3780/91 de 21-05-1991; ATS Sala 3ª, Sec. 1ª, nº 2027/88 de 17-11-1988. Todas, de una forma u otra realizan una serie de reflexiones sobre los actos de contenido negativo, no admitiendo la posibilidad de ser suspendidos, ni tan siquiera sea con carácter temporal. En igual sentido, es sostenida dicha postura jurisprudencial por el TSJA, (Sede Granada), Sala (Contencioso), Sec. 1ª y 4ª el cual ha dictado Acuerdo del Pleno de 26-12-2017, donde se concluyó la conveniencia de unificar criterio de las respectivas Secciones, acordando, “...el mantenimiento en general de la tesis desestimatoria de la medida, ante actos de contenido negativo sin perjuicio del examen del caso concreto...”, dando lugar a sentencias recientes, tales como, STSJA (Sede Granada) Sala (Contencioso), Sec. 1ª, nº 2947/19 de 18-12-2019, Rec. 3439/19, FD 3-5; nº 1992/19 de 12-09-2019, Rec. 4825/19, FD 4-5; nº 974/18, de 17-05-2018, Rec. 216/18, FD 4-6; nº 1829/15 de 19-10-2015, Rec. 435/15, que a su vez repercute sobre la jurisprudencia menor, AJCA nº 1 de Granada nº 560/20 de 28-07-2020, Rec. PA 394/20, FD 2; AJCA nº 3 Granada, nº 1667/19 de 20-12-2019, PA nº 1711/19. Esta línea interpretativa ha tenido sus matizaciones STSJA, (Sede Granada), Sala (Contencioso), Sec. 4ª, nº 3365/20 de 29-10-2020, Rec. 1740/20, ratificando medida cautelar positiva de juzgado de instancia, proceso renovación estudiante art. 27 CE y efecto útil del DUE, Directiva 2016/801/UE. El acto negativo admite la adopción de medidas cautelares cuando es factible diferenciar en él un aspecto positivo, SSTS, Sala, Sec. 6ª, nº 1745/99 de 13-03-1999, Rec. 6337/95, FD 2; nº 2880/99 de 28-04-1999, Rec. 6741/95 FD 4-b; nº 7769/99 de 4-12-1999, Rec. 7018/96; nº 3853/00 de 10-05-2000, Rec. 7067/97; nº 3939/00, de 16-05-2000, Rec. 1953/97 FD 1; nº 7685/00 de 24-10-2000, Rec. 7497/97, FD 3-4; nº 7703/02 de 19-11-2002, Rec. 7216/99, FD 1; nº 5348/02 de 16-07-2002, Rec. 7922/99 FD 2, nº 5489/02 de 19-07-2002, Rec. 8463/99 y la jurisprudencia allí citada. Más recientemente STSJM Sala (Contencioso), Sec. 2ª, nº 67/18 de 5-2-2018, Rec. 1009/17. (Sobre renovación de licencia de un permiso de taxi). FD 2º. Sin embargo, esta misma Sección pero en el año 2010 Rec. 1048/09, sentencia 732/10 de 4-03-2010 FD 3, “no se puede “suspender jamás” la ejecutividad de un acto administrativo de carácter negativo porque ello implicaría, que Jueces y Tribunales concedieran autorizaciones administrativas con carácter provisional, función que no les está encomendada ni por la C.E. ni por la LOPJ”. AJCA, nº 1 Valencia, nº 104/12 de 13-05-2012, PA 92/12, RJ 1. Medida cautelar en relación con un acto administrativo de contenido negativo, que incide en una relación jurídica previamente constituida -denegación de prórroga de un permiso de trabajo y residencia inicialmente otorgado con arreglo a la legalidad por ser familiar de CUE-, decidió el Juzgado adoptar la medida positiva.

⁷⁴⁴ Un botón de muestra sobre la suspensión de un acto positivo generado por un acto de contenido negativo lo tenemos en las salidas obligatorias. STS, Sala 3ª, Sec. 6ª nº 1630/02 de 08-03-2002, Rec. 3786/99, FD 2. Esta sentencia es un reflejo de los vaivenes interpretativos del TS, la cual señala “Respecto de la primera cuestión que se suscita en los motivos tercero y cuarto -naturaleza, o contenido negativo, del acto de inadmisión a trámite de una solicitud de asilo -esta Sala tiene ya declarado, Sentencia de 22 de Marzo de 2001, que el acto recurrido, en cuanto deniega la solicitud, no puede considerarse un acto de contenido negativo. Por el contrario, la denegación de la solicitud de asilo demandada, sí produce un efecto de contenido claramente positivo, cual es el deber generalmente impuesto de abandonar el territorio nacional y siendo éste deber al que se constriñe implícitamente la suspensión instada..., no puede válidamente en derecho fundarse tal denegación en el carácter negativo de la resolución administrativa como impropiamente se hace en el auto combatido, pues la denegación del asilo, como efecto positivo el cumplimiento del deber impuesto de abandonar el territorio nacional, en este sentido debe corregirse la

denegaciones de solicitudes de asilo o de arraigo, presentación de solicitudes de archivo del expediente de expulsión por caducidad cuando la Administración no resuelve (silencio negativo), generando posibles daños si el interesado hace solicitud de regularización y es inadmitida (Disposición Adicional Cuarta LO 4/00). En estos tipos de actuar de la Administración, existe una obstaculización, existe un *fumus mali iuris*⁷⁴⁵, un mal derecho, posiciones de inactividad y vía de hecho de la Administración o lo que la doctrina y la propia jurisprudencia reconoce como posición contumaz o desidia de la Administración. En tales supuestos la medida cautelar ha de ser la positiva, la cual se justifica en la intensidad de la apariencia del buen derecho del recurrente frente a la posición contumaz o desidia de la Administración.

Otra manifestación negativa del carácter funcional y la eficacia de las medidas en el área objeto de estudio está dada en la propia eficacia y funcionabilidad de las medidas cautelarisimas del art. 135 de la LJCA (Aspectos que serán estudiados en la parte tercera, capítulo III, punto 3.3.5).

Bajo dichas dimensiones y circunstancias, tanto la doctrina como la jurisprudencia de forma mayoritaria en la materia en estudio, se inclinan por una interpretación restrictiva del contenido constitucionalmente necesario de los derechos fundamentales de los extranjeros y de su interrelación con la tutela cautelar como derecho fundamental. Entiendo que dicha interpretación limitada del art. 24.1 CE, no es acertada y no se corresponde con la lectura e interpretación de los derechos fundamentales desarrollada en los capítulos anteriores.

La afirmación anterior la sustento partiendo precisamente de la máxima de que “la necesidad del proceso para obtener la razón, no se convierta en un daño para quien tiene la razón”. Ello cuando los criterios que valoran los órganos administrativos y jurisdiccionales para decidir si otorgan o no la medida instada pasan por esa ponderación de intereses en cuestión, no prevalece precisamente la esencia de la tutela cautelar, la previsibilidad del propio contenido y garantías del derecho subjetivo en cuestión, la evitación de su daño irreparable o irreversible y el *petitum* sobre la protección del mismo, asegurando así el resultado final del proceso, o de la efectividad de lo que se acabe resolviendo. Esta diferenciación interpretativa sobre la efectividad y eficacia de las medidas cautelares responde fundamentalmente a que se continúa sosteniendo y argumentando en el principio de eficacia de la actuación de la Administración pública, el interés general, sostén de las potestades administrativas de autotutela⁷⁴⁶, en su vertiente

sentencia de instancia, aunque ello no basta para estimar el motivo si no concurre el requisito de perjuicios irreparables o de difícil reparación derivados de la no suspensión”.

⁷⁴⁵ Bacigalupo Sájes, M., (2008). “Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo: clases de medidas cautelares y criterios para su adopción en las distintas modalidades del recurso contencioso administrativo”, en VV.AA. *Legislación contencioso administrativa 2005-2007: análisis crítico*. Colección Estudios de Derecho Judicial, (nº 144), Madrid: CGPJ, “la Ley opta por un criterio “parcialmente distinto o, al menos, más preciso”, en concreto, una “variante negativa” del *fumus boni iuris*, “tan negativa, por cierto, que más bien parece tratarse de un *fumus mali iuris*” (p. 36).

⁷⁴⁶ Baño León, J. M., (2017). “Los excesos de la llamada autotutela administrativa”, en J. C. Laguna de Paz, I. Sanz Rubiales, & I. M. De los Mozos y Touya. (Coords.). *Derecho Administrativo e Integración Europea. Estudio Homenaje al Profesor José Luis Martínez López-Muñiz*. (Vol. II, *El actuar de la Administración Pública y garantías de su efectiva legalidad*, pp. 825-841). Madrid: Reus. Previamente el autor había publicado en similares términos (2016). “Los excesos de la llamada autotutela administrativa”. *REDA*, nº (181), pp. 69-86. Míguez Macho, L. (2015). “Autotutela administrativa y tutela judicial efectiva...”, op. cit. Concretamente señala el autor que respecto a la autotutela existe una imagen incompleta y

de presunción de legalidad⁷⁴⁷ y de ejecutividad de los actos administrativos, consagrado en el artículo 103.1 CE. Esto último, a pesar de los avances críticos de la máxima jurisprudencia al respecto, queda mucho por hacer partiendo del derecho a una buena administración, o como ha señalado SALA ATIENZA y CADENAS GARCÍA “si la solicitud o planteamiento del incidente cautelar conlleva un desapoderamiento total y absoluto del privilegio de ejecutividad del que dispone la administración pública”⁷⁴⁸.

A partir de lo antes dicho, hasta el presente el derecho a la tutela cautelar en relación con el resto de derechos fundamentales que le son inherentes a los extranjeros se sustenta y distingue, por un lado, sobre la base de la interpretación clasificadora dada por el TC a dichos derechos; por otro, sobre la base de que el legislador tiene un margen de apreciación sobre la configuración y los límites a dichos derechos; por otro, sobre el principio de la autotutela administrativa; y por último, sobre la base de la ponderación de los intereses en conflicto⁷⁴⁹ donde prevalece el interés general. En su conjunto estos cuatro factores hacen fundamentar lo antes expuesto, en cuanto que existe una restricción al ejercicio del derecho fundamental en estudio. Dicha restricción se exterioriza en cuanto a su carácter, efectivo, eficaz y funcional. No se debe confundir ejercicio/acceso a la tutela cautelar, incluso al recurso cautelar, con que la misma sea verdaderamente efectiva, eficaz y funcional, tanto en la ley como en la práctica.

En la especialidad extranjería el derecho a la tutela cautelar sólo debe estar vinculado, entre otros aspectos, sobre la base de la dignidad del ser humano y su conexión con el sistema integral de derechos humanos (nueva fuente DUE, CDFUE y su jurisprudencia), sobre la base del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos art. 9.3 y 103 CE (para definir ese criterio de juicio, art. 41 CDFUE derecho buena administración y art. 6 CEDH); luego que no existan trabas en los requisitos de accesibilidad real, disponibilidad -especialmente en el sentido de que su ejercicio no debe ser obstaculizado de manera arbitraria ni por actos ni por omisiones de las autoridades estatales (ya sean administrativas o judiciales), es decir, que debe ser “efectivo, eficaz”, tanto en la ley como en la práctica (art. 47 CDFUE, art. 13 CEDH y art. 24.1 CE). La eficacia y la efectividad es lo que debe distinguir a la tutela cautelar, pues no solo basta con la existencia del recurso en sí, sino el contexto en el que opera⁷⁵⁰, así como las

profundamente deformada de la realidad de las relaciones entre actuación administrativa y control jurisdiccional en el ordenamiento jurídico español. Debiéndose recordar que la CE guarda silencio sobre el privilegio de la autotutela.

⁷⁴⁷ Sánchez Morón, M., (2010). “Legalidad y sometimiento a la Ley y al Derecho”, en J. A. Santamaría Pastor. (Dir.). *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*. (pp. 55-72). Madrid: La Ley.

⁷⁴⁸ Sala Atienza, P., & Cadenas García, M. I., (2016). *Las Medidas Cautelares...*, op. cit., p. 64. En este sentido se ratifica la ya mencionada STC, Sala, 2ª, nº 199/98.

⁷⁴⁹ No obstante, como se expondrá en la parte segunda, capítulo I, punto 1.3-2.a) la respuesta a este aspecto concreto del interés general y el particular estará precisamente en la definición de ese interés general en el Derecho de Extranjería, su compatibilidad/sinergia/equivalencia o no con los intereses individuales. Vaya por delante desde este momento que el perjuicio que sufriría el interés particular mayoritariamente (de no adoptarse la medida cautelar) es notablemente superior al que resultaría para el interés público. La concepción de que si se otorga una medida cautelar a favor de los intereses individuales de los extranjeros se invierte la solución del conflicto planteado (sacrificio del interés público en favor del interés privado), no es absoluta, pues como se verá en muchas situaciones el extranjero contribuye precisamente a determinados objetivos de dicho interés general que viene satisfecho con la concesión de la medida cautelar. Como ha señalado el TS hay que determinar cuál de los intereses es más “digno” de protección. STS Sala 3ª, Sec. 6ª, nº 608/00, de 01-02-2000, Rec. 1875/97.

⁷⁵⁰ Teso Gamella, M. P., (2007). *Medidas Cautelares...*, op. cit., p. 64.

circunstancias concretas del recurrente extranjero, la disponibilidad de hacer valer los derechos y libertades fundamentales; en fin una garantía prima facie contra la arbitrariedad⁷⁵¹.

Precisamente, como he venido diciendo, los derechos fundamentales en las medidas cautelares en materia de extranjería tienen todos una estrecha conexión con la dignidad humana. Se puede señalar que los derechos citados, en su generalidad y gran mayoría de asuntos, son tan equivalentes o más dignos de protección que los intereses generales, que por demás, son directamente compatibles con los derechos individuales. Siempre se ha dicho que por mucho que una actuación de la Administración pública esté destinada a la consecución del interés general y por muy importante que éste sea, si no se ajusta a los cauces previstos por el Derecho para el ejercicio de las potestades públicas, si no se ampara en una potestad legalmente atribuida respecto de ese acto o disposición, no puede la Administración hacer valer sus prerrogativas (merma o deterioro del *periculum in mora*, aumento de intensidad del *fumus boni iuris*). Sin embargo, como se verá y recoge de la jurisprudencia más actualizada al respecto, en la asignatura que se estudia no siempre se comporta así, sino que se realizan y utilizan expresiones generales, preconcebidas, estigmatizadas, de interés general sin concretar en el supuesto concreto, así como se permiten matizaciones sobre el carácter invalidante de la actuación administrativa⁷⁵². Es precisamente sobre ese punto, ponderación de los intereses generales e individuales, donde también se ha de proyectar un cambio de aproximación interpretativa hacia el principio de la proporcionalidad/razonabilidad, pasando del balance de derechos a la equivalencia de derechos humanos.

Las consecuencias de lo anterior tienen importancia en el terreno que nos ocupa, pues, como se verá, de alegarse en una solicitud de medida cautelar un mal actuar de la administración el mismo ha de cumplir los vicios de nulidad⁷⁵³ -no pueden ser vicios de

⁷⁵¹ González-Varas Ibáñez, S., (2020). “Sexta Parte. Disposiciones comunes a los Títulos IV y V. Capítulo XLVII. Medidas cautelares...”, op. cit. Pérez Estrada, J. M., (2014). “La importancia de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo. Su eficacia en el proceso”. *RVAP*, (99-100), pp. 2359-2381. En este sentido también se ha de tener en cuenta las SSTC, Sala 1ª, nº 237/91, de 12-12-1991, BOE nº 13 de 15-01-1992; Pleno, nº 238/92 y Sala 2ª, nº 148/93. En esencia señalan las sentencias citadas que la tutela judicial, en este caso la cautelar, no podrá, por tanto, entenderse denegada en virtud de defectos o errores cometidos en fases intermedias independientemente de las irregularidades procesales que hayan podido producirse en el transcurso del procedimiento, o generando de una u otra forma limitaciones carentes de justificación respecto al acceso a la jurisdicción, siempre que no representen por sí mismas la lesión de otro derecho fundamental sustantivo, y si no suponen que ese procedimiento no pueda ya alcanzar sus fines es decir, si no implican la desaparición o pérdida irremediable de los intereses cuya protección se pretende, o si no prejuzgan irreparablemente la decisión final del proceso.

⁷⁵² SSTC, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 120/19, de 5-2-2019, Rec. 6379/17; Sec. 5ª, nº 60/19, de 28-01-2019, Rec. 3964/17; Sec. 5ª, nº 1118/18, de 02-07-2018, Rec. 333/17. Se ha de recordar que el TS aproximadamente desde 1936 en su sentencia del 21-01-1936, Rec. 295/1931, señaló, “...que en la esfera administrativa ha de ser aplicada con mucha parsimonia y moderación la teoría jurídica de las nulidades, dada la complejidad de los intereses que en los actos administrativos entran en juego...”. En este sentido en 1994 el TS dicta su sentencia de 30-11-1994, Rec. 1230/94 donde ratifica el citado criterio doctrinal y cita una amplia jurisprudencia al respecto de la nulidad de los actos administrativos.

⁷⁵³ Como se ha citado *ut supra* sobre el tema de la nulidad de actuaciones judiciales se ha de partir de la LO 6/07 reforma de la LOTC que trajo consigo la reforma sobre el citado incidente, dando una amplia protección y garantía de los derechos fundamentales y un papel esencial y crucial a los tribunales ordinarios. Se permite con la actual redacción del art. 241.1 LOPJ que la solicitud del incidente pueda ser con base en cualquier vulneración de alguno de los derechos fundamentales referidos en el art. 53.1 CE. Lo señalado tiene estrecha relación con la nulidad y anulabilidad del acto administrativo (art. 47 y 48 LPACAP). Al

anulabilidad o cualquier arbitrariedad o cualquier mal actuar de la Administración-, tiene que ser un vicio que genere nulidad plena. Pues según la trascendencia del vicio de que se trate, será o no invalidante, causará o no indefensión. Prevalece el principio de conservación de los actos administrativos. Sin embargo, conforme a la teoría de la evidencia⁷⁵⁴ y del art. 37.2 LPACAP⁷⁵⁵ (son “nulas” las resoluciones administrativas que vulneren lo establecido en una disposición reglamentaria, así como aquellas que incurra en alguna de las recogidas en el art. 47). De lo expuesto se constata que el régimen de la nulidad del acto administrativo no es un régimen del todo homogéneo⁷⁵⁶, no siendo siempre las mismas consecuencias las que se producirán con la nulidad del acto, ni lo serán con la misma intensidad. Ello responderá de acuerdo con los intereses en conflicto, a la confrontación con otras reglas, principios y derechos fundamentales en juego. En fin, de no ser nulo el acto administrativo no ha de ser tenido en cuanta prima facie para la prosperabilidad de la medida de suspensión⁷⁵⁷ o aquella que sea necesaria en relación con

respecto existe una amplia bibliografía. En este sentido se tomará como referencia para la fundamentación de nuestros objetivos las siguientes: Chaves García, J.R., (2020). *Derecho Administrativo mínimo*, Salamanca: Ed. Amarante, pp. 504-532. Cano Campos, T., (2017) “El laberinto de la invalidez: algunas pistas para no perderse”. Indret, *Revista para el Análisis del Derecho*, nº 4, www.indret.com, recuperado 22-10-2018. Beladiez Rojo, M., (2015). “La función constitucional del incidente de nulidad de actuaciones del art. 241 LOPJ”, en L. Arroyo Jiménez, M. Beladiez Rojo, C. Ortega Carballo y J. M. Rodríguez de Santiago. *El juez del derecho administrativo. Libro homenaje a Javier Delgado Barrio* (pp. 439-453). Madrid: Marcial Pons. Lo antes señalado se relaciona, como hemos visto y se verá, (p. ej.), con el criterio jurisprudencial que existe hasta el presente de que para que se aprecie en una medida cautelar el *fumus boni iuris*, en casos de nulidad del acto, ha de ser que siempre la nulidad esté de forma terminante, clara y ostensible. Que el acto esté viciado por una de las causas que dan lugar a su nulidad radical o absoluta. Reconoce la jurisprudencia que este caso no va a darse con frecuencia, teniendo en cuenta que en este trámite cautelar la *cognitio* judicial es muy limitada

⁷⁵⁴ Rebollo Puig, M., (2008). “La relativización de la nulidad absoluta de los actos administrativos que lesionan derechos fundamentales”, en I. Agirreazkuenaga Zigorraga. (Coord.). *Derechos Fundamentales y otros estudios en homenaje al profesor Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*. (Vol. I. *Derechos fundamentales. Aspectos generales*, pp. 271-304). Zaragoza: El Justicia Aragón.

⁷⁵⁵ Chinchilla Peinado, J. A., (2016). “Validez y eficacia. Avances y retrocesos en la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Su incidencia en la Administración local”. *Cuadernos de Derecho Local*. (nº 41), pp. 86-121.

⁷⁵⁶ Meilán Gil, J. L., & García Pérez, M., (2018). *Norma y Actos Administrativos*. Madrid: Iustel, pp. 301, 305.

⁷⁵⁷ Las consecuencias de que por qué es poco entendible que en estos tiempos se sigan manteniendo análisis como los referenciados debemos encontrarlos necesariamente en los antecedentes normativos y jurisprudenciales, que en forma de inercia activa de conductividad se han venido transmitiendo hasta que se ha consagrado su materialización. Se trata de una causa no prevista en nuestra LJCA (art. 129-130), ni tampoco estaba en la LJ de 1956, pero admitida jurisprudencialmente al amparo del art. 116 LPA de 1958, transmitiéndose dicho artículo a la Ley 30/92 (art 111.2), hoy art. 117.2-b) LPACAP (suspensión de la ejecución del acto administrativo cuando la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 47.1 de esta Ley). Dicha jurisprudencia la tenemos (p. ej.), en ATS Sala 3ª de 10-07-1989, “*Ciertamente, esta Sala ha venido declarando reiteradamente —así, Autos de 15 de julio de 1988 (Art. 6078) y 21 de marzo de 1989 (Art. 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*”. Es obvio y se debe dar por descontado que esta causa de nulidad es legitimadora de la adopción de medidas cautelares, se justifica por sí misma, ya que la eficacia de los actos administrativos, su propia presunción de validez, no está presente. En estos mismos términos García De Enterría Martínez-Carande, E. y Fernández, T.R., (1997). *Curso de Derecho Administrativo (Vol. I)*. Madrid: Civitas, p. 580.

los presupuestos de las medidas cautelares en especial con la intensidad del *fumus boni iuris*. Es poco entendible en estos tiempos que a través de una sencilla operación de concreción de lo general a lo particular no sea apreciada en las actuaciones administrativas una actividad antijurídica, con vicios de nulidad o anulabilidad, y aun así los órganos jurisdiccionales permitan a la Administración beneficiarse del principio de autotutela, violándose flagrantemente el alcance del art. 106.1 CE.

Por tanto, si *prima facie* se detecta una ilegalidad de la actuación administrativa (presuntas violaciones sustantivas de derechos humanos y fundamentales, así como violaciones procedimentales que atenten contra las garantías de aquellos), ¿cómo puede ser posible que se pretenda proteger a la Administración? y ¿que esta pueda hacer valer sus privilegios como depositaria del interés público? Dicho de otra forma: si resulta *prima facie* que la Administración actuó prescindiendo de los derechos subjetivos y cauces jurídicos de procedimientos fundamentales establecidos al efecto (debido proceso/proceso equitativo, sin necesidad de llegar a la nulidad), no podrá pretenderse que al momento de decidir sobre la concesión o no de una medida cautelar se haga protección del mal actuar de la Administración, en favor de la prevalencia de los intereses públicos. Las respuestas a tales preguntas las encontramos con frecuencia en la presente especialidad, siendo respuestas positivas, esto es, sí se ampara con frecuencia el mal actuar de la Administración⁷⁵⁸.

Existe una percepción general de desesperanza (entiéndase desde ahora el deber de hacer justicia y parecer que se hace, doctrina de la apariencia del TEDH -aspectos que serán retomados en la tercera parte, imparcialidad objetiva, punto 3.3.5.2-c-, ante el funcionamiento del sistema contencioso-administrativo en lo que se refiere a la materia de extranjería, existiendo una marcada tendencia negativa, de rechazo o renuncia de los órganos jurisdiccionales contenciosos administrativos a otorgar medidas cautelares⁷⁵⁹. Ello se constata del estudio de la jurisprudencia citada. En ella se observa cómo los órganos jurisdiccionales siguen manteniendo y utilizan en los fundamentos de derecho criterios tradicionales de la antigua LJ del 1956⁷⁶⁰.

⁷⁵⁸ En este sentido coincido con el señalamiento crítico realizado por Díez Sánchez, J. J., (2010). “La justicia administrativa en Europa (anotaciones en torno a su evolución hacia un sistema de plena jurisdicción y sobre otros retos actuales”. *Revista Aragonesa de Administración Pública*. (nº 36), pp. 53-81, donde señala “de nada sirve [...] encerrarse en la «torre de marfil» del pensamiento teórico”, (p. 71), desconociendo la realidad de estas cuestiones en el desempeño de la actuación judicial.

⁷⁵⁹ González-Varas Ibáñez, S., (2020). “Sexta Parte. Disposiciones comunes a los Títulos IV y V. Capítulo XLVII. Medidas cautelares...”, op. cit. Chaves García, J. R., (2018). *El arte de la guerra...*, op. cit. pp. 103-112. Ambos autores indistintamente analizan la complejidad de la justicia administrativa, destacando el primero el rechazo por los órganos jurisdiccionales a las solicitudes de medidas cautelares positivas y el segundo, el complejo entramado de las administraciones prepotentes.

⁷⁶⁰ González-Varas Ibáñez, S., (2020). “Sexta Parte. Disposiciones comunes a los Títulos IV y V. Capítulo XLVII. Medidas cautelares...”, op. cit. En similares términos críticos se pronuncia Míguez Macho, L., (2015). “Autotutela administrativa y tutela judicial efectiva...”, op. cit. Mucho antes el propio TS se había pronunciado sobre ello, STS Sala 3ª, Sec. 6ª, nº 3152/01 de 17-04-2001, Rec. nº 8183/98, FD 1 y 2, al señalar que la antigua y tradicional doctrina jurisprudencial acerca de la no suspensión de los actos negativos ha sido superada, estando permitida la adopción de medidas cautelares positivas, con arreglo a lo dispuesto por el art. 24 CE. Dicha doctrina continúa en las STS, Sala 3ª, Sec. 6ª, nº 3130/03 de 08-05-2003, Rec. 3836/00, FD 2 (concesión medida cautelar positiva, visado). Sin embargo, del análisis cronológico de la jurisprudencia nos percatamos que a partir precisamente de esa primera mitad de la primera década del Siglo XXI encontramos una regresión en la jurisprudencia, evidentemente coincidiendo con leyes tales como, la LO 8/00.

4.4- Conclusiones parciales.

En estos momentos, hay que plantearse si después de 34 años de las primeras sentencias interpretativas sobre los derechos fundamentales de los extranjeros en España realizadas por el TC las mismas están en correspondencia o de acuerdo con las circunstancias y realidades jurídicas actuales, al contexto actual de los derechos humanos y fundamentales. Si esa jurisprudencia cumple hoy con las exigencias actuales de interpretación del contenido de los derechos, en especial con el derecho a una tutela judicial efectiva en su vertiente de la medida cautelar, determinado en lo que aquí nos compete, si los recursos de las medidas cautelares en el derecho de extranjería son verdaderamente efectivos, eficaces y suspensivos en correspondencia con el art. 13 CEDH y art. 47 CDFUE. De lo expuesto se puede concluir parcialmente que:

1.- La CE al momento de su promulgación realizó una regulación de los derechos fundamentales y las libertades en los cuales están los derechos de los extranjeros. Han transcurrido 40 años, el crecimiento exponencial existente de la inmigración, el cambio de fuentes en el derecho interno (fundamentalmente a partir del año 2007, TL, entrada en vigor de la CDFUE reconocida en nuestro derecho interno a través de la LO 1/08, creación del ELSJ y en las funciones de competencias y efectos vinculantes de las sentencias del TJUE), un pujante y renovado DIDH, hacen que el contenido de los derechos y libertades respecto de los extranjeros sean releídos de acuerdo con las circunstancias y exigencias actuales, y ampliados si fuera necesario de acuerdo con la propia doctrina del TC de que los derechos fundamentales no tienen una clasificación cerrada, estanco o exhaustiva, sino que se interrelacionan mutuamente, de modo que el disfrute de unos presupone el de los otros.

2.- La clasificación interpretativa iuspositivista de la titularidad de los derechos fundamentales y las libertades de los extranjeros vigente está configurada -sostenida e inalterable en el tiempo, por 34 años- a partir del grado de conexión de dichos derechos y libertades con la dignidad de la persona y el desarrollo de la personalidad (art. 10 en relación con el art. 13 y 14 todos de la CE). Dicha clasificación actualmente presenta un déficit o insuficiencia axiológica respecto de los instrumentos jurídicos internacionales vigentes de los cuales España es parte y de la jurisprudencia o doctrina emitida por los órganos o comités de control de dichos instrumentos jurídicos (ello a su vez en relación con lo dicho en la conclusión anterior sobre la UE). La interpretación que se hace por el TC de los Tratados y Convenios es que en sí mismo no son un canon de constitucionalidad y, respecto a su control de convencionalidad, no siempre muestra la misma postura, señalando que el control efectivo de convencionalidad corresponde a los órganos jurisdiccionales ordinarios.

El anterior déficit o insuficiencia axiológica se manifiesta a través del art. 10.2 CE, el cual no está siendo lo suficientemente utilizado por el TC para incorporar a través del mismo esos nuevos contenidos e interpretaciones que emanan de los instrumentos internacionales y de sus propios órganos de control. Como se expuso en la conclusión anterior, el TC ha expresado que la clasificación de los derechos no constituye una lista cerrada o exhaustiva sino que, con independencia de cualquiera que sea la situación en que se encuentre la persona extranjera, los derechos fundamentales y las libertades públicas de la misma siempre estarán en conexión con la dignidad, es decir, siempre existirá un “mínimum” invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar. Ello continúa siendo tan así que dicho “mínimum” se muestra estático. En la práctica se observa que de la jurisprudencia del TC al respecto no ha incorporado o ampliado los

contenidos de determinados derechos, los continúa manteniendo en sus mismos contenidos iniciales mínimos, no llevándolos al alza. Esto se muestra más distorsionado en la justicia ordinaria, primando por un lado la situación administrativa del extranjero, su regularidad o irregularidad y por otro, que dichos órganos jurisdiccionales ordinarios aún no tienen interiorizado el control de convencionalidad, ya sea el que se pueda realizar del DUE a través de la cuestión prejudicial o el que puedan realizar de oficio del resto de los instrumentos internacionales pertenecientes al sistema de DIDH. Una muestra de lo anterior es el art. 18.1 CE y lo relativo a los derechos sociales.

3.- Al estar el Derecho de Extranjería altamente conectado y determinado por el DUE así como por el DIDH, hace que no sea un derecho estático sino dinámico, por lo que las situaciones o conflictos jurídicos interpretativos y de aplicación que el mismo genera no responden solamente a situaciones puramente internas sino todo lo contrario, responde a situaciones regionales o supranacionales; recurrir al diálogo entre los tribunales para una mejor solución de dichos conflictos y situaciones. Este diálogo permite controlar y prevenir efectos de fenómenos como el de la discriminación indirecta por falta de contenido del derecho en cuestión, o situaciones de regulaciones procedimentales que puedan generar situaciones inversas al principio de equivalencia y efectividad.

4.- El art. 24 CE derecho a la tutela judicial efectiva está en estrecha relación con los art. 20 y 21 LO 4/00, derecho a la tutela judicial efectiva de los extranjeros y derecho al recurso contra los actos administrativos como derecho de configuración legal. Estos a su vez hay que interpretarlos a la luz de los arts. 6 y 13 CEDH y de los arts. 41, 47 y 48 CDFUE. Todos integrarían junto al art. 61 LO 4/00 y al art. 129 y ss. LJCA la sistemática normativa al derecho a la tutela judicial efectiva y, dentro de ella, la tutela cautelar de los extranjeros, acceso a la jurisdicción con independencia de su situación administrativa, al ser un derecho inherente a las personas y el control jurisdiccional que han de ejercer los jueces y los tribunales sobre la actividad administrativa, ex art. 103 y 106.1 CE. De forma supletoria se ha de tener presente la LPACAP, en sus arts. 56, 90.3, 108 y 117.

5.- Desde el punto de vista del contenido constitucional y funcional de la tutela cautelar en el Derecho de Extranjería, se muestra en ambos aspectos con deficiencias. En cuanto a su contenido constitucional (art. 24 CE), debido a que se presentan trabas de acceso a los órganos jurisdiccionales, así como la propia configuración dada por el legislador a los recursos cautelares de acuerdo con las garantías del art. 24 CE. Esto dificulta el adecuado o correcto ejercicio del resto de los contenidos de los derechos fundamentales de los extranjeros, como derechos subjetivos que se canalizan a través del derecho a la tutela cautelar. En cuanto a la efectividad y eficacia del recurso cautelar, no tiene efectos suspensivos y mucho menos efectos suspensivos automáticos.

CAPITULO- V. Constitucionalismo multinivel. Control multinivel de constitucionalidad y convencionalidad. Repercusión sobre las medidas cautelares en el Derecho de extranjería.

5.1- Consideraciones previas.

Es evidente, de acuerdo con lo expuesto la existencia en nuestra región de un constitucionalismo multinivel⁷⁶¹, compuesto por la autonomía del DUE-CDFUE, la

⁷⁶¹ Arzo Santisteban, X., (2014). "La concentración y actualización..." ob. cit., p. 35. Como señala el autor las insuficiencias de la teoría general de los derechos fundamentales serían recompuestas o al menos

convencionalidad del CEDH, junto a las propias normas internacionales y las Constituciones de los EM, por ende se hace muy complejo la existencia de un doble o triple estándar de protección, existiendo garantías equivalentes y de armonización comunes. Esto conduce a que se continúe en la labor de acercamiento, de diálogo entre los tribunales, concretamente, entre el TJUE y los Tribunales Constitucionales, de una parte, y, de otra, entre TJUE y TEDH y viceversa, para una efectividad y eficacia mayor en la protección de los derechos fundamentales. Cualquiera de los anteriores escenarios tiene y tendrán una fuerte repercusión en el derecho interno. Por tanto, es importante ver como todo ello repercute en el juez nacional, tanto en el ámbito procesal e indirectamente sobre la Administración de extranjería al momento de la solicitud o adopción de las medidas cautelares y la efectividad y eficacia de las mismas.

Al estar la materia en estudio permeada por el DUE en especial por la CDFUE, que unido al CEDH, a la CE, a la LO 1/08, a la Ley 25/14 y a la LO 7/15⁷⁶² nos llevan a un análisis de conjunto de dicha normativa, el cual reviste trascendental importancia ya que las circunstancias actuales no son iguales a hace 35 años atrás cuando se promulgo la primera ley de extranjería después de la CE. Ello hará que la jurisprudencia estudiada del TC sobre los derechos fundamentales de los extranjeros y otras que se comentarán oportunamente se encuentren sometidas constantemente al análisis⁷⁶³ por los cambios estructurales y de fuentes antes citados.

5.2- Repercusión del control multinivel, constitucionalidad y convencionalidad.

De acuerdo con la panorámica antes señalada, es difícil hoy en día que ante un órgano jurisdiccional ordinario se presente un asunto sin que el mismo no tenga un contenido de algún derecho fundamental o algún contenido del DUE (sea del derecho originario o derivado). Esto mismo sucede con el TC cuando ante el mismo se plantea un recurso o cuestión de inconstitucionalidad o ante una solicitud de amparo⁷⁶⁴, es difícil que en la

minimizadas en el contexto de una aplicación multinivel que marcaría las fronteras de la interpretación aceptable, una vez utilizados los cánones tradicionales y el principio de proporcionalidad.

⁷⁶² Se ha mencionado *supra* que el art. 4 *bis* de la citada norma regulaba el planteamiento de la cuestión prejudicial. Sin embargo, la presente norma también alcanza en su Preámbulo nº II y art. 5 *bis* una previsión respecto de las sentencias del TEDH que declaren la vulneración de alguno de los derechos reconocidos en el CEDH y en sus Protocolos, estableciéndose que serán motivo suficiente para la interposición del recurso de revisión exclusivamente de la sentencia firme recaída en el proceso «*a quo*». Dice el Preámbulo que con ello se incrementa, sin lugar a dudas, la seguridad jurídica en un sector tan sensible como el de la protección de los derechos fundamentales, fundamento del orden político y de la paz social, como proclama el art. 10.1 CE. Reconoce dicho Preámbulo la progresiva internacionalización de las relaciones personales y empresariales de los ciudadanos de nuestro país exige una actualización de los criterios de atribución de jurisdicción a los Tribunales españoles.

⁷⁶³ Arzoz Santisteban, X., (2015). *La tutela de los Derechos Fundamentales...*, op. cit., pp. 23-40, 67-132.

⁷⁶⁴ En este sentido recordar que el TC no interpreta las normas del DUE, sino que interpreta los derechos fundamentales de nuestra CE, pero también se ha de recordar que dichos derechos se encuentran en su gran mayoría en armonización, equivalencia, correspondencia o conexión con los derechos de la CDFUE reconocidos por nuestra LO 1/08. Esto es, si el acto en cuestión o norma que proviene del DUE tiene un vínculo estrecho con la norma nacional se ha de tener en cuenta en su interpretación la LO 1/08. Se produce así una interpretación de forma indirecta de los derechos fundamentales que tengan que ver con la norma concreta del DUE. Dicha interpretación debe ser en lo que corresponda al alza, medido desde la posición interpretativa del DUE que haya realizado el TJUE. Dicho de otra forma, existiendo una conexión armónica con la CDFUE obliga a interpretar los correspondientes derechos fundamentales de nuestra Constitución de acuerdo con el contenido de los derechos de la Carta (que sigue siendo un instrumento jurídico de garantías mínimos de los derechos fundamentales), por lo que los contenidos de nuestros derechos fundamentales pueden ser ampliados e interpretados al alza. Recobran aquí fuerza los principios de

materia a tratar no estén en juego derechos fundamentales que provienen de actos generados por el DUE. Ello es casi indiscutible, si se trata de la materia en estudio⁷⁶⁵. Por ende, el actuar del TC en su control de constitucionalidad de los derechos fundamentales de nuestra CE debe tener en cuenta el alcance y contenido genético de los derechos de la CDFUE al estar los mismos en armonía y conexión con nuestra Constitución a través de la LO 1/08⁷⁶⁶.

Lo anterior, precisamente condicionado por la primacía⁷⁶⁷ que establece el DUE ha colocado al TC en esa situación, él se ha visto abocado a plantear la cuestión prejudicial, Asunto Melloni⁷⁶⁸. En este sentido del diálogo entre tribunales el TC ha venido perfilando progresivamente su jurisprudencia y sin perder su posicionamiento sobre el control de constitucionalidad y su opinión sobre el no control de las normas, ni de los derechos fundamentales de la UE, ha ido conformando un criterio de integración sobre el dialogo entre los tribunales y exigiendo a los tribunales ordinarios nacionales a través del contenido del derecho del art. 24.1 CE de establecer dicho diálogo a través de la cuestión

cooperación leal, equivalencia, efectividad y la denominada autonomía procesal, siempre teniendo en consideración el CEDH y la jurisprudencia del TEDH, así como art. 52.3 y 53 CDFUE. Una muestra de lo anterior, que ratifica esta compleja problemática que he venidos exponiendo, es la STJUE, Sala 5ª de 17-01-2013, asunto Zakaría c. Letonia, C-23/12, la cual señala “*que la situación no está comprendida dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, el [juez nacional] deberá examinarla a la luz del Derecho nacional, tomando asimismo en consideración el CEDH del que son parte todos los estados miembros*”, apdo. 41. En similares términos, STJUE, GS de 26-02-2013, asunto Åkerberg, C-617/10, donde se produce un desplazamiento de los estándares de la Carta por superiores estándares nacionales, en presencia de margen de maniobra de los EM, al no estar totalmente determinado por el DUE, el derecho fundamental en cuestión, es decir, el EM, en todo caso, aplicará su derecho nacional respetando el umbral mínimo derivado de la CDFUE. Se produce así un posible desplazamiento por estándares superiores de derechos fundamentales de carácter nacional; pero siempre condicionado a la no afectación de la efectividad del DUE.

⁷⁶⁵ García Roca, J. F., (2014). “Del diálogo entre los Tribunales Constitucionales y las Cortes Supranacionales de derechos: algunas cuestiones para disputar”, en R. Canosa Usera & J. Rodríguez-Arana Muñoz. (Coords.) *Jurisdicción de la libertad en Europa e Iberoamérica*. (pp. 121-164). Madrid: Reus. Colección de Derecho Constitucional. Con anterioridad y en similares términos año (2012). “El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales en la construcción de un orden público europeo”. *Teoría y realidad Constitucional*, (nº 30), pp. 181-222.

⁷⁶⁶ Con independencia de las doctrinas y corrientes antes expuestas Vid. nota 521 (las que defienden Alonso García, Roca i Trías, García Couso, Arzo Santisteban, entre otros, que viene interpretando una reconsideración de la función jurisdiccional del TC como garante de los derechos fundamentales de la CDFUE, o las que defienden Matia Portilla, De La Quadra-Salcedo, entre otros, que ello no es función del TC). Ambas convergen en un punto fundamental, los jueces ordinarios, son los que deben juzgar la actuación de los poderes públicos nacionales cuando aplican el DUE, sin tener en muchos casos un margen de apreciación en la implementación del derecho nacional. Como he venido exponiendo la aplicación de aquellas normas del derecho derivado de la Unión en materia de extranjería, basadas muchas de ellas en el derecho originario, como la libertad de circulación y otras basadas en la regulación de los derechos fundamentales recogidos en la Carta, hacen que los jueces ordinarios tengan la obligación, *a priori, prima facie* de aplicar los derechos fundamentales de la Carta y luego los contenidos de la CE. Como se ha dicho el reconocimiento de un derecho fundamental del DUE no sólo tiene eficacia interpretativa por la vía del art. 10.2 CE, sino que es inmediatamente aplicable en virtud del art. 93 CE y el principio de primacía del mismo, además de las normas nacionales citadas (LO1/08) que ha reconocido dicha primacía. Otra cosa bien distinta es que el derecho que regule la UE tenga un estándar a la baja en comparación con nuestra CE.

⁷⁶⁷ De la Quadra-Salcedo, J. T., (2015). “El papel del Tribunal Constitucional y de los tribunales ordinarios...”, op. cit., pp. 1-37. Martínez-Várez García S. y De la Cuadra-Salcedo, J. T., (2014). “La tutela multinivel de los derechos fundamentales”, op. cit.

⁷⁶⁸ STC, Pleno nº 26/14. En esta línea también se han proyectado varios tribunales constitucionales de los EM, STJUE, GS de 11-12-2018, asunto Heinrich Weiss y otros, C-493/17, planteado por el TC Alemán.

prejudicial. De no realizarlo, se causaría -como mismo ha señalado el TC respecto a los juzgados ordinarios- una vulneración indirecta. Cuestión que entiendo también tiene que ser tenido en cuenta directamente por el propio TC, es decir, estaría cometiendo el propio TC una vulneración indirecta del art. 24.1 CE, si llegado nuevamente el momento, no planteara una cuestión prejudicial.

Esto nos conduce a preguntarnos para luego valorar ¿hasta dónde puede llegar en estos momentos el control absoluto del TC sobre los derechos fundamentales reconocidos en la LO 4/00 respecto a los extranjeros amparados en la CE que a su vez están en armonía y conexión con la CDFUE, reconocida en nuestro derecho interno a través de la LO 1/08? Entiendo que ya ese control absoluto basado solo y sobre los derechos reconocidos en la CE a los extranjeros, no está del todo presente⁷⁶⁹. Ya sea por la vía del art. 10. 2, o del art. 93, ambos de la CE, por la vía indirecta de la LO 1/08, o por la vía directa reconocimiento automático que haga el legislador sobre esos derechos reconocidos en las normas internacionales, regionales o supranacionales⁷⁷⁰, el TC deberá reconocer cual es nivel que ofrece mayor contenido, alcance y garantías, ello tras un análisis interpretativo sistemático, hermenéutico los estándares superiores de dichas normas y en caso que los mismos sean mínimos en comparación con el contenido de nuestro derecho interno, entonces aplicar los derechos fundamentales nuestros al alza de dicho estándar de garantías. En fin, en el caso concreto de la materia en estudio, el monopolio absoluto sobre la interpretación de los derechos y libertades fundamentales bajo las circunstancias señaladas, deben dar paso al diálogo, (art. 10.2, 13 y art. 93 CE⁷⁷¹), dejando precisamente a través del citado mecanismo, que se defina que estándar de garantías sea superior, si el derecho nacional o el DUE o en su caso el Convencional. Si del fruto del citado diálogo en sentido general prevalece la supremacía del DUE, deberá el TC entonces proyectar su interpretación del derecho fundamental concreto en ese sentido de lo contrario aplicar nuestro estándar o el estándar Convencional.

La línea interpretativa actual del TC en cuanto al dialogo multinivel es positiva, al continuar promoviendo que se realice y últimamente señalando a los tribunales ordinarios el diálogo entre los tribunales a través de la cuestión prejudicial⁷⁷², habiendo superando así en parte su posicionamiento y su anterior aislamiento. Esto ha ido repercutiendo en los órganos ordinarios nacionales, aunque de manera muy incipiente en los supuestos de

⁷⁶⁹ Una muestra de ello es la ya mencionada STEDH, Sec. 4ª, asunto Ponomaryovi c. Bulgaria, la cual realiza un análisis de derecho comparado sobre el derecho de la educación en los 27 EM, citando dentro de dicho análisis la STC Pleno, nº 236/07. Como señala García Roca, J. F., (2014). “Del diálogo entre los Tribunales Constitucionales...”, op. cit., p. 145, “*No hay finalmente control de convencionalidad, pero se decanta un estándar mínimo y se invita tácitamente a la reforma legislativa. Un primer y diplomático toque de atención al Estado demandado*”.

⁷⁷⁰ STC, Pleno, nº 172/20, FJ 8-C, inciso b), punto (iii), legitima la constitucionalidad del apartado 2 del Régimen especial de Ceuta Melilla, en el cual el legislador regulo que los rechazos en frontera se han de realizar en todo caso, respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte. Lo significativo de esta sentencia es que en nuestro derecho interno la LO y su ROLEX no tiene un procedimiento establecido para ello. Aspectos en los que se profundizará en el punto 5.2.1 *infra*. Por lo que habrá que aplicar directamente los procedimientos de los instrumentos internacionales y su normativa sustantiva como art. 6 CEDH, art. 47 CDFUE, entre otros.

⁷⁷¹ Roca i Trías, E., & García Couso, S., (2017). “¿Es real el diálogo entre tribunales?...”, op. cit., pp. 529-548.

⁷⁷² Jimena Quesada, L., (2017). “La Cuestión Prejudicial Europea...” op. cit., p. 276.

la materia en estudio⁷⁷³, a través de nuevos planteamientos de cuestiones prejudiciales para que el TJUE vuelva a reflexionar sobre la lectura de los mismos, ((p. ej.), art. 4, 6.1, 12, 17 de la Directiva 2003/109, RLD y antecedentes penales, o sobre los límites del efecto directo de las Directivas en este caso la Directiva 2008/115/CE en perjuicio del nacional del tercer Estado, con omisión e inaplicación de disposiciones internas más beneficiosas en materia sancionadora), activándose la doctrina de los contra-límites, en razón de la existencia de un contraste, entre la interpretación que ya ha dado el DUE y la interpretación que realiza el TS Español y en determinados casos de la jurisprudencia del propio TC, de las propias Directivas y de la LO 4/00 y su ROLEX. Aunque esa proyección y evolución hacia el diálogo está aún lejos de las expectativas de la UE⁷⁷⁴.

No obstante, la realidad actual en nuestro derecho interno es que se evidencia mayoritariamente una reticencia de todos los operadores jurídicos a la solicitud unos y planteamientos otros de las cuestiones prejudiciales, teniendo por ende una repercusión y efectos negativos en la determinación de los estándares superiores del derecho fundamental en análisis, así como en las resoluciones judiciales resolviendo las medidas cautelares en los procesos de extranjería (expulsión con existencia de menores en la vida

⁷⁷³ Los Informes estadísticos del CGPJ y del TJUE, del año 2018 denotan un ligero incremento de planteamientos de cuestiones prejudiciales. En el año 2019, se han planteado diferentes cuestiones prejudiciales sobre la materia, tanto por juzgados contenciosos, como el nº 5 de Barcelona (asunto C-592/19), el nº 17 de la misma ciudad, (asunto C-503/19, C-746/19), así como varias cuestiones prejudiciales presentadas por el TSJCM, Asuntos C-448/19, C-451/19, C-531/19, C-532/19, C-533/19, C-534/19, C-549/19, C-567/19, C-568/19 y C-501/20. De estas hay ya resueltas y otras archivadas por ser del mismo contenido. Pendientes en trámite al momento de depositar este trabajo, los asuntos C-451/19, C-532/19, C-746/19. Resueltas asuntos C-592/19 y C-503/19, a través de STJUE Sala 4ª de 3-09-2020, en la cual señala que la interpretación de la Directiva 2003/109/CE RLD en su art. 6-1 dada por algunos órganos jurisdiccionales nacionales respecto a los antecedentes penales y la denegación de la citada residencia se opone a la Directiva pues el mero hecho de que tenga antecedentes penales no es motivo para tal denegación. También ha sido resuelto el asunto C-448/19 por sentencia de Sala 9ª, de 11-06-2020, asunto WT c. España, la cual en sus apdo. 19, 22-25, señala claramente que la interpretación dada por la jurisprudencia nacional refiriéndose al TS de la Directiva 2001/40/CE (normas comunes reconocimiento decisión de expulsión por los EM), es incorrecta y no pueden justificar una interpretación diferente del art. 12 Directiva 2003/109/CE, RDL, aspecto que ya había rectificado el propio TS en su STS Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 321/20 de 4-03-2020, Rec. 5364/18 FD 9. Más crítico ha sido el TJUE en el asunto C-568/19 sentencia Sala 6ª de 8-10-2020, asunto MO donde en sus apdo. 34-37, señala que los EM y en especial los órganos jurisdiccionales españoles, encargados de dilucidar si la norma nacional está en correspondencia con el DUE, descarta realizar esa opción interpretativa y aplica directamente una Directiva en perjuicio de los interesados, actúa contrario al DUE. Es el órgano jurisdiccional nacional el encargado y el que está en condiciones de interpretar su normativa nacional (en nuestro caso el TS a través del actual recurso de casación). Cuestión que en definitiva realizó el TS de forma contraria al DUE en el fondo del asunto STS, Sala 3ª Sec. 5ª, nº 980/18 de 12-06-2018, Rec. 2958/17, FD 4-7, donde estableció su doctrina respecto a la expulsión por circunstancias del art. 53.1-a) LO 4/00, estancia irregular, sin ninguna otra circunstancia agravante, a partir de la STJUE C-38/14, Zaizoune, decidiendo aplicar de forma directa una Directiva en contra de los interesados, violando así el TS el DUE.

⁷⁷⁴ Informe Derechos Fundamentales años 18/19, FRA <https://fra.europa.eu>. Revisado 18-12-2019, pp. 43-59. Las estadísticas del TJUE reflejan como otros órganos jurisdiccionales de otros EM ven la utilidad e importancia de dicho dialogo.

familiar⁷⁷⁵, expulsiones de CUE y sus familiares⁷⁷⁶, expulsiones de RLD⁷⁷⁷, solicitudes iniciales de RLD⁷⁷⁸, devoluciones, estudiantes, etc.), no se tienen en cuenta el constitucionalismo multinivel o tutela multinivel y el desplazamiento de los estándares en correspondencia con el supuesto concreto.

Lo dicho hasta el presente hace cerrar el circuito, como en una especie de silogismo, los derechos regulados por el DUE-CDFUE y sus normas determinantes en la materia inmigratoria están a su vez reconocidos por la CE, la LO 1/08 y la LO 4/00 y sus Reglamentos, todos hacen que su aplicación e interpretación se inicien directamente, primero por la jurisprudencia del TJUE, luego por los EM de acuerdo con si el acto de la Unión es reglado, claro o permite margen de maniobra del EM o viceversa. Ello indudablemente hará que deba cambiar en cierto grado y medida la interpretación y jurisprudencia interna, atendiendo al efecto directo y útil del DUE. Exigirá analizar no solo si los extranjeros son titulares de aquellos derechos cuyo ámbito de aplicación subjetivo no viene definido por una cláusula excluyente, (p. ej.) el “solamente los españoles” que utiliza el art. 13.2 CE, sino también, la diversidad e intensidad de la modulación que realiza el legislador de la UE, cuando se trata de regular el ejercicio por parte de los extranjeros de los derechos mencionados en la Carta. Se anexa a lo anterior, siendo indiscutible que toda la normativa internacional, regional y supranacional, hará sin lugar a dudas transformaciones interpretativas constitucionales⁷⁷⁹ y en el orden jurisdiccional ordinario.

Lo anterior no discurre por un camino de rosas, sino por un camino empedrado de una jurisprudencia de los citados tribunales que no siempre es clara (así se refleja del propio

⁷⁷⁵ La interpretación conjunta del art. 18.1 y 24 CE, con art. 8 CEDH y art. 7 CDFUE. Es elocuente la falta de integración interpretativa del sistema multinivel y en especial del DUE, intimidad familiar/vida familiar y privada. Como se ha expuesto con anterioridad punto 4.2-4 *supra*, la interpretación sistemática se realiza solo a partir del art. 8 CEDH, donde el TC en su jurisprudencia interpretativa ha desarrollado la misma sobre la base del art. 10.2 CE y los efectos de los derechos de los tratados respecto al contenido de los derechos fundamentales de nuestra CE, sin embargo, si la interpretación se realiza sobre la base del art. 7 CEDH y la jurisprudencia del TJUE debe llevar otro matiz interpretativo y si dicha interpretación es realizada por el TS al ser un órgano jurisdiccional el efecto vinculante de la jurisprudencia del TJUE es obligatoria. SSTS, Sala, 3ª Sec. 5ª nº 19/19, de 19-2-2019, nº Rec. 5607/17; Sec. 5ª nº 257/19, de 27-2-2019, nº Rec. 5809/17.

⁷⁷⁶ STS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 160/19 de 11-02-2019, Rec. 5211/17. Expulsión por razones de orden público de familiar de CEU, determinación de norma a aplicar, LO 4/00 o RD 240/11. Del estudio de la misma salta a ojos vista como el TS no ha tenido en cuenta ninguna de los fundamentos doctrinales y jurisprudenciales antes expuestos. Incluso entrando en contradicción con su propia jurisprudencia, en este caso de la Sala Civil que reconoce el matrimonio desde el momento de su celebración. En el presente asunto el TS luego de reconocer que existe un matrimonio con un CUE estima que se ha de aplicar el régimen general de la expulsión y no el RD 240/07, ratificando la expulsión, cuando no cabría otro pronunciamiento que la nulidad del procedimiento, atendiendo al DUE art. 7, 9, 19, 47 y 48 CDFUE y de la propia Directiva 38/04/CE. Superada por STS Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 1472/20, Rec. 3160/19, FD 5-7.

⁷⁷⁷ SSTS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 191/19, de 19-2-2019, Rec. 5607/17; Sec. 5ª, nº 257/19, de 27-2-2019, nº Rec. 5809/17. En ambas sentencias el TS considera que no ha de examinar las circunstancias del arraigo, por ende no tiene en cuenta los Considerandos 12 y 16 y los art. 5 y 12 Directiva 2003/109/CE, relativa a la RLD. Como ya se ha citado lo anterior puede ser considerado como una especie de discriminación indirecta o inversa. Esta doctrina ha sido superada por STS Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 1125/20 de 27-07-2020, Rec. 3522/19, FD 3-4 y anteriormente Sec. 5ª, nº 321/20 de 4-03-2020, Rec. 5364/18; Sec. 5ª nº 1865/19 de 19-12-19, Rec. 222/19. Tuvo en cuenta el TS para superar su propia doctrina STC Sala 2ª nº 14/17, FJ 5-6.

⁷⁷⁸ STS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 1150/18 de 5-07-2018, Rec. 3700/17.

⁷⁷⁹ Arroyo Jiménez, L., (2016), *Empatía constitucional...*, op. cit., p. 11 y ss.

TEDH, del TJUE, y de los Tribunales Constitucionales de los diferentes Estados, sin estar exento nuestro TC). No siempre se aplican los mismos razonamientos en cuanto al efecto directo o primacía del DUE, o en cuanto al desplazamiento de los estándares, ello según ALONSO GARCÍA, refiriéndose a la jurisprudencia del TJUE, de seguir así con esos “...derroteros, de construir sin rigor y a la baja de los estándares europeos de la Carta...”⁷⁸⁰, en ámbitos tan sensibles como los aquí tratados, entiende, -y en este sentido coincido con el mismo-, que los Tribunales Constitucionales de los EM irán nuevamente a establecer sus hipotéticos estándares superiores de protección de la mano de sus catálogos nacionales⁷⁸¹ o utilizando la doctrina de los contra-límites al DUE⁷⁸².

5.2.1- Constitucionalismo multinivel efectividad y eficacia en el recurso cautelar.

El sistema multinivel antes estudiado repercute también sobre el proceso o procedimientos, sobre derechos procesales nacionales. Este último como se ha dicho queda dentro del ámbito de libre configuración del legislador nacional, (así lo hemos visto tanto por el TEDH, como por el TJUE). Se parte de la premisa teórica de que se ha de respetar el Derecho procesal nacional y sus garantías, pero a su vez se interconectan con el art. 6 y 13 CEDH y los art. 41, 47 y 48 CDFUE y del resto de procedimientos de los instrumentos internacionales de los cuales España es parte. Por tanto, al contenido y alcance de estos últimos y la jurisprudencia creada al respecto por sus respectivos tribunales y órganos de control repercuten sobre el primero.

En la materia en estudio lleva a cuestionar si los recursos que tenemos respecto a las medidas cautelares para el Derecho de Extranjería, tanto en el procedimiento administrativo, como judicial, son efectivos, eficaces, suspensivo y en determinados casos suspensivo automático. La respuesta a dicho cuestionamiento sería que nuestros recurso adolecen de la efectividad plena, eficacia, suspensión y del automatismo de la suspensión sobre medidas cautelares en la materia investigada, excepcionando limitadamente, como se verá en la segunda parte, algunos de los procedimientos sancionadores de acuerdo con el art. 90.3 LPACAP, aplicación supletoria (capítulo II-2.2.1).

El juez nacional⁷⁸³ tiene y tendrá que aplicar el DUE cuando el mismo esté actuando en el campo de derecho administrativo de la DUE sobre materia de inmigración. Tendrá que tener presente los arts. 41 y 47 CDFUE, unido al principio de autonomía institucional o procesal derivada de este último y del margen de maniobra que conceda el DUE en

⁷⁸⁰ Alonso García, R., (2014). *El Juez Nacional en la Encrucijada*, op. cit., pp 62-69.

⁷⁸¹ Vid. nota 543. La citada STC, Sala 1ª, nº 22/18, que ratifica la nº 232/15, FJ 4 del Pleno, ambas, señalan que el DUE, no es canon de constitucionalidad, como tampoco lo es el fenómeno de la integración europea, que se instrumenta a través del art. 93 CE, ni el principio de primacía del DUE que rige las relaciones entre ambos ordenamientos, han dotado a las normas del DUE, originario o derivado, ‘de rango y fuerza constitucionales’ [por todas, STC, Pleno, nº 215/14, FJ 3]. Aunque ha matizado que, ello no significa, obviamente, que dicho Tribunal deba abstenerse de cualquier valoración sobre un acto de los poderes públicos ante él recurrido cuando el mismo aplica el DUE, como ha sido en la STC Pleno, nº 172/20, FJ 8-C, primer párrafo o Sala 1ª, nº 26/20, FJ 6.

⁷⁸² Romboli, S., (2017). “Los Contra-Límites...”, ob. cit.

⁷⁸³ Álvarez Carreño, S. M., (2019). “El reto del Juez Nacional como Juez Europeo”, en F. López Ramón , & J. Valero Torrijos, *Actas del XIV Congreso de la AEPDA: 20 años de la Ley de lo de lo Contencioso-Administrativo*. Congreso (14º/2019. Murcia), (pp.247-287). Madrid: INAP. Martín Rebollo, L., (2016). “Sobre el papel del juez nacional...”, op. cit., pp. 173-192. Alonso García, R., (2014). *El Juez Nacional en la Encrucijada...*, op. cit. p. 23. pp. 31, 38, 62-69, 76 y 144.

cuestión en relación con el art. 24, 103.1, 106.1 y 117.3, todos de la CE. Cabrá entonces cuestionar la existencia o no, de mayores garantías, en ese sistema multinivel, siempre y cuando ello no ponga en peligro la unidad y principio de efectividad en la aplicación del DUE. Sin poder dejar de tener muy en cuenta los estándares mínimos establecidos en el art. 6 y art. 13 CEDH. Así como todos aquellos requisitos procesales de garantía que establezcan los Tratados y convenios internacionales de los que España es parte. [STC, Pleno, nº 172/20, FJ 8-C, inciso b), punto (iii), Vid. nota 770]. Por ende, el juez ordinario al momento del análisis *prima facie* de la medida cautelar deberá tener presente estos presupuestos multinivel.

El principio de autonomía institucional o procesal en lo que aquí ahora nos interesa se encuentra en nuestro derecho interno implícito en el art. 24 CE el cual rige la tutela judicial efectiva, en su vertiente cautelar y de un recurso efectivo y eficaz, previa configuración por el legislador. Por tanto, será este último quien configurara su efecto suspensivo o su efecto suspensivo automático. Esta configuración debe hacer discurrir el procedimiento y los mecanismo procesales que sirvan para garantizar los derechos y obligaciones derivados del DUE, el legislador deberá respetar los parámetros derivados del art. 47 CDFUE, no solo ya el trato procesal equivalente y eficaz en la defensa del cumplimiento de tales derechos y obligaciones⁷⁸⁴, sino también tener en cuenta, el más elevado estándar de garantías en comparación a su vez con el art. 6 y 13 CEDH. Por tanto, sólo si, configurando un canon de recurso que genere un estándar superior del derecho fundamental en cuestión, (un recurso efectivo y eficaz con efecto suspensivos o sus efectos suspensivos automáticos), estará dicho recurso en equivalencia y armonización con los estándares mínimos de los arts. 6 y 13 CEDH y art. 47 CDFUE, ello unido a una unidad en la interpretación, la aplicación coherente y más garantista de dicho derecho. Esto será lo que nos permitirá que nuestro ordenamiento interno sea efectivo ante el sistema del DUE o del Derecho europeo⁷⁸⁵.

Inevitablemente lo expuesto nos hace volver a retomar la STC, Pleno, nº 172/20, FJ 8-C, inciso b), punto (iii) debido a su trascendencia de acuerdo con lo aquí tratado. Del resultado de la misma permite realizar varias lecturas, pero en lo que nos interesa se van a realizar dos: i) ¿cuándo el legislador configuro el apartado 2 del Régimen especial de Ceuta y Melilla en el 2015, tenía una toma de conciencia elevada de lo aquí expuesto y fue totalmente previsor y garantista, llevando al alza los derechos humanos ante los rechazo en frontera que configuraba, previendo que los mismos se realizarán respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte, por lo que demostraría el carácter dinámico positivo del diálogo multinivel y su repercusión en la esfera legislativa o el análisis del carácter dinámico del Derecho de Extranjería que conlleva a dictar normas con dichas garantías?; ii) o el TC al momento de dictar su sentencia estuvo plenamente convencido que la configuración dada por el legislador es la correcta por la elevada carga de garantías que recoge la interpretación gramatical de la norma. (En la segunda parte como se ha expuesto se realizaran otros análisis al respecto).

⁷⁸⁴ Bustos Gisbert. R., (2017). “La aplicación judicial...”, op. cit., pp. 333-359.

⁷⁸⁵ Ugartemendia Eceizabarrena, J. I., (2019). “Puntos de incidencia de la cuestión prejudicial...”, op. cit., pp. 204-222. Muñoz Machado, S., (2015). “La Constitución...”, op. Cit. Sánchez Barrilao, J. F., & Sánchez Lorenzo, S. A., (2014). “Sumisión tácita, derechos de defensa y competencia judicial internacional...”, op. cit., pp. 5-14.

En lo que ahora nos toca de las dos lecturas señaladas se tendrá que decir, que la primera tiene sus grietas, ya que el legislador hace una remisión en blanco a una normativa internacional muy amplia y segundo no configura internamente ningún procedimiento para hacer viable aquella normativa internacional sustantiva y procesal, por lo que traerá serias consecuencias procesales para los interesados, para los operadores jurídicos y para los propios órganos jurisdiccionales (fundamentalmente en lo relacionado con el art. 135.2 LJCA, medidas cautelarísimas). Esto sin entrar en los tema del debate parlamentario, los antecedentes que llevaron a la inclusión de dicha disposición en la LO 4/15, (Protección de la Seguridad Ciudadana de 30-03-2015, en lo sucesivo LOPSC), entre otros, siendo algunos de ellos objetos del recurso inconstitucionalidad. En cuanto al segundo punto, la decisión de declarar constitucional dicha disposición de régimen especial de rechazo en frontera por el TC, nos lleva a ratificar que toda la normativa internacional y de la UE protectora de los derechos humanos ha de ser admitida a *prima facie* en las medidas cautelares, incluido los efectos suspensivos automáticos de los recursos y las medidas cautelares positivas.

En resumidas cuentas, lo dicho es lo que ha alertado BALAGUER CALLEJÓN, que hay que conocer las características específicas de la protección ofrecida por cada nivel, que será la que nos permitirá ver el reconocimiento y protección de los derechos en esos diferentes niveles⁷⁸⁶, llevado ello a nuestro procedimiento o proceso de medidas cautelares, en unión de la STC Pleno, nº 172/20 se traduciría, en una reforma más garantista de la LO 4/00 en su art. 20, 21 y 61, y en el caso del art. 129 y ss. LJCA, en especial del art. 135.2, que son hoy los instrumentos procesales con que contamos para poder llevar a cabo lo configurado por el legislador y ratificado por el TC, que llevaría a que el juzgador tendría que tener en cuenta todos los aspectos antes señalados y los que abordare en el siguiente capítulo.

Como se ha señalado el espinoso e intrincado entramado del análisis multinivel⁷⁸⁷ conduce en determinados momentos a apreciar las cosas positivamente de acuerdo con el respaldo y configuración que da del mismo el legislador a dichas normas multinivel. Si a ello le unimos que cuando el TEDH señala que no es competente en principio para revisar los actos de las Altas Partes contratantes del Convenio cuando aplican el DUE⁷⁸⁸ y la materia aquí tratada proviene de esa fuente, recobra más fuerza positiva lo señalado en la STC Pleno, nº 172/20, FJ 8-C, primer párrafo, cuando reconoce claramente que la problemática del rechazo en frontera es un problema del DUE, por tanto, se ha de aplicar el art. 47 CDFUE y la jurisprudencia del TJUE al respecto.

La complejidad práctica de lo anterior no solo está dada en lo ya expuesto, sino en el futuro cuando, (p. ej.), en aquellos supuestos donde los extranjeros nacionales de un Estado perteneciente al CEDH, y a la CIPDTMF, (Vid. nota 206) pero que dicho Estado no sea miembro de la UE, residan en régimen general de extranjería en un EM de la misma, o estén casados o parejas de hecho de un CUE, o sean RLD, y por razón de orden

⁷⁸⁶ Balaguer Callejón, F., (2008), “Constitucionalismo multinivel y derechos fundamentales de la Unión Europea”, en *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces Barba*. (Vol. II, 1ª Ed., pp. 133-158). Madrid: Dykinson. Matia Portilla, F. J., (2018). “España...”, op. cit., pp. 37-69.

⁷⁸⁷ Fondevila Marón, M., (2017). “Control de Convencionalidad...”, op. cit., pp. 347-360.

⁷⁸⁸ Como se ha expuesto la UE no es miembro del sistema del Convenio, pero sí todos los EM de forma individual son miembros del Convenio, nos remite así a la ya mencionada protección equivalente en el ámbito de la propia UE, o a la existencia de pronunciamientos previos por parte del TEDH al respecto. Antón Guardiola, C., (2007), “TEDH. Sentencia de 30.06.2005, Bosphorus...”, op. cit., pp. 943-957.

público (antecedentes penales), salud, o cualquier otra causa sobrevenida, dicho estatus migratorio es revocado. ¿Qué derecho humano o fundamental aplicar *prima facie*?, ¿Qué derecho procesal más garantista adoptar (recurso efectivo, eficaz suspensivo, suspensivo automático), ante una solicitud de medida cautelar? Quizás la respuesta teóricamente podría ser, se aplicaría el derecho o el sistema que mayores garantías ofrezca, el que vaya al alza de los estándares⁷⁸⁹. Sin embargo, la verdadera respuesta sería muy compleja, atendiendo a todos los razonamientos antes expuestos.

Como señala el profesor FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, citando a LAPORTA, asimilar tanta abundancia de derechos y evitar la indigestión a la que ésta suele dar lugar no ha sido fácil, ni puede decirse tampoco que se haya logrado por completo⁷⁹⁰. Como he expuesto, quizás en el plano de nuestro derecho constitucional interno pudiera decirse que una parte del problema podría estar resuelto si España firma la CIPDTMF; pues respecto a los Tratados y Convenios Internacionales, atendiendo a la línea interpretativa del TC, Pleno, nº 172/20, cosa distinta es que este matice, reinterprete o se desdiga de la misma y continúe sosteniendo de que los derechos y libertades proclamados por los Tratados y Convenios internacionales suscritos por España, no tienen rango constitucional, en cuanto no estén consagrados por nuestra propia Constitución. Otra cosa es que veamos el propio contenido de los Tratados y Convenios que debe ser tenido en cuenta o ampliados en sus propios efectos *self-executing*, donde no se podrá invocar disposiciones de derecho interno, como justificación del incumplimiento del mismo, a la hora de interpretar el contenido y alcance de los derechos fundamentales que ésta reconoce.

Siguiendo la estela de las interrogantes antes planteadas en este capítulo se ha de responder, como se ha de apreciar, determinar o aplicar determinados derechos fundamentales ante una solicitud o adopción de una medida cautelar en este sistema multinivel. Se tomó como referencia, el controvertido derecho a la intimidad familiar, vida privada familiar (art. 8 CEDH, art. 7 CDFUE y art. 18.1 CE, punto 4.2-4 *supra*). Su estándar mínimo como he expuesto es el que ha definido el TEDH y el TJUE. El punto de inflexión del conflicto multinivel surge en la determinación del contenido, alcance, valoración⁷⁹¹, interpretación y aplicación⁷⁹² de ese contenido mínimo establecido por la jurisprudencia multinivel, a ello se ha de agregar el propio margen de apreciación del TC. El resultado de dicha inflexión es que el TC español aprecia e interpreta de forma restrictiva⁷⁹³ el contenido del art. 18.1 CE respecto a la materia aquí tratada, realizando

⁷⁸⁹ Bustos Gisbert, R., (2017). “La aplicación judicial...” op. cit., pp. 342.

⁷⁹⁰ Fernández Rodríguez, T. R., (2008). “¡Demasiados derechos!”, en I. Agirreazkuenaga Zigorraga. (Coord.). *Derechos Fundamentales y otros estudios en homenaje al profesor Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*. (Vol. I. *Derechos fundamentales. Aspectos generales*, pp. 131-140). Zaragoza: El justicia de Aragón, (pp. 131-132).

⁷⁹¹ Entre dichos instrumentos de valoración, se encuentra, (p. ej.), los creados por la doctrina y la jurisprudencia italiana, valoración “sustancial”, elaborada por el TC italiano o el criterio de la tutela más “contundente” o más intensa, los denominados “actos de desobediencia institucional”. En este sentido se puede ver Romboli, S., (2017). “Los Contra-Límites...”, ob., cit.

⁷⁹² STEDH, Sec. 3ª asunto Saber y Boughassal c. España, apdo. 32, ejemplifica claramente, como desestima la excepción alegada por la Abogacía del Estado Española respecto de la falta de competencia del Tribunal para el análisis de una cuestión relativa a la Directiva 2003/109/CE de 25-11-2003, RLD, existencia de antecedentes penales, expulsión y vida familiar. En ella, el TEDH señala su competencia, atendiendo a que se limita al control del respeto de las exigencias del Convenio, en este caso concreto, del su art. 8.

⁷⁹³ Matia Portilla, F. J., (2020). “¿Los menores tienen un derecho a no ser separados de sus progenitores?...”, op. cit., pp. 264-265 y 275. Señala críticamente el autor que a pesar de que el CEDH y la CDFUE no

un desplazamiento interno de la garantía del art. 18.1 CE al art. 39. 1 y 4 CE. Desplazamiento interno, en este caso a la baja de dicho estándar al no estar el art. 39 CE en el núcleo duro de la clasificación de los derechos respecto al estatuto jurídico de los extranjeros.

5.3- Conclusiones parciales.

En conclusión de todo lo antes dicho se puede exponer que con independencia del posicionamiento jurisprudencial de nuestro TC, señalando que no le corresponde aplicar la norma del DUE, ni el control de los derechos fundamentales de la UE, como tampoco el control de la convencionalidad, su evolución y posición a favor del dialogo entre tribunales ha sido progresiva, exigiendo a los órganos ordinarios a través del art. 24.1 CE como les corresponde aplicar las cuestiones estudiadas al respecto.

1.- Dicha voluntad de diálogo se ha expresado por dos vertientes: i) la suya propiamente dicha, al plantear el mismo una cuestión prejudicial y la ii), por el nivel de exigencia a través de su propio control de constitucionalidad del art. 24 CE exigiendo a los tribunales ordinarios, incluido el TS, la necesidad del planteamiento de cuestiones prejudiciales. El resultado final, por una vertiente u otra, es el aumento del diálogo progresivo a la interpretación, armonización de los derechos fundamentales en cuestiones tan novedosas y ante las nuevas realidades jurídicas existentes.

2.- Atendiendo al tenor anterior, de las sentencias, comentarios y críticas de la doctrina especializada puede decirse respecto del sistema multinivel existente en la región que el mismo debe continuar desarrollándose, profundizándose en el dialogo entre los diferentes tribunales para continuar determinando los estándares superiores de los derechos fundamentales. Por tanto, dicho diálogo servir de canon de control de las garantías de dichos derechos.

3.- En nuestro derecho ordinario, las normas LO 1/08, la LO 7/15 y la Ley 25/14 vinculan a los jueces nacionales a la aplicación los derechos de la CDFUE, del CEDH y de los Tratados Internacionales. Todos bajo el paraguas del art. 10.2, 93 y 96 de la CE así de la jurisprudencia del TC al respecto.

4.-De lo anterior no escapa la materia en estudio, donde prima el DUE, manifestado en la propia LO 4/00 y ROLEX, (así como los instrumentos jurídicos que se aplican a la materia de Asilo y Refugio). El hecho de asumir el acervo del DUE, incorpora a la realidad del juez ordinario nacional la obligación en su enjuiciamiento del contenido material de la LO 4/00 y ROLEX, contrastándolo, en primer lugar, con el DUE, (tanto con el originario como el derivado, a través de la cuestión prejudicial), luego con el Derecho europeo, y con el sistema convencional. Procediendo finalmente, según las circunstancias a un control de cuestiones de inconstitucionalidad. Siendo la muestra más gráfica de ello la STC Pleno nº 172/20.

5.- Los operadores jurídicos nacionales deberán analizar que nuestro Estado al ser parte integrante de los sistemas de la región, pueden solicitar o tener en cuenta de acuerdo con

impiden que los jueces nacionales apliquen estándares superiores de protección de los derechos si así lo exige su constitución nacional, lo que no permiten ambos instrumentos es la aplicación de estándares a la baja o inferiores al por ellos establecidos. Esto es lo que sucede con el art. 18.1 CE, intimidad vida privada y la vida familiar o el derecho de los menores a no ser separados de los progenitores que cuidan de ellos (ninguno de los derechos se incluye en el contenido duro de los derechos fundamentales que señala el art. 53.1 CE, al no ser coextenso el art. 8.1 CEDH con el art. 18.1 CE). Para ello el autor se apoya en SSTC nº 236/07; nº186/13 y ATC Pleno, nº 40/17, FJ 3.

el margen de maniobra o apreciación de los mismos, aquellos estándares que sean más beneficiosos y garantistas en cuanto a la protección de derechos fundamentales y libertades públicas de los extranjeros al momento del análisis de la solicitud o adopción de medidas cautelares respecto al Derecho de Extranjería. Para ello:

a)- Se analizará si se trata de un supuesto no incluido en el ámbito de aplicación del DUE, o si lo es, se deberá tener en cuenta el grado de afectación de los principios de primacía y efecto útil del mismo.

b)- Definido que el ámbito de actuación es el de aplicación del DUE, se tendrá que definir o precisar si la actuación está totalmente reglada por la regulación del DUE. De estarlo, únicamente se pueden utilizar como parámetro de control en materia de derechos fundamentales los propios de la UE.

c)- De no existir una regulación detallada o una armonización completa por parte del DUE (siguiendo la doctrina de control en el margen de maniobra), los EM pueden aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales o en su caso del CEDH (art. 52.3 CDFUE). Ello, siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la CDFUE, (primacía, unidad y efectividad del DUE).

Atendiendo a todo lo expuesto en los capítulos anteriores se procederá en el próximo capítulo a realizar una aproximación de conformación de una teoría general cautelar para las medidas cautelares en el Derecho de Extranjería tomando en consideración todos los aspectos positivos antes señalados.

CAPITULO- VI. - Aproximación a una teoría general y definición conceptual de las medidas cautelares en el Derecho de Extranjería.

6.1- Consideraciones previas.

Hasta lo aquí expuesto, se han desarrollado aquellos derechos humanos, derechos y libertades públicas fundamentales que tanto a nivel internacional, regional, supranacional y a nivel interno pueden tener una incidencia importante al momento de solicitar o adoptar una medida cautelar en el tema en estudio. Resaltando ello una especial complejidad jurídica multinivel, donde el DUE tiene una participación importante, pues su efecto útil y directo prevalece sobre el derecho interno. Por ende, es inevitable tener en cuenta todos sus principios, sus derechos, mecanismos, funcionamiento y la jurisprudencia del TJUE (la cual vincula a los tribunales nacionales a realizar una lectura *ex novo* de las distintas normas sustantivas y procesales).

A su vez, en esos mismos niveles se han analizado los efectos del recurso cautelar, su eficacia y efectividad en la suspensión del acto administrativo y aquellos supuestos de efecto suspensivo automático. Se ha señalado cómo influye o cómo se determinan dichos efectos en los presupuestos de las medidas cautelares en el derecho interno, tanto en los procedimientos administrativos como en los procesos jurisdiccionales contencioso administrativos ordinarios⁷⁹⁴. Se ha reflexionado cómo el diálogo entre tribunales es

⁷⁹⁴ Recuérdese que se ha acotado el objeto de estudio y no se tratarían las medidas cautelares en varios procesos, entre ellos, el amparo constitucional, art. 56 LOTC. No obstante, al respecto Pérez Tremps P., (2019). *Sistema de Justicia...*, op. cit., pp. 146-148. En este sentido no se puede dejar tener presente la doctrina jurisprudencial sentada por el TC respecto a las medidas cautelares y sus presupuestos. ATC, Sala 2ª, n° 313/99, 15-12-99 (y la jurisprudencia allí citada), el perjuicio es irreparable cuando la ejecución del acto impugnado pudiera provocar la imposibilidad o “excesiva” dificultad en el restablecimiento del

importante a *prima facie* en una medida cautelar en la especialidad en estudio, debiendo ser el resultado de dicho diálogo una interpretación al alza o estándar superior de los derechos humanos, que no permita la regresión en grados sobre la protección de los mismos respecto de los extranjeros en cuanto a su titularidad, contenido, alcance y ejercicio efectivo como derechos subjetivos. Tales observaciones se encuentran en correspondencia con los principios *pro personae, favor libertatis, o in dubio pro libertate*.

Se ha señalado la importancia de la cuestión prejudicial, ya sea como cuestión interpretativa o de validez ante los actos no claros del DUE y los actos nacionales, así como la determinación del nivel de protección equivalente. Sobre estos aspectos, se expuso su carácter novedoso a tener en cuenta al momento de adoptar todo tipo de medida cautelar, tanto suspensivas como asegurativas o positivas, en plena correspondencia con la tutela judicial provisional de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión. Planteando incluso la cuestión prejudicial como un elemento integrante de los presupuestos de las medidas a tener en cuenta al momento de la decisión sobre la medida cautelar en la materia investigada.

Se ha determinado que el DIDH en nuestro derecho interno no conforma un canon directo de los derechos o libertades fundamentales regulados en la CE, pero el TC ha señalado que sí obliga a interpretar los correspondientes preceptos de la CE de acuerdo con el contenido de dichos tratados o convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de la CE. Ello es determinante para los derechos o libertades regulados en la LO 4/00 respecto de los extranjeros. Exigiendo a su vez a los tribunales ordinarios el control de convencionalidad requerido sobre dichos tratados. A su vez, el TC en su sentencia del Pleno nº 172/20 ha legitimado constitucionalmente al legislador en su configuración legal sobre los rechazos en frontera en el Régimen especial de Ceuta Melilla de aplicación directa y automática de las normas DIDH.

En estrecha relación con los derechos humanos se ha insistido en algo por todos conocidos, la indivisibilidad de los mismos, su integralidad maximizadora del sistema global de derechos humanos, vinculados a la dignidad humana -y dentro de ellos los derechos sociales, económicos y culturales-. Sin embargo, como se ha constatado el ejercicio y efectividad de estos últimos en las medidas cautelares de la presente especialidad, más que ser apreciados como aspectos positivos de buen derecho son rechazados con múltiples argumentos. Sin embargo, los informes y estadísticas demuestran que la actividad prestacional de los extranjeros en la economía es activa, es generadora de riqueza, contribuyen con sus obligaciones para con la Seguridad Social, entre otros aspectos. Como se ha dicho, esta sinergia de los derechos sociales -lejos de ser interpretados positivamente e incorporarlos a través del presupuesto del *fumus boni iuris*- en las medidas cautelares son rechazados y apreciados como una perturbación grave a los intereses generales o de terceros.

A su vez, en los capítulos precedentes se ha realizado un análisis respecto a la urgencia de las medidas cautelares y los requisitos para la determinación de la misma: i) garantías de efectividad (calidad, rapidez y efecto suspensivo) y ii) eficacia (requisitos de accesibilidad real y disponibilidad, especialmente en el sentido de que su ejercicio no

recurrente en su derecho constitucional vulnerado que haría perder al amparo su finalidad, convirtiendo una eventual sentencia favorable en una mera declaración de buenos propósitos desprovista de eficacia práctica.

debe ser obstaculizado de manera arbitraria, ni tanto por actos, ni por omisiones de las autoridades estatales), ya que no deben existir trabas administrativas o procesales para ello.

Se ha analizado en los diferentes sistemas estudiados la determinación, previsibilidad o cómo evitar el/los riesgos o daños irreparables e irreversibles a los intereses individuales, así también cómo se han de interpretar los mismos y su alcance (ya sean intereses individuales propiamente dichos, intimidad personal, familia, hijos o daños a sus derechos económicos sociales y culturales, incluidos los medios ambientales). Ello en estrecha relación con el interés general y la determinación o existencia de contraposición entre el interés individual y el interés general. Definiéndose que dichos intereses generales no pueden constituir restricciones desmesuradas, ni un medio de discriminación arbitraria, ni una restricción encubierta, siendo intolerable que tales actuaciones afecten a la esencia misma de los derechos y libertades fundamentales.

Respecto a esto último, se han señalado las obligaciones positivas de los Estados en aquellos supuestos en que los solicitantes de las medidas cautelares se encuentran bajo su responsabilidad directa o indirecta, por lo que será el Estado quien debe garantizar y cumplir estas obligaciones, respecto a MENAS, detenciones e internamientos, situaciones de enfermedad grave o sobrevenidas, medidas contra la trata de personas, etc; esto hace complejo determinar la perturbación grave a los intereses generales o de terceros, ya que en muchas ocasiones es el propio Estado quien incumple su obligación

De todos los aspectos antes señalados tomaremos los positivos para dar los pasos necesarios a proyectar una aproximación teórica-jurídica general⁷⁹⁵ sobre las medidas cautelares de acuerdo con el objeto de estudio en nuestro derecho interno, sin prescindir ontológicamente de los conceptos y términos finalmente consagrados en la ley, conformados históricamente, interpretados bajo principios jurisprudenciales que han dado lugar a las fórmulas y criterios aplicados hasta la actualidad⁷⁹⁶ tales como: i) que el principio de presunción de inocencia en los procedimientos sancionadores no potencia la posibilidad de la suspensión cautelar⁷⁹⁷; ii) que el *fumus boni iuris* debe ser interpretado en sentido general con determinada reticencia y neutralización circunstanciada por el factor tiempo; iii) que la interpretación del cambio de circunstancias, tanto de hechos

⁷⁹⁵ Hernández Corchete, J. A., (2000). “Medidas cautelares en lo contencioso administrativo y Constitución...”, op. cit., pp. 73-87. El autor desarrolla su tesis sobre como debe ser interpretada la tutela cautelar. Dichos criterios son compartidos por quien realiza este trabajo y lo aplica concretamente sobre las medidas cautelares al derecho de extranjería.

⁷⁹⁶ Sala Atienza, P., & Cadenas García, M. I., (2016). *Las Medidas Cautelares...*, op. cit., 59-61. Chinchilla Marín, C. M., (1999). “Los criterios de adopción de las medidas cautelares en la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”, en M. Campos Sánchez-Bordona. *Medidas cautelares en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. (pp. 15-65). Madrid: CGPJ. Como se observará de la doctrina científica y la jurisprudencia que se citará tanto en esta parte como en la tercera, el legislador de 1998 tuvo una gran fuente de trabajo ya que se encontró en materia de medidas cautelares con un derecho de creación jurisprudencial muy elaborado, el cual definía fórmulas o criterios para su aplicación de los que no podía prescindir el legislador. Una muestra de lo anterior como doctrina jurisprudencial general del TS Sala 3ª, tenemos ATS de Sala 3ª, Sec. 4ª, nº 3982/96 de 17-05-1996. Rec. 7636/90, FD 2-4 (autorización trabajo actos de contenido negativo y la jurisprudencia allí citada).

⁷⁹⁷ Rebollo Puig, M., (2017). “La Ejecutividad de las Sanciones tras la nueva Ley de Procedimiento Administrativo Común”, en J. C. Laguna de Paz, Í. Sanz Rubiales & I. M. De Los Mozos y Touya. (Coords.). *Derecho Administrativo e Integración Europea. Estudios en Homenaje al profesor José Luis Martínez López-Muñiz*. (Vol. II, *El actuar de la Administración Pública y garantías de su efectiva legalidad*, pp. 1351-1356). Madrid: Reus.

como jurídicas, han de ser interpretadas ante dos escenarios diferentes: a) la modificación de la medida cautelar propiamente dicha, y b) ante una nueva solicitud, existiendo previamente una solicitud de medida desestimada.

No se pretende, con todo lo antes dicho y la jurisprudencia estudiada, formular una aproximación teórica que genere a su vez una teoría con una especie de dispensas singulares justificadas para el objeto de estudio, sino que lo pretendido es la adaptación de los presupuestos históricos a las nuevas realidades, precisamente cumplir con una de las recomendaciones señaladas en Copenhague y en las Reglas de Brasilia⁷⁹⁸ respecto al acceso a la justicia, creación y mejora de recursos internos efectivos a las personas en condición de vulnerabilidad, tarea encomendada y competencia de los Estados. Dicha aproximación configurativa tiene perfecto encaje en un Derecho Administrativo constitucional, tanto sustantivo, como procesal (art. 24 CE), teniendo un contenido garantista, antiformalista y, a su vez, en correspondencia con las exigencias del DUE. La aproximación configurativa se realiza sobre la base de lo que tenemos hasta el presente; se proyecta dicha reflexión sobre una teoría hacia el futuro, hacia una justicia administrativa cautelar más garantista en la materia objeto de estudio y que contribuya a la solución de muchas de las interrogantes investigativas aquí realizadas⁷⁹⁹.

Es conocido, en sentido general, que la tutela cautelar el fin que persigue es asegurar el que no se pierda la finalidad legítima al recurso y la efectividad de la sentencia o de la resolución administrativa. En el ámbito jurisdiccional contencioso administrativo se une al derecho a la tutela cautelar efectiva (tutela cautelar) el hacer posible la función de control de la actuación administrativa por los tribunales, servir de contrapeso a las prerrogativas de la ejecutividad de los actos administrativos y servir de límite a la

⁷⁹⁸ Las Cien Reglas de Brasilia (2008, actualizadas en la 2018), Cumbres Judiciales Iberoamericanas, partiendo de la Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano (una justicia que protege a los más débiles, apartados 23-34). Las Reglas ponen el acento en garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, documento de naturaleza *soft law*, pero que a pesar de esta naturaleza desarrolla un sistema de vigilancia, control, seguimiento, como instrumento normativo, programático y técnico de alcance general a todos los países destinatarios, creándose o configurando un estándar básico para garantizar el acceso a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad. En lo que aquí nos interesa serían las Reglas 13, 14, migración y desplazamiento interno, Reglas 22, 23, privación de libertad, estas últimas en relación con la Regla 25-34, asistencia legal para garantizar la efectividad de los derechos y garantías procesales, acceso a la justicia, proceso equitativo, medidas para la simplificación al acceso, en correspondencia con art 6.1 CEDH. Delgado Martín, J., (2019). “Guía comentada de las Reglas de Brasilia, Comentarios a las Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad”. *Herramientas Eurosocial, Cohesión Social en la práctica*, nº 23, pp. 51-55, 74-75, 91-92. Ribotta, S., (2013). “Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las Personas en condición de vulnerabilidad. Vulnerabilidad, pobreza y acceso a la justicia”. *Revista Electrónica Iberoamericana*, vol. nº. 6, nº. 2, recuperado 22-04-2018.

⁷⁹⁹ Díez-Picazo Giménez, L. M., (2019). “Reflexiones sobre la Justicia Administrativa en España”, en F. López Ramón, & J. Valero Torrijos, *20 años de la Ley de la Contencioso- Administrativo. Actas del XIV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*. (pp. 633-663). Madrid: INAP. Teso Gamella, P. M., (1999). “Medidas cautelares y Derecho sancionador”, en M. Campos Sánchez-Bordona. (Dir.). *Medidas cautelares en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. (pp. 183-212). Madrid: CGPJ. La autora concebía que las medidas cautelares podían ser perfectamente, “...uno de los elementos decisivos para paliar la crisis de la justicia administrativa”, (p. 189). Téngase en cuenta que una medida cautelar adecuada proporcional en la presente especialidad puede contribuir al fortalecimiento de los principios de un Estado Democrático y de Derecho, se estaría contribuyendo precisamente al cumplimiento de uno de los objetivos del Estado y de la propia UE (interés general, tener una política migratoria y de integración de los extranjeros).

presunción de legalidad de la actuación administrativa. Seguidamente veremos el comportamiento de estos presupuestos generales en la materia aquí investigada.

El carácter casuístico y circunstancial de la presente especialidad en el estudio de las medidas cautelares no impide el establecimiento general de pautas doctrinales o de criterios objetivos de validez general a tener en cuenta para el futuro.

6.2- Teoría general cautelar para las medidas cautelares Derecho de Extranjería.

6.2-1- Consideraciones previas.

Es necesario recordar, como se ha señalado *supra*, que los puntos centrales del nuevo sistema cautelar a partir de 1998 (aplicado en este caso, al Derecho de Extranjería, como en el resto de las especialidades) se centran en el concepto de la seguridad de la ejecución de la sentencia, en garantizar la finalidad legítima al recurso, previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto. Si de dicha valoración circunstanciada se determina perturbación grave de los intereses generales o de tercero, se podrá denegar la medida solicitada. También se ha de recordar que con la LJCA ha quedado superada la doctrina jurisprudencial de que si el acto administrativo ya ha sido ejecutado no es posible acordar la medida cautelar, debido a la propia naturaleza jurídica de las actuales medidas cautelares, no solo la suspensión del acto sino que están dirigidas a garantizar la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva⁸⁰⁰. A ello agrego el análisis de lo antes expuesto sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales multinivel, haciendo prevalecer los mismos en *flatus vocis*, de la fuerza jurídica que deben tener los mismos en las medidas cautelares en la presente especialidad⁸⁰¹.

En cuanto al contenido de los presupuestos de las medidas cautelares, tanto para el procedimiento administrativo como para el jurisdiccional, la interpretación de los mismos ha de sustentarse sobre los criterios y razonamientos del derecho a la tutela cautelar, inserto en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva o al derecho a una tutela administrativa efectiva y garantista (art. 41 CDFUE y art. 103 CE)⁸⁰².

Desde el punto de vista funcional, la eficacia, la efectividad, el efecto suspensivo del recurso antes mencionado e incluso el efecto suspensivo automático, no es aplicable a la materia en estudio. De forma mayoritaria la jurisprudencia se inclina por una interpretación restrictiva en cuanto a tener en cuenta *prima facie* -en la pieza de la medida- los contenidos constitucionales necesarios de los derechos fundamentales de los extranjeros que estén en conflicto, señalando que ello es una cuestión de fondo del asunto principal, por lo que, de acuerdo con el limitado alcance de las medidas, no deben ser tenidos en cuenta. Sin embargo, el propio TS ha señalado en su doctrina interpretativa general que al régimen de las medidas cautelares vigente en la LJCA no se le puede

⁸⁰⁰ Una muestra de ello en la especialidad en estudio es cuando se produce la ejecución del acto de expulsión, una vez ejecutado, puede adoptarse medida sobre la prohibición de entrada.

⁸⁰¹ En este sentido, se ha de recordar y tener en cuenta el ya citado Dictamen 503/15 del Consejo de Estado, donde, en esas tempranas fechas, señalaba entre otras cosas, el análisis de la invocación de un derecho fundamental dado en las medidas cautelares como una de las orientaciones modernas de una mayor salvaguardia de los derechos fundamentales en su condición de «*resistentes al interés general*» y ante los que cede todo derecho o interés de cualquier índole y procedencia.

⁸⁰² En este sentido SSTTS Sala 3ª, Sec. 3ª, nº 1935/10 de 21-12-2010, Rec. 1935/10, FD 5; Sec. 5ª, nº 1255/07 de 6-02-2007, Rec. 6632/04 FD 7; Sec. 5ª, nº 5174/06, de 25-07-2006, Rec. 8165/04 FD 4. ATS Sala 3ª Sec. 4ª, nº 9087/04 de 12-07-2004, Rec. 92/03. FD 1-2. Las mismas en esencia definen los presupuestos y caracteres esenciales del sistema de justicia cautelar de la LJCA.

atribuir un carácter absoluto ya en dicha institución procesal rige el principio elemental de prevención de la desaparición del objeto procesal, esto es, el riesgo del *periculum in mora*, que en unión de la valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto harán la toma de la decisión, pasando por la casuística y el papel que ha de jugar el *fumus boni iuris*.

Las medidas provisionales⁸⁰³ en la LPACAP se encuentran reguladas en el art. 56 (ex art. 72 Ley 30/92)⁸⁰⁴ y las denominadas medidas cautelares de suspensión, contempladas tanto en el art. 108 LPACAP, -procedimiento de revisión de oficio-, (ex art. 104 Ley 30/92), como en el art. 117 LPACAP -suspensión de la ejecución (ex art. 111 Ley 30/92), recursos administrativos.

Como ha señalado la doctrina, tanto las medidas cautelares en el orden jurisdiccional contencioso administrativo como las medidas provisionales en el procedimiento administrativo común forman parte del mismo género⁸⁰⁵. Evidentemente, las tratadas administrativamente tienen un régimen jurídico diferente a las reguladas en los arts. 129 y ss. LJCA. No obstante, también ha sido la jurisprudencia quien se ha encargado de realizar la diferenciación respecto a las medidas cautelares en vía administrativa y judicial⁸⁰⁶ y las disciplinadas en los arts. 721 y ss. LEC. No cabe duda, que la actual

⁸⁰³ Cano Campos, T., (2017). "La vuelta del "Administrado", en J. C. Laguna de Paz, Í. Sanz Rubiales, & I. M. De los Mozos y Touya. (Coords.). *Derecho Administrativo e Integración Europea. Estudios en homenaje al profesor José Luis Martínez López-Muñiz*. (Vol. II. *El actuar de la Administración Pública y garantías de su efectiva legalidad* pp. 929-931). Madrid: Reus.

⁸⁰⁴ González Pérez, J., & González Navarro, F., (2003). "*Comentarios a la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*". (3ª Ed., Vol. II, pp. 1829-1831). Madrid: Thomson Civitas. Señalan los autores que estas medidas calificadas como provisionales en el ex art. 72 Ley 30/92, siguieron las pautas de la LPA de 1958. STS, Sala 3ª, 14-11-2007, Rec. 77/04, FD 5, expone la tipología de las medidas provisionales o cautelares es hablar de lo mismo ex art. 72, art. 111 y disposiciones cautelares, art. 138 -diversas actuaciones de la administración tendentes a asegurar la eficacia de la resolución Ley 30/92. Constituyen, por tanto, acciones provisionales que se adoptan para proteger el interés general, ordinariamente en el seno de un procedimiento, pero también con carácter previo a su instrucción cuando hay razones de urgencia. Se trata de evitar que mientras se instruye y termina un procedimiento puedan mantenerse situaciones que mermen o eliminen la eficacia real de la decisión o resolución que finalmente fuere adoptada. Lo antes dicho es de plena aplicación al actual art. 56- 2, LPACAP "*urgencia inaplazable*".

⁸⁰⁵ Rebollo Puig, M., (1993). "Medidas provisionales en el procedimiento administrativo" ..., op. cit., pp. 659-710. Describe Rebollo Puig, en su completo análisis de las similitudes y diferencias de las medidas provisionales del procedimiento administrativo con las medidas cautelares de los procesos judiciales, aunque obedecen a problemas similares y buscan igualmente la solución en un equilibrio entre la garantía de las formalidades y la eficacia, surgen diferencias capitales especialmente en lo que se refiere a su significado para la posición de la Administración y del administrado. En el proceso judicial, se presentan como garantía del administrado frente a la administración, como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva (tutela cautelar). En el procedimiento administrativo, suelen manifestarse como una facultad técnica de la Administración para el cumplimiento del principio constitucional de eficacia de la actuación pública, art. 103 CE, convirtiéndose en un instrumento que merma las garantías de los ciudadanos en dicho procedimiento. Conlleva una ejecución anticipada de la resolución final del procedimiento (aunque no tiene por qué ser siempre así, como ocurre con la suspensión del acto impugnado, en el procedimiento en vía de recurso). En igual sentido, Rodríguez Pontón, J. F., (1999). *Pluralidad de intereses en la tutela cautelar del proceso contencioso administrativo*. Barcelona: CEDECS, pp. 32 y ss. Calvo Miranda, J.L (1999). "Reflexiones sobre la jurisprudencia en materia de medidas provisionales: Ejecutividad del acto administrativo y extranjería". *RAP*, nº 148, pp. 227-248.

⁸⁰⁶ STS Sala 3ª, Sec. 5ª nº 6391/12 de 5-10-2012, Rec. 6050/11. Medidas cautelares. La suspensión en vía administrativa y en vía jurisdiccional tienen un régimen jurídico diferente. FJ 5.

regulación de las medidas cautelares, tanto en el ámbito jurisdiccional como del procedimiento administrativo, comporta y permite un alto grado de ponderación y discrecionalidad⁸⁰⁷ de sus requisitos o presupuestos.

Para la definición de la aproximación teórica general de las medidas cautelares en la especialidad en estudio se ha de partir del sistema de fuentes. El mismo actualmente considero está compuesto por: DUE (con todo su derecho primario TUE, TFUE, CDFUE -de esta última arts. 41, 47 y 48-, su derecho derivado y la jurisprudencia del TJUE); los Tratados y Convenios internacionales, en especial el CEDH -arts. 6 y 13 y la jurisprudencia creada al respecto por el TEDH-; la CE, en especial sus arts. 24, 103.1, 106.1 y 117.3, en relación con los arts. 20-22 y 61 LO 4/00; así como la LJCA, en su art. 129 y siguientes; y por último, la LPACAP en su art. 56, la cual se ha de aplicar de forma supletoria.

La LO 4/00 en sus arts. 20-22 regula las garantías jurídicas del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, derecho a los recursos administrativos (art. 22.3 LO 4/00 en relación con art. 223 ROELX) y el derecho a la asistencia jurídica gratuita de los extranjeros, ello en correspondencia con el art. 24 CE. En su art. 61 regula las medidas cautelares. Los procedimientos administrativos han de respetar en todo caso las garantías previstas en la legislación general sobre el procedimiento administrativo, especialmente en lo relativo a publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado⁸⁰⁸ y motivación de las resoluciones (exceptuando lo dispuesto en el art. 27 LO 4/00, visados), estando lo anterior en correspondencia con los art. 6 CEDH, art. 47 CDFUE y art. 24.2 CE.

No se puede dejar de tener muy presente en la definición de la aproximación teórica de las medidas cautelares en la especialidad de extranjería el régimen de ejecutividad de los actos administrativos. En sentido general, es el previsto en la LPACAP, estableciendo la LO 4/00 y su ROELX (art. 216-1), una excepción muy importante en este caso lo

⁸⁰⁷ González-Varas Ibáñez, S., (2020). “Sexta Parte. Disposiciones comunes a los Títulos IV y V. Capítulo XLVII. Medidas cautelares...”, op. cit. Bacigalupo Saggese, M., (2008). “Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo...”, op. cit., pp. 13-66. Lacueva Bertolacci, R., (2004). “Las medidas cautelares en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”. *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*. (nº 1), pp. 59-77.

⁸⁰⁸ Como he expuesto *ut supra* respecto al presente trámite en el procedimiento administrativo tampoco existe una uniformidad interpretativa. Se debe recordar, que el TC desde fechas tempranas distinguió entre la omisión del trámite de audiencia, según el procedimiento, por lo que no siempre constituye una infracción susceptible de amparo. Ello lleva a la distinción entre procedimientos administrativos sancionadores y otros de gravamen pero no sancionadores. Señalando incluso, que cuando la audiencia sea preceptiva en ese tipo de procedimiento no sancionador, ello no comportaría necesariamente una indefensión con relevancia constitucional (en este sentido tómesese como ejemplo, ATC, Sec. 2ª, nº 372/07, de 17-09-2007, FJ 2-3, sobre repatriación menores, derecho ser oído/audiencia). Aclarando que los principios del procedimiento sancionador penal no son trasladables sin más a toda tramitación administrativa (STC Sala 1ª, nº 18/81, de 8-06-1981, BOE nº 143 de 16-06-1981). Debiendo ello ser corregido o tenido en cuenta por los órganos judiciales ordinarios, los cuales han de determinar en un análisis de las circunstancias los cambios de grado en sus diferentes situaciones, los límites o restricciones al ejercicio de otros derechos, así como el contenido represivo, retributivo o de castigo para el interesado, coerción o estímulo para el cumplimiento de las leyes, disuasión ante posibles incumplimientos, o resarcimiento por incumplimientos efectivamente realizados. A la vista de lo expuesto, se determinará el carácter represivo de la resolución impugnada, sin que tenga naturaleza jurídica sancionadora. (SSTC Pleno, nº 276/00, de 16-11-2000, BOE nº 299 de 14-12-2000, FJ 3; Sala 1ª, nº 132/01, de 8-06-2001, BOE nº 158, de 03-07-2001; Pleno, nº 260/07; Sala 1ª, nº 140/09; Sala 1ª, nº 212/09 de 26-11-2009, BOE nº 313 de 29-12-2009; Sala 1ª nº 46/14; Sala 2ª, nº 201/16, de 28-11-2016, BOE nº 7 de 09-01-2017; AATC 54/10, de 19-05-2010).

referente a la tramitación de expedientes de expulsión con carácter preferente, los cuales tienen una ejecutividad inmediata (art. 236.1 ROLEX Aspecto que verán más concretamente en la segunda parte.).

De los arts. 20-21 LO 4/00 en relación con art. 223 ROELX, (manifestación de la voluntad de recurrir), en una primera aproximación pudiéramos decir que están teleológicamente en correspondencia con el contenido y alcance general del art. 13 CEDH y del art. 47 CDFUE. Profundizando con una interpretación sistemática hermenéutica de los primeros respecto de los segundos, se determina que su alcance y finalidad no está en correspondencia con la finalidad descrita del art. 13 CEDH y del art. 47 CDFUE, en cuanto a la efectividad y eficacia del recurso atendiendo al régimen de ejecutividad de los actos administrativos planteados en el párrafo anterior, pudiendo ser un ejemplo de ello, el procedimiento sancionador de expulsión preferente.

En esta definición de la aproximación teórica de las medidas cautelares no se discute, en sentido general, el acceso a la jurisdicción ni, por ende, a la tutela judicial efectiva (esta, en sentido general se cumple, aunque como veremos existen sus excepciones: acceso MENAS, personas privadas en libertad. Lo que se cuestiona es que el recurso deba ser efectivo y eficaz. Su efectividad dada en calidad, rapidez, efecto suspensivo. Su eficacia en los requisitos de accesibilidad real, disponibilidad -especialmente en el sentido de que su ejercicio no debe ser obstaculizado de manera arbitraria ni, por actos ni por omisiones de las autoridades estatales, es decir, no deben existir trabas administrativas o procesales para ello-. Como he expresado, no se debe confundir acceso a la jurisdicción, a la tutela judicial efectiva con acceso al recurso configurado por el legislador, previsto en ley, el cual debe ser efectivo y eficaz.

Similares circunstancias padecen los arts. 129 y ss. LJCA. Ciertamente se accede a la tutela judicial con las mismas excepciones antes señaladas, pero no siempre es efectivo y eficaz el recurso cautelar, y mucho menos tiene efecto suspensivo automático. No es efectivo atendiendo, entre otras cosas -como se analizará en la tercera parte-, a la calidad o rapidez para la tramitación de la pieza separada (los plazos), así como a no tener el recurso efecto suspensivo directo u automático. En cuanto a la eficacia, por la accesibilidad real al recurso o a la disponibilidad del mismo o a las trabas procesales (como veremos, concretamente en el art. 135 LJCA se presentan serias disfunciones procesales de orden público, que van desde la interpretación de la especial urgencia hasta la accesibilidad al juzgado de guardia). En determinados supuestos se ve obstaculizado de manera arbitraria el acceso alegando cuestiones de competencia, o por actos como omisiones de información⁸⁰⁹ que deben aportar las autoridades administrativas sobre la ejecución del acto ((p. ej.), día y hora del vuelo de la expulsión, o en los supuestos de los MENAS y el nombramiento del defensor judicial).

Otro aspecto a tener en cuenta para la aproximación teórica de las medidas cautelares en la presente especialidad es el continuismo proteccionista a la administración. Sigue siendo una realidad de nuestros tiempos que los órganos jurisdiccionales continúen exacerbando

⁸⁰⁹ SSTEDH, GS, asunto Chahal c. Reino Unido; GS, asunto Khlaifia y Otros c. Italia. Solicitud al TEDH, Sec. 1ª asunto Ousainou Darboe y Moussa Camara c. Italia, como se ha dicho en este caso el Juez del TEDH al adoptar el art. 39 del RTEDH, solicitó al Gobierno Italiano, que proporcionara información relevante, condiciones de vida en el Centro donde se encontraban los menores y las medidas de protección tomadas. Súmese a estas situaciones que muchas veces el letrado actuante, es un letrado de guardia, designado de turno de oficio, por lo que tampoco ha tenido conocimiento previo de las mismas.

el papel del cual goza la administración en cuanto a la presunción de legalidad, a pesar de los abusos de poder, arbitrariedades y actuaciones ilegítimas que se cometen en la materia en estudio, afectando al más vulnerable, el extranjero. Obvian los órganos jurisdiccionales cuestiones tan importantes como las antes referenciadas, esencialmente el derecho a una buena administración garantista (art. 41 CDFUE y art. 103 CE). A ello se ha de agregar: i) ratificación de resoluciones administrativas estereotipadas, o resoluciones que realizan una valoración genérica e imprecisa de una supuesta conducta y que no se apoyan en razonamientos expreso alguno, pareciendo obedecer a fórmulas rituarías de carácter preventivo que se aplican en todo caso a cualquier extranjero y ante cualquier ocasión en que se realice un acto contra los mismos; ii) utilización de conceptos y motivaciones formales y generales, tales como, afección al interés general, entre otros. Cuando se permiten estas conductas, justificándolas en aras de la protección del interés público o en aras de la presunción de legalidad, denegando una solicitud de medida cautelar, se debilita el Estado de Derecho y se malforma a la Administración, se blinda la ilegalidad cometida por la Administración, y se hace que el sistema de garantías reales y efectivas pierda su verdadera eficacia.

Dicho lo anterior, entendemos que en una futura modificación o promulgación de una nueva LO 4/00 el legislador, dentro de sus límites y de acuerdo con el alcance contenido y titularidad del derecho al recurso -y dentro de él al recurso cautelar-, deberá tener en cuenta todos estos señalamientos (recurso efectivo, eficaz, suspensivo y suspensivo automático), configurando un recurso con contenido y correspondencia, armonía o equivalencia a la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional (de la que España es parte) y al DUE, a fin de que la Administración y los órganos jurisdiccionales aprecien *prima facie* la adopción de la medida atendiendo al carácter funcional de la tutela cautelar, en el ámbito de libre de la discrecionalidad. Ya el legislador he tenido experiencia en ello, como lo realizó en la LO 4/15, LOPSC, Disposición final primera, Régimen especial de Ceuta y Melilla apartado 2 “*En todo caso, el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte*”. Siendo declarado constitucional (STC Pleno nº 172/20), aunque debiera mejorarse la técnica legislativa, señalado por el propio TC.

Atendiendo a las consideraciones antes expuestas, seguidamente se desarrolla la aproximación teórica general que procedo a plantear como posibles soluciones.

6.2-2- Verificación *prima facie*: perdida de la finalidad legítima del recurso o la eficacia, efectividad de la resolución.

Como se ha dicho, tanto las medidas provisionales como las cautelares, con independencia del procedimiento o proceso donde se apliquen, tienen las mismas características y cumplen indistintamente la misma finalidad. La redacción del art. 129.1 y 130.1 LJCA y el art. 56 LPACAP son similares. Así en cuanto a los dos primeros, el art.129.1 LJCA señala que el fin que cumple la adopción de la medida cautelar es asegurar “*la efectividad de la sentencia*”, y el art. 130 LJCA, “*...podrá acordarse únicamente... pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso*”. El art. 56 LPACAP señala, “*podrá adoptar... para asegurar la eficacia de la resolución...*”. En ambos casos, se tornan a la mera posibilidad, que no certeza, de que pudiera producirse la pérdida del proceso o procedimiento –respectivamente- con independencia y distinción de cuál sea el objeto del proceso. Coincido con MARTÍN DE HIJAS que el problema no está en la definición conceptual, sino que hay que centrarlo en el proceso mismo, en el elemento

teleológico de las medidas, sus causas finales o los fines de las mismas, no solo en el acto recurrido y sus efectos⁸¹⁰.

Esta verificación *prima facie*, en sentido general, infiere que lo más importante es el *in ictu oculi*, el primer golpe de vista, la primera aproximación al problema de fondo de la medida y en parte del asunto principal (lo que está a ojos vista). Pero ninguna de estas expresiones quiere decir que se asocian a una mirada superficial y de soslayo. Es una mirada -como se ha dicho y se dirá-, profunda que vea el actuar de la Administración (buen o mal actuar, correcto o viciado), o la apariencia de buen o mal derecho de la Administración, así como de la pretensión cautelar concretamente, permitiendo tanto al juzgador como a la Administración, indistintamente, observar la existencia de los derechos fundamentales en conflicto, de las circunstancias y con ello lograr que sea razonablemente previsible y predecible que la sentencia o la resolución que se dicte vaya a ser favorable o no. Esto no quiere decir, que se entre al fondo del asunto.

6.2-2-a) Verificación *prima facie*: fase jurisdiccional.

Expondré primeramente la verificación *prima facie* en fase jurisdiccional. Es decir, si el acto administrativo impugnado hiciera perder la finalidad legítima al recurso.

Ya en esta misma *prima facie*, sin embargo, la expresión consolidada para cualquier otra especialidad “perdida de la finalidad legítima al recurso” comienza a tener sus matizaciones interpretativas en la materia de extranjería. Matizaciones de carácter negativo, ya que se señala que la finalidad legítima del recurso no es motivo suficiente para la suspensión del acto⁸¹¹, debido en primer lugar a que el art. 65.2 LO 4/00 establece que “...*en todo caso, cuando el extranjero no se encuentre en España, podrá cursar los recursos precedentes, tanto en vía administrativa como jurisdiccional, a través de las representaciones diplomáticas o consulares correspondientes, quienes lo remitirán al organismo competente*”. En segundo lugar, se suele interpretar que, en caso de obtener una sentencia estimatoria, nada impide al ciudadano extranjero retornar a nuestro país.

Se prioriza la finalidad legítima del recurso (asegurar la sentencia), cuando se ha de ver con previsibilidad si el acto administrativo impugnado causaría o no daños irreversibles, pues de causarse estos aunque se asegure el cumplimiento de la sentencia, la misma por su propio contenido podría ser inefectiva e inejecutable. Resulta alejado de la realidad práctica jurídica el criterio jurisprudencial “de nada impide al ciudadano extranjero retornar a nuestro país”; evidencia un refinado argumento teórico y, a su vez, un desconocimiento de todo el entramado jurídico de solicitud de un visado (aspectos que se

⁸¹⁰ Conde Martín de Hijas, V., (1999). “Las medidas cautelares”, en C. Picó Lorenzo. (Dir.). *La nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. (pp. 531-608). Madrid: *Estudios de Derecho Judicial*. (nº 11). CGPJ.

⁸¹¹ SSTs Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 2408/04 de 7-04-2004, Rec.1678/02, FD 3; nº 7661/04 de 24-11-2004, Rec. 4099/02, FD 4, (y toda la jurisprudencia allí citada), nº 7658/04 de 24-11-2004, Rec. 6922/02, FD 4-7; nº 6770/05 de 4-11-2005, Rec. 4378/03, FD 3-4, entre muchas otras. (En síntesis todas exponen que las dificultades de defenderse en el proceso para los extranjeros obligados a salir del territorio español no tienen un valor decisivo para acceder a la suspensión de la ejecutividad de la orden de expulsión o de la conminación a abandonar dicho territorio (ejecutoriedad), porque, de lo contrario, la suspensión se convertiría en una medida cautelar automática, lo que no es compatible con el principio de eficacia administrativa. Esta jurisprudencia ha ido evolucionando, aceptándose que si existe la acreditación de otros perjuicios se puede proceder a la suspensión, entre ellas, SSTs Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 7452/04 de 17-11-2004, Rec. 4547/02, FD 5; nº 7392/07 de 8-11-2007, Rec. 8074/02; Sec. 5ª nº 40/08 de 9-01-2009, Rec. 2975/04 (todas sobre la base del arraigo económico, social, familiar).

retomarán en la tercera parte capítulo I, punto 1.3.2-3). Por lógica jurídica y de acuerdo con los presupuestos que se plantearán seguidamente, los argumentos jurisprudenciales antes citados se desvanecen por sí mismos. Se ha de realizar primera y previsiblemente un acercamiento al daño que causa o causará el acto, para luego, seguir con el resto de presupuestos. De no verificarse *prima facie* esa condición necesaria⁸¹² -el daño irreversible del acto administrativo impugnado- no se sistematizarían el resto de los presupuestos que se proponen.

Al respecto, el TJUE ha señalado que la expresión *prima facie* no debe ser interpretada en el sentido de un examen superficial de los elementos puestos a consideración en ese momento, sino que se ha de analizar con profundidad la cuestión de fondo debatida en la pieza de la medida cautelar. Dicha expresión, entonces, debe ser interpretada en lo referido a la valoración de los antecedentes de hecho y fundamentos de derecho de la pretensión cautelar y su correspondencia con su fondo, siempre teniendo en cuenta los elementos aportados hasta ese momento procesal de solicitud de la medida. Ello debido fundamentalmente a que la tutela cautelar responde a su propio procedimiento y cauce procesal con todas las garantías y al principio de justicia rogada. Esto es, la aplicación de los principios generales sobre la naturaleza rogatoria de la jurisdicción contenciosa administrativa y sobre la aplicabilidad del principio dispositivo de dicho proceso⁸¹³.

Ha de verse necesariamente el actuar de la Administración, si actuó o no conforme a derecho -o apariencia de buen o mal derecho de la actuación administrativa⁸¹⁴, o actuación administrativa ilegal⁸¹⁵, arbitraria, en definitiva el debido proceso/proceso equitativo al que se refiere el art. 6 CEDH, un *fumus mali iuris*-; cumpliendo un derecho fundamental para el solicitante como es el derecho a la buena administración (art. 41 CDFUE) en relación con el art. 103 y 106 ambos de la CE, y visto todo ello desde una perspectiva objetiva de un debido proceso en relación con el control jurisdiccional del mismo. Con ello se limita y fiscaliza la posición aún exorbitante de las Administraciones públicas, privilegios injustificados en un Estado de Derecho, donde los sujetos, deben gozar de una idéntica posición e igualdad de parte. Estas conductas de la Administración en esta etapa cautelar no merecen el beneplácito jurídico de ser catalogadas como no invalidantes, no

⁸¹² ATSJPV, Sala (Contencioso), Sec. 2ª, nº 371/04 de 22-12-2004, Rec. 1805/04, RJ 2.

⁸¹³ Calaza López, S., (2011). “Principios Rectores del Proceso Judicial Español”. *Revista de Derecho UNED*, (nº 8), pp. 49-84. Santamaría Pastor, J. A., (2010). *La Ley reguladora de la Jurisdicción...* op. cit., p. 1295, señala que en la mente del legislador no estaban presente estos aspectos, “*aparentemente solo preocupado por imprimir al incidente la máxima celeridad, suponiendo en él una simplicidad que no existe en modo alguno*”. En este sentido se ha de tener en cuenta el art. 33 LJCA. A su vez la jurisprudencia del TS como veremos tampoco es muy estable al respecto (ver voto particular del ATS Sala 3ª, Pleno, nº 240/07 de 15-01-2007, Rec. 47/06 el cual señala que tampoco dicho principio dispositivo es de aplicación absoluta en el orden contencioso administrativo como se deduce de los arts. 74.4, 76.2 y 77.3 LJCA. Teniendo este auto su antecedente en ATS Sala 3ª, Pleno, nº 1192/06, Rec. 47/06. Sobre estos autos un análisis crítico y el principio dispositivo Rodríguez-Arana Muñoz, J., (2007). “El interés general en el levantamiento de las medidas cautelares contencioso-administrativas (a propósito del auto del TS de 15 de enero de 2007)”. *Diario La Ley*, (nº 6698), Sección Doctrina.

⁸¹⁴ Ruiz-Jarabo, P. (2004). “El *sfumatto* de las medidas cautelares”. *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, (nº 232), pp. 17-28.

⁸¹⁵ Chinchilla Marín, M. C., (2014). “Las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo en España”, en F. Balaguer Callejón & E. Arana García. (Coords.) *Libro homenaje al profesor Rafael Barranco Vela*. (Vol. I, pp. 93-134). Cizur Menor: Thomson Reuters-Civitas.

merecen el privilegio de la ejecutividad/ejecutoriedad, como mismo se ha definido para otro tipo de actuaciones de las mismas- vía de hecho⁸¹⁶-.

Sobre esta última, -vía de hecho- de acuerdo con su regulación en el art. 136 LJCA, también lleva una verificación *prima facie* de aquellos supuesto o situaciones especiales en que la actuación pública impugnada (art. 29 y 30 LJCA, inactividad o su posible incursión en la vía de hecho) cumpla los requisitos exigidos por la norma, teniendo aquí el *fumus boni iuris* un *plus* de intensidad. Este último se refuerza precisamente a partir del mal actuar de la Administración (*fumus mali iuris*). De estar presente la inactividad, o la vía de hecho, el *fumus boni iuris* con la intensidad suficiente y determinado que con la medida no se ocasiona perturbación grave de los intereses generales o de tercero su adopción debe ser con carácter prácticamente automático. No llegando a consumarse dicho automatismo, siendo limitado, si se determina que con la medida se ocasiona la perturbación grave señalada. El juez ponderará de forma circunstanciada⁸¹⁷ todos los presupuestos antes dichos y adoptará la medida más adecuada. Como se verá en la tercera parte (capítulo III, punto 3.3.6), esta medida también reúne sus singularidades en la presente especialidad. Lo antes dicho también es de aplicación, si por la vía de hecho se produce violación de derechos fundamentales⁸¹⁸.

En esta verificación *prima facie* del actuar administrativo se ha de tener en cuenta, el contenido del acto, y de qué norma proviene el mismo. Si es un acto de derecho primario de la UE o un acto en función del DUE como derecho derivado, determinando los criterios de efecto útil y primacía del DUE, lo cual hace que la doctrina interna sobre los actos de contenido negativo también deba ser reevaluada. Ejemplos gráficos de ello, son el concepto “*perspectiva razonable de expulsión*”⁸¹⁹ y la Directiva 2016/801/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11-05-2016, sobre estudiantes art. 25.6 “...*el Estado miembro permitirá al nacional de un país tercero que permanezca en su territorio a fin de presentar dichas pruebas dentro de un plazo razonable de acuerdo con el Derecho nacional.*”. La primera es una perspectiva razonable para expulsar, mientras que la segunda es una perspectiva razonable para la permanencia en el territorio. Por tanto,

⁸¹⁶ En la actual LPACAP no se contiene una definición de lo que se ha de entender por vía de hecho, ni tampoco hace uso de esta expresión. Sin embargo, la norma sí que prohíbe a las Administraciones iniciar actuación material de ejecución de resoluciones que limiten los derechos de los particulares, sin que previamente haya sido adoptada la resolución que le sirva de fundamento jurídico, art. 97.1 de la citada norma. En este sentido, SSTC, Sala 2ª, nº 22/84 de 17-02-1984, BOE nº 59 de 9-0-1984, FJ 4; Pleno, nº 160/91 de 18-07-1991, BOE nº 190 de 9-08-1991. Más recientemente SSTS, Sala 3ª, Sec. 6ª, nº 999/16 de 6-05-2016, Rec. 3615/14, FD 4 y Sec. 6ª nº 4404/14 de 20-10-2014, Rec. 6448/11. En la materia en estudio como veremos más adelante, se dan actuaciones materiales por parte de la administración muy disímiles, que pueden comprender desde retirada de documentación personal, pasaportes, tarjetas de identificación, limitaciones de movimiento, citaciones engañosas o en fraude de ley, hasta supuestos en fronteras de denegación de entrada, violaciones de procedimientos de expulsión, prescindiendo de traducción, de asistencia letrada, de informes preceptivos en caso de expulsiones de ciudadanos de la UE, trámite de audiencia, etc.

⁸¹⁷ Pérez Estrada, J. M., (2014). “La importancia de las medidas cautelares...”, op. cit., pp. 2359-2381. En estos supuestos el legislador ha considerado -y en este sentido coincide-, que la ilegalidad en que incurre la Administración es de tal magnitud que no merece el privilegio de la ejecutividad, por ende, se procederá a su otorgamiento de forma casi automática. Aunque ello no quiere decir que de acuerdo con como señala precisamente al art. 136.2, en el momento procesal oportuno no haya que acreditar el resto de presupuestos.

⁸¹⁸ Rebollo Puig, M., (2008). “La relativización de la nulidad absoluta...”, op. cit., pp. 271-304.

⁸¹⁹ STJUE, GS de 30-11-2009, asunto Shamilovich c. Bulgaria, C-357/09 PPU, concepto de “*perspectiva razonable de expulsión*”. El internamiento a efectos de la expulsión y la detención de un solicitante de asilo.

no se puede realizar el mismo análisis, dado que ambas normas llevan efectos útiles diferentes (si el acto administrativo es contrario al DUE en el caso de la segunda, lo que conlleva es su revisión e invalidez⁸²⁰).

Esa observación profunda o control⁸²¹ *prima facie*, no debe sacarse de su propio contexto y calificarse, -como sin embargo se califica en nuestro derecho interno- de “juicio anticipado”, “juicio provisional”. Dicha tutela cautelar, en todo caso, debe calificarse como un examen, una vista, una mirada profunda, en definitiva un análisis sin contaminación del juzgador, como mismo sucede en otras jurisdicciones⁸²², sin prejuzgar la cuestión principal⁸²³. La denominada "neutralidad" del auto que resuelva la pieza separada de medidas cautelares, puede contar con todas las garantías necesarias, y debe ser un proceso justo (rodeado de las garantías de contradicción y prueba previas para el proceso principal), para preservar los efectos de la resolución final cuando sea dictada la misma. Ese examen acerca de la apariencia de legalidad de la actuación de la Administración, se convierte en la piedra angular del sistema, pues de su resultado dependen los criterios subsiguientes a tener en cuenta. Con ello, no se ataca ni se debilita el actuar ejecutivo de la Administración, sino más bien todo lo contrario, se hace que cumpla con su obligación constitucional de ser cada día más garantista⁸²⁴.

Esta posición ha sido expuesta por el TS en su sentencia de 20-05-1999⁸²⁵, donde apoyándose en su propia doctrina (ATS de 20-12-1990) y la establecida en la STC nº 148/1993, define cuál ha de ser el *modus operandi* del juzgador cuando se solicita una tutela cautelar. Para ello el TS señala:

a.- Que en *prima facie, ictu oculi*, a simple golpe de vista, en una primera aproximación al problema de fondo y sin prejuzgar la solución definitiva que en su día deba dictarse, es razonable presumir que asiste la razón en cuanto al fondo a quien solicita la cautela (*fumus*

⁸²⁰ Fuentetaja Pastor, J. Á., (2017). “Invalidez y revisión de los actos administrativos contrarios al derecho europeo”, en VV.AA. *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa. Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*. (pp. 615-662). Madrid: INAP.

⁸²¹ Agudo González, J., (2018). *La función administrativa de control...*, op. cit., pp. 68-120, 219-312, 610-614.

⁸²² Peces Morate, J. E., (1999). “Tutela cautelar y ejecución provisional de sentencias”, en M. Campos Sánchez-Bordona. (Dir.). *Medidas cautelares en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. (pp. 143-181). Madrid: CGPJ.

⁸²³ STC, Sala 1ª, nº 237/91, FJ 2. ATC, Pleno, nº 356/93, de 1-12-1993, FJ 1.

⁸²⁴ STSJM Sala (Contencioso), Sec. 2ª, nº 586/18, de 25/07/18, Rec. 234/18, FD 7, 8 y 9, medida cautelar suspensión expulsión. Dicha sentencia analiza en dicha fase el apdo. 2-5-art. 6 Directiva 2008/115/CE. Así como la STS Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 993/18 de 31-05-2018, Rec. 1321/17, interpretación del art 57.2 LO 4/00, relativa a que la pena mínima debe ser superior a un año (votos particulares del Magistrado Fernández Valverde, quien cuestiona el automatismo del art. 57.2 LO 4/00, señalando que su aplicación debe tomar en consideración la conducta personal del afectado y el principio de proporcionalidad al estar en juego, asociados, a derechos fundamentales como los contemplados en los arts. 10.2 18.1, 24.2 y 39 CE, otro voto particular el del Magistrado Suay Rincón reconociendo que el art. 57.2 LO 4/00 siendo una consecuencia asociada a la realización de una infracción penal, a su imposición no le puede ser ajeno el juicio de proporcionalidad.

⁸²⁵ STS Sala 3ª, Sec. 6ª, nº 3512/99, de 20-05-1999, Rec. 7282/95. Sobre suspensión de la exención de visado. La importancia de esta sentencia está dada en dos dimensiones fundamentales, una, respecto a la apreciación del *fumus boni iuris*, la segunda, en cuanto a que los actos denegatorios, no tienen impedimento, “*llegado el caso*”, a adoptar otra medida cautelar adecuada de carácter positivo, como mismo ha declarado el TS en más de una ocasión (cfr. por todas, las ya citadas sentencias nº 1745/99, Rec. 6337/95, FD 2; nº 2880/99, Rec. 6741/95 FD 4-b y nº 7769/99, Rec. 7018/96).

boni iuris), y que, en consecuencia, el tiempo que necesariamente ha de transcurrir hasta dictar la sentencia -relativamente fácil de calcular conociendo el número de asuntos pendientes y que por orden cronológico tienen que ser despachados antes-, puede traducirse en un daño para el que, por llevar razón presumiblemente acabará obteniéndola (*periculum in mora*).

b.- Ponderar los intereses en conflicto, bien sea conflicto entre el interés general y el interés particular, o se plantee entre dos intereses generales distintos, o incluso entre dos intereses particulares.

Respecto a este punto, conflicto de intereses -como he expresado y veremos más adelante-, de acuerdo con la definición de interés general para la materia de extranjería (que se expondrá en la segunda parte capítulo I, punto 1.1), existe en sentido general correspondencia, equivalencia, armonía y sinergia entre los intereses generales y los particulares o personales, máxime cuando ese interés general, como veremos, también está impregnado del principio de la dignidad humana.

No es un secreto para nadie que a pesar del control⁸²⁶ existente sobre la actuación administrativa, aún hoy en día la Administración no opera con objetividad, imparcialidad y sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, sino que sigue partiendo de una posición de ventaja, una posición de dominio. Si la actuación de la Administración es antijurídica, un *fumus mali iuris*⁸²⁷, o incluso como ha señalado el TS de “*desidia administrativa*”⁸²⁸, de posición contumaz, los jueces de acuerdo al art. 130.2 LJCA podrán tener en cuenta lo antes dicho, sin necesidad de entrar en el punto de la denominada ponderación de intereses o intereses en conflicto, ni en el *periculum in mora*, sino en la intensidad del *fumus boni iuris* y sin más proceder a la petición cautelar. Como se ha expuesto, los tipos de conductas incorrectas o de mal derecho realizadas por la Administración, junto a otras

⁸²⁶ Muñoz Machado, S., (2007). “Prólogo”, en J. R. Fernández Torres, *Historia legal de la Jurisdicción contencioso-administrativa (1845-1998)*. Madrid: Iustel, pp. 17-21. A pesar de la observación del profesor Muñoz Machado -con la que coincido- de que la Administración se ha erigido en “el poder público mejor controlado”, se continúa por parte de la Administración cometiendo irregularidades administrativas que atentan contra el debido proceso, atacan el derecho fundamental a una buena administración, y por tanto a la tutela administrativa efectiva, antesala de la tutela judicial efectiva y en determinadas circunstancias atenta también contra las garantías de los derechos fundamentales de los ciudadanos, en este caso los extranjeros. En este sentido se pueden ver las SSTS Sala 3ª, Sec. 2ª, nº 1853/19, de 18-12-2019, Rec. 4442/18, FD 5; Sec. 5ª de 20-11-2015, Rec. 1203/14, FD 6; Sec. 3ª de 3-11-2015 Rec. 396/14 FD 2; Sec. 7ª, nº 3243/12, de 30-04-2012 Rec. 1869/11, FD 2 (califica el derecho a una buena administración como “*derecho de última generación*” y lo vincula al principio de transparencia y el derecho de acceso a registros y archivos). Todas las sentencias citadas de una forma u otra abordan el principio/derecho buena administración reconocido por el art. 41 CDFUE con proyección general. aferrándose a que dicho derecho es contrario a la arbitrariedad y se configura a favor del debido proceso.

⁸²⁷ Abarcaría como hemos dicho el incumplimiento del art. 103 CE y el art. 41 CDFUE, es decir, incumplir su obligación de debido proceso en su doble función: i) utilidad sustancial, directa, inmediata, cumplimiento de los derechos de defensa, igualdad, contradicción, entre otros y los derechos subjetivos de los ciudadanos, ii) utilidad sustancial mediata, eventual o carácter de utilidad instrumental, comportamiento de la Administración conforme a la Ley o cumplimiento de garantías de legalidad, comportamiento administrativo ajustado a la ley, buena fe, confianza legítima, entre otros. Una desviación de poder (art. 70.2 LJCA), disimulando el contenido real del acto bajo una falsa apariencia, la Administración recurre a un procedimiento distinto del que realmente corresponde con la finalidad de eludir ciertas formalidades o de suprimir ciertas garantías. Esto, como veremos más adelante, hace garantizar tanto el interés legítimo de la propia Administración como el de los interesados para accionar ante la propia Administración o ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

⁸²⁸ STS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 303/20 de 2-03-2020, Rec. 871/19, FD 3.

como citaciones o requerimientos fraudulentos de personación, en fraude de ley o como coacción material administrativa directa para comprobación de matrimonios y luego incoar expedientes sancionadores o citaciones para luego realizar detenciones para expulsión⁸²⁹, hacen perder a la Administración todo privilegio de la ejecutividad. (Estos aspectos serán analizados más detenidamente en las medidas cautelares concretas, segunda parte).

Sobre esto último, existe otra vertiente interpretativa, consistente en determinar si dichas malas conductas administrativas -si ese *fumus mali iuris*- llegan a constituir situaciones invalidantes del ejercicio de derechos fundamentales de defensa, ya que el interesado tiene acceso a la jurisdicción, acceso al recurso, derecho de defensa, derecho de contradicción, entre otros. Al respecto señalar, primeramente, que en la fase del *iter* procesal en que nos encontramos -pieza separada de medida cautelar- dicha posición interpretativa pierde su razonamiento, ya que lo que se cuestiona no es el acceso a la jurisdicción o el acceso al recurso o el derecho de defensa, o el de contradicción, pues de hecho el órgano jurisdiccional está conociendo de ello, sino lo que se ha de valorar y razonar es el actuar de la Administración, sin necesidad precisamente de que el juzgador entre al fondo del asunto, del cual ciertamente se encargará la resolución final del proceso (y dirá si ese actuar de la Administración, es nulo o anulable, si ha sido invalidante para el ejercicio de otros derechos). Lo que se cuestiona en dicha fase cautelar con toda su autonomía procesal -cuenta con el principio *audiatur et altera pars*⁸³⁰- es ese actuar *prima facie* de la Administración, si es adecuado a derecho, si ha existido un mal derecho, una mala fe frente a buen derecho del ciudadano extranjero.

La doctrina jurisprudencial del TS respecto a este último aspecto -apreciación del *fumus boni iuris* del interesado- la ha circunscrito categóricamente a cuando sea manifiesta la nulidad de pleno derecho del acto administrativo en cuestión y demás supuestos definidos en dicha jurisprudencia⁸³¹. Entiendo debe ser posible también cuando existan casos de anulabilidad⁸³² (art. 48.1-2 LPACAP) o cualquier tipo de arbitrariedad o antijuridicidad,

⁸²⁹ A este respecto se ha de tener en cuenta la ya mencionada STEDH Sec. 3ª, asunto Čonka c. Bélgica derecho a la libertad (art. 5.1 CEDH) práctica abusiva de convocar a la Comisaria de manera fraudulenta a ciudadanos extranjeros con la finalidad de propiciar su detención (34-46).

⁸³⁰ STC, Pleno, nº 175/01, de 26-07-2001, BOE nº 194 de 14-08-2001, FJ 8 y la jurisprudencia allí citada, en cuanto a que las personas públicas están amparadas por el derecho a no sufrir indefensión en el proceso (art. 24.1 CE), principio *audiatur et altera pars* connatural a todo tipo de procesos y a la tutela judicial que merecen las partes, con todas las garantías del debido proceso, igualdad de parte, contradicción y prueba (con la excepción de las medidas del art. 135.1 LJCA, *inaudita parte* que es complementado de forma inmediata a los 3 días).

⁸³¹ Vid. notas 331 y 624. Se resumen en ellas la doctrina de la apariencia del buen derecho y las cinco circunstancias que considera el TS se han de concretar para que sea apreciado el *fumus boni iuris* en unión del resto de los requisitos del art. 130 LJCA.

⁸³² Sala Atienza, P., & Cadenas García, M. I., (2016). *Las Medidas Cautelares...*, op. cit., pp. 644-649. STSJ Cat. Sala (Contencioso), Sec. 3ª, nº 366/10 de 30-04-2010, Rec. 368/09. “conforme a lo establecido en el artículo 63 de la LPAC, los defectos de forma sólo pueden determinar la anulabilidad del acto recurrido, y si bien la jurisprudencia del Tribunal Supremo admitió la traslación de la nulidad de pleno derecho prevista en el artículo 116 de la LPA y 111 de la LPAC, como causa de suspensión, al artículo 122 de la LJCA siempre que se presente de forma ostensible y manifiesta (STS de 15-12-1994, 9-7-96 y 23-10-1996, entre otras), y el criterio se mantiene tras la entrada en vigor de la Ley 29/1998, de 13 de julio (ATS de 2-11-2000), no ocurre lo mismo con la anulabilidad, de forma que ese defecto no pueden servir para fundamentar válidamente la adopción de una medida cautelar”.

de desviación de poder⁸³³ en el actuar de la Administración, sin necesidad de entrar al fondo del asunto, supuestos donde se aprecie como algo ostensible y evidente, coincidiendo ello en cierta medida con los propios criterios del TS⁸³⁴. Su fundamento está dado principalmente en que la Administración moderna es una administración basada en los principios y derechos constitucionales y democráticos, por tanto, debe entre otras cosas, obediencia a ley. Continuar exponiendo en las resoluciones judiciales que con ello se prejuzgaría la cuestión de fondo sería, en primer lugar, permitir y convivir con la ilegalidad de la Administración y, en segundo lugar, incumplir como se incumple con el derecho de un recurso efectivo, eficaz y suspensivo.

De proseguir sosteniéndose que en los actos administrativos donde existan elementos de un actuar ilegal de la administración pero que no reúnan los requisitos de nulidad, dichos actos no puedan ser suspendidos ni adoptarse otro tipo de medida cautelar, por amparar el privilegio de la Administración, se vulneraría precisamente el derecho fundamental recogido en el propio art. 24 CE en relación con el art. 103 de la misma, en cuanto a la eficacia y efectividad de la tutela cautelar desde la perspectiva que se viene sosteniendo.

En fin, en estos tiempos de garantías sustantivas y procesales, seguir sustentando una jurisprudencia que manifieste que “el incidente cautelar, no es el trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito”, o “que el extranjero puede ser expulsado y el mismo cursar sus recursos a través de la sede consular española en el país donde se encuentre”, o que “de ser estimada sus pretensiones siempre puede regresar a territorio español” es una jurisprudencia que no se adapta a los tiempos modernos. Tales frases son fórmulas rituarías, trilladas, muchas de ellas vacías de un contenido jurídico real, objetivo, serio y en correspondencia con un Estado de Derecho, en una sociedad democrática, garantista de los derechos fundamentales. Es conocido que el incidente cautelar cuenta con su autonomía procesal propia, sus garantías⁸³⁵ y sus límites (téngase en cuenta el art. 24 CE y art. 131 y 137 LJCA), su aplicación adecuada y concreta de las garantías procesales que intrínsecamente ya tiene desde su génesis, y por ello permite perfectamente dentro de su alcance, fines y límites poder tomar la medida más adecuada al objeto de la pretensión cautelar para garantizar la finalidad del recurso y, en fin, de la resolución judicial del asunto sin ninguna necesidad de prejuzgar el fondo del asunto. Por tanto, de estar los

⁸³³ Bustillo Bolado, R. O., (2012) “La desviación de poder en el Derecho Comunitario y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos” *RAP*, nº 188, pp. 65-97. Desviación teleológica en la actividad administrativa desarrollada, una intención torcida en la voluntad administrativa que el acto exterioriza, fines distintos, en definitiva, una distorsión entre el fin para el que se reconocen las facultades administrativas por el ordenamiento jurídico y el que resulta de su ejercicio concreto, aunque el fin perseguido sea de interés público. O el defecto de forma del acto sólo determinará la anulabilidad cuando dicho acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados, también amparado bajo el manto justificativo de interés público. Las situaciones y ejemplos citados, conforman de una u otra forma estos vicios de anulabilidad. Cosa distinta es su valoración y prueba, pero a prima facie son vicios de legalidad y moralidad de la Administración.

⁸³⁴ ATS Sala 3ª, Sec. 1ª, nº 1104/86 de 15-7-1988, FD 6, posición de la Administración ostensible y evidente en aquellos supuestos en que de existir una sentencia que anula el acto en una instancia anterior aunque no sea firme y de la existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz y desidia.

⁸³⁵ Chinchilla Marín, M. C., (1991). *La tutela cautelar...*, op. cit., pp. 51-60, reconociendo que en nuestro país, la mayoría de la doctrina defiende la autonomía del proceso cautelar (p. 52), remitiendo al estudio doctrinal allí citado, como un fundamento absolutamente procesal (p. 55). En este sentido, STC, Sala 2ª, nº 66/84, FJ 3.

requisitos o presupuestos que exige hoy la norma solo cabrá adoptarse la medida cautelar que se solicite.

En todo caso, si las partes no están de acuerdo con la decisión judicial, obligatoriamente hay que tener presente la naturaleza jurídico procesal de la institución cautelar, esto es, su carácter provisional, su instrumentalidad, provisionalidad, temporalidad y subordinación al proceso principal. Si el juzgador se “*excediera*”, en ese examen apriorístico y se concediera la medida cautelar solicitada, prejuzgando el fondo, ello es perfectamente solucionable a través de varias vías procesales: i) el recurso que en derecho corresponda contra la resolución adoptando la medida cautelar; ii) a través de una solicitud de modificación o levantamiento de la medida cautelar misma, atendiendo a un cambio de circunstancias; iii) las propias características de instrumentalidad y provisionalidad/temporalidad, subordinación al proceso principal darán por terminada la medida, dictada la sentencia correspondiente.

Concretamente, en cuanto a la interpretación de que el acceso a la jurisdicción, al recurso, es una manifestación de garantía de la tutela judicial efectiva que permite defenderse al interesado de la situación invalidante, señalar que, visto así en ese sentido teórico general del sistema de garantías del art. 24 CE es correcto. Por demás, como se ha señalado, la situación invalidante ha de resolverse en el fondo del asunto. Se insiste, no estamos en esa fase del proceso, estamos en fase cautelar. No cuestiono en este momento el ejercicio/acceso a la tutela cautelar e, incluso, ni la configuración del acceso al recurso cautelar (aspectos que se analizarán en la tercera parte). Lo que se cuestiona es el recurso cautelar en sí, su efectividad, tanto formal como funcional después de dicho acceso a la jurisdicción y al recurso, es decir, la efectividad real del recurso cautelar, su celeridad, su calidad, motivación, su efecto suspensivo, la existencia de arbitrariedades y disfunciones procesales. Tampoco se ha de confundir nuestro planteamiento con la doctrina del pretendido derecho al acierto judicial. (Aspectos que retomaré en la tercera parte).

Un análisis sistemático y axiológico del planteamiento de que el acceso a la jurisdicción, al recurso, es una manifestación de garantía de la tutela judicial efectiva frente a las situaciones invalidante, permite señalar que ante determinadas disfunciones de procesales de orden público, lleva a que la argumentación quede en una parte vacía de contenido. Ello debido a dos aspectos: i) cuando el acceso a la jurisdicción se dificulta, o sea se establecen requisitos que hacen la accesibilidad compleja, se obstaculiza el acceso, tanto por actos, como por omisiones de las autoridades judiciales y administrativas (art. 135 LJCA, las cuestiones de competencia ante los juzgados de lo contencioso, las cuestiones relativas a la determinación de la edad de extranjeros⁸³⁶, en especial de los MENAS y sus internamientos o de los extranjeros privados de libertad), esto es la eficacia y ii) cuando el recurso configurado por el legislador no tiene efecto suspensivo, su celeridad, rapidez es cuestionada, no hay un proceso del todo equitativo, su calidad es cuestionable, hay un déficit de motivación. Ese recurso, en fin, no es efectivo.

En fin, el acceso a la justicia no puede ser por sí solo un fundamento para la desestimación de una solicitud de medida cautelar, sino que requiere una motivación de la resolución que fundamente por qué no se prueba la efectividad del recurso. El art. 24 CE hay que verlo en todas sus dimensiones y desde las diversas vertientes en que despliega sus

⁸³⁶ Segura Abad, L., (2010). “Determinación de la edad en el caso de los extranjeros indocumentados”, en J. Ballesteros Martín. Extranjería y cooperación judicial internacional. Madrid: CISS, pp. 229-242.

efectos, no solo como la tutela judicial efectiva como acceso al control jurisdiccional, sino también desde su vertiente funcional y de efectividad del debido recurso cautelar.

6.2-2-b) Verificación *prima facie*: fase administrativa.

En cuanto a la verificación *prima facie* en el procedimiento administrativo para asegurar la eficacia de la resolución administrativa se podrán adoptar medidas provisionales de oficio o a instancia de parte. Se ha de distinguir entre si la medida es adoptada de oficio o solicitada a instancia de parte. La distinción importante, ya que de ser la segunda, será la Administración la que ponderará todas las circunstancias e intereses en conflicto, ello unido al *petitum* cautelar que señale la parte interesada; es decir, existirá contradicción entre las dos partes, Administración y el particular. Mientras que en la acordada de oficio, ya la Administración por sí sola ha valorado bajo su cuenta y riesgo todas las circunstancias e intereses en conflicto, adoptando la medida que entienda, sin tener contradicción o siendo una medida *inaudita altera parte*. Esta es la fórmula generalmente aplicada en la disciplina aquí investigada.

El propio art. 56 LPACAP permite al inicio del procedimiento que el órgano administrativo competente para resolver -atendiendo al debido proceso- pueda adoptar una medida, pero para ello debió comprobar si existían los elementos suficientes para dicha. En el caso de la materia en estudio sería el art. 218 ROLEX, actuaciones previas⁸³⁷. Esa comprobación de elementos se puede realizar por la administración en dos momentos: i) con anterioridad al inicio del procedimiento propiamente dicho, el órgano competente podrá abrir un período de información o actuaciones previas con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento, y por tanto de medidas provisionales [art. 55 LPAC, art. 218 ROLEX, información y actuaciones previas]; ii) iniciado el procedimiento propiamente dicho, adoptar las medidas en sí. En ambos supuestos la Administración deberá comprobar las exigencias de los presupuestos y cumplir las obligaciones generales para las medidas provisionales. Además deberá en dicho análisis para la toma de la decisión tener en cuenta el contenido del acto administrativo concreto y las normas del DUE al respecto. En otras palabras, cumplir con sus propias obligaciones recogidas en el art. 103 CE, y en su caso con el art. 41 CDFUE. Destacando en este punto la observancia de los derechos y libertades fundamentales que puedan concurrir en el procedimiento.

6.2-3- El *periculum in mora*.

El presupuesto del *periculum in mora* habrá que analizarlo en el proceso que corresponda, ya sea en el procedimiento administrativo o en el proceso jurisdiccional. En cada caso, el presupuesto está definido por la duración del proceso⁸³⁸, su casuismo, singularidad e inminencia.

Para poder examinar el presente presupuesto en la aproximación teórica planteada tendremos que remitirnos al elemento teleológico del mismo, sus causas finales o los fines de las medidas, determinando si ha de prevalecer su razón de ser actual: i) la demora

⁸³⁷ Córdoba Castroverde, D., (2017). “Las actuaciones previas...”, op. cit.

⁸³⁸ STS Sala 3ª, Sec. 3ª, nº 691/01 de 05-02.2001, Rec. 10957/98 FD 1, a pesar de tratarse de un presupuesto derivado de la duración del proceso, no guarda relación con el principio constitucional del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, art. 24.2 CE, sino que responde a eventualidades que pueden afectar al derecho material discutido en la *litis* y que previsiblemente convierta en ilusoria una posible resolución estimatoria del pleito.

temporal o la posible frustración del proceso que corresponda por el tiempo que transcurre hasta la resolución del mismo, y dentro de esta concepción actual la vertiente de que los daños o perjuicios que se puedan causar por la ejecución del acto administrativo no suspendido pueden ser reparados o indemnizados (por lo que pasa a ser una casusa excluyente del *periculum in mora*), o ii) la visión teleológica de la previsibilidad del daño en correspondencia con el acto administrativo y su ejecución, daño irreversible -y luego asegurar la no frustración del proceso-. Dicho con otras palabras, analizar la determinación de la urgencia de las medidas sin las cuales el interesado sufriría un perjuicio grave, irreparable e irreversible, debiéndose tomar las mismas antes de que se resuelva el fondo del litigio o se dicte la resolución administrativa correspondiente, evitando así que la parte solicitante sufra dichos perjuicios graves, irreparables o irreversibles; todo ello unido a las circunstancias jurídico sociales de los hechos que den en ella y, en especial, a las exigencias derivadas de los principios, derechos y libertades estudiados. En esta visión teleológica del *periculum in mora* la concepción de la reparación del daño no excluye inicialmente al mismo, debido a que precisamente por la previsibilidad de su ocurrencia, se adopta la medida asegurando así con efectividad y eficacia el resultado final del proceso⁸³⁹.

En todo caso, continúa siendo el *periculum in mora* el presupuesto básico, esencial, claro y evidente⁸⁴⁰ para la adopción de la medida. Desde la presentación de la demanda o la incoación del expediente administrativo hasta que se resuelve el asunto definitivamente, transcurre un espacio de tiempo (los plazos para la práctica de las sucesivas actuaciones que componen el proceso o procedimiento), al que hay que añadir el derivado de las posibles incidencias que alteren su curso normal. En dicho lapso de tiempo existe el peligro de desaparición, ocultación o deterioro de los bienes, pruebas. En la materia en estudio, es en ese espacio de tiempo en que el extranjero se encuentra en situación de irregularidad (en muchos casos sobrevenida), con las consecuencias y daños muchas veces irreversibles de carácter personal y otros que afectan al propio Estado de bienestar o en el peor de los casos la expulsión, devolución o retorno del extranjero. En fin, este lapso de tiempo puede hacer perder la efectividad y eficacia del recurso jurisdiccional o de la resolución administrativa, convirtiendo en sí mismo el asunto en ilusorio.

Expuestas estas consideraciones sobre el *periculum in mora* y la aproximación teórica planteada, centro el análisis del presupuesto *periculum in mora* en la fase jurisdiccional, vinculando el propio presupuesto en su concepción teleológica actual con la que pretendemos desarrollar.

Bajo la concepción actual, considero que dicho presupuesto ha de tomar más fuerza decisiva si del examen a primera vista de la solicitud se constata que existe un actuar antijurídico de la Administración (visto ese actuar antijurídico cumpliendo las expectativas antes expuestas, como invalidante para la defensa). Por tanto, su razón de ser, la demora temporal o la urgencia se hace prioritaria ante ese mal actuar invalidante

⁸³⁹ Esta línea argumentativa está en correspondencia con la interpretación dada por el TEDH del art. 39 RTEDH, también sostenida por Sala Sánchez, P., Xiol Ríos, J. A. & Fernández Montalvo, R., (2013). *Derecho procesal...*, op. cit., (T. VI, art. 130, p. 856). Precisamente veremos en la tercera parte de este trabajo como esta aproximación no es la admitida y aplicada por la jurisprudencia nacional, sino la concepción del *periculum in mora* vinculado a la ejecución del acto administrativo, así como que la reparación de los daños y perjuicios es posible. Esto último como causa excluyente del mismo

⁸⁴⁰ STS Sala 3ª, Sec. 5ª nº 1255/07 de 6-02-2007, Rec. 6632/04, FD 4. (aunque dedicada a la materia urbanista el TS explicita el régimen general de las medidas cautelares previsto en la LJCA).

de la Administración; por ende, la necesidad de preservar ese efecto útil de la futura sentencia se potencializa o debe llevar un *plus* de celeridad del proceso. Ello no quiere decir que exista un régimen de celeridad que genere otras vulneraciones de otros derechos.

De no existir la actuación antijurídica por parte de la administración, ni tan siquiera la no invalidante, se debe realizar la valoración del *periculum in mora* sobre la base de los requisitos expuestos en la aproximación teórica desde el punto de vista del principio de la proporcionalidad/razonabilidad, no desde el punto de la ponderación. A dicho análisis proporcional se ha de incorporar, de concurrir el mismo, de forma potencializada el *fumus boni iuris*⁸⁴¹ (visto este desde el ángulo de los derechos fundamentales que estén en conflicto, atendiendo a la tutela multinivel descrita), operando en sentido de estándar superior del *fumus boni iuris*⁸⁴².

Se ha de tener presente que cuando la vigente LJCA formula el *periculum in mora* diciendo en su art. 130.1 que “...la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso”, está haciendo referencia a un concepto jurídico indeterminado. Ello puede conducir a incluir en él no sólo la preservación de la finalidad legítima al recurso -efecto útil de la futura sentencia-, sino también la finalidad de evitar que quien aparentemente está revestido de toda razón tenga que esperar a la decisión final del proceso para “disfrutar” de la posición o situación jurídica que, con fuerte presunción e intensidad, parece corresponderle -o sea el *fumus boni iuris*-, por lo que no se entraría al examen de la perturbación grave de los intereses generales o de tercero. Respecto a esta vertiente interpretativa que responde a la influencia de la jurisprudencia del TJUE continúa siendo actualmente apreciada de forma minoritaria por nuestro derecho interno en la especialidad investigada. Se considera en la práctica forense que la situación en que se encuentra el ciudadano extranjero en relación con el proceso está asociada fundamentalmente a su acercamiento o alejamiento del mismo, es decir, de su salida de territorio español. Este análisis reduccionista de asociar las medidas cautelares aquí estudiadas a los procesos de expulsiones, devoluciones, retornos, estigmatiza las mismas, no siendo los supuestos antes señalados los únicos y las únicas variables a tener en cuenta para adoptar la decisión cautelar, como evidentemente genera la aproximación teórica en estudio, de que los intereses y su ponderación tampoco pueden ser el único motivo a apreciar dentro del art. 130.1 LJCA. Sin que esto llegue a interpretarse como una suspensión automática o que nuestra aproximación avale siempre la suspensión de la resolución impugnada, convirtiéndose así en una aplicación irreflexiva y automática⁸⁴³. Todo lo contrario, nuestra aproximación teórica lo que hace es valorar proporcionalmente el *periculum in mora* y *fumus boni iuris*.

A su vez el citado art. 130 LJCA permite interpretar dos cuestiones más. Una, la posibilidad de que el privilegio de la autotutela ejecutiva de que goza la Administración genere situaciones materialmente irreversibles (consecuencias dañosas de esa actuación

⁸⁴¹ Vecina Cifuentes, J., (1995). “La trascendencia del *fumus boni iuris* como presupuesto de las medidas cautelares. Especial consideración a los procesos administrativo y constitucional. (A propósito del Auto del Tribunal Constitucional de 1 de diciembre de 1993)”. *Revista de Derecho Procesal*, (nº 1), pp. 259-288.

⁸⁴² Santamaría Pastor, J. A., (2010). *La Ley reguladora de la Jurisdicción...*, op. cit., p. 1271, destaca el autor que el *fumus boni iuris* puede incidir en sentido positivo o negativo. En este sentido, considero que los derechos humanos y libertades fundamentales que incidan en un supuesto concreto de solicitud de medida cautelar en la presente especialidad operarían en sentido positivo.

⁸⁴³ Teso Gamella, M. P., (2007). *Medidas Cautelares...*, op. cit., pp. 212-213.

que sean de imposible o difícil reparación y por tanto, se puede perder la finalidad legítima del recurso). Dos, que no se refiera a situaciones materialmente irreversibles y se puede ejecutar el acto, por lo que si la finalidad legítima del recurso es lograda a favor del actor y revocado el acto, siempre es posible que el daño sea reparado o indemnizado. Esta última vertiente interpretativa es la que prima en la materia en estudio en nuestro derecho interno. Ello se traduce en que todo daño es reparable y si no indemnizable o siempre resulta posible su indemnización⁸⁴⁴. Partiendo de esa base, difícilmente se otorgará la tutela cautelar, cuestión que es reflejada de manera constante en nuestra jurisprudencia.

Se expuso al inicio de este punto sobre el *periculum in mora* que no podíamos olvidar que la demora o duración del proceso no guarda relación con el principio constitucional del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE). En el párrafo anterior se señaló lo relativo a la reparación del daño o su indemnización. Uniendo ambos aspectos y relacionándolos con las conocidas estadísticas sobre las dilaciones de los procedimientos contenciosos administrativos -y en especial los referentes a la materia de extranjería- hace necesariamente que el *periculum in mora* en la presente materia tome un carácter especial, distintivo con respecto al resto de materias.

Dicho carácter especial se refleja en dos posiciones o razones fundamentales: i) si no se estima la solicitud de medida de acuerdo con el acto impugnado y los derechos o libertades fundamentales materialmente discutidas, el extranjero continuará o estará en situación de irregularidad sobrevenida, o en su caso sin poder disfrutar del derecho subjetivo que se litiga -si nos encontramos ante un procedimiento sancionador no se deberá ejecutar la sanción de expulsión al estar recurriendo en vía jurisdiccional-, por lo que queda el justiciable extranjero en cualquiera de estos supuestos en un limbo jurídico inoperante, con sus consecuencias negativas para la propia sociedad y el Estado; ii) de estimarse la medida y si la misma es positiva, el extranjero continuará con su regularidad provisional mientras se encuentren vigente las circunstancias que dieron lugar a ellas y continuará siendo un miembro activo en la sociedad y no una carga social para el Estado. Esta última, en reglas generales no atentaría o afectaría al interés general sino que estaría en plena correspondencia con el mismo, situación administrativa regularizada temporalmente, trabajador activo, cotizante de la Seguridad Social, etc.

6.2-4- El *fumus boni iuris*.

El *fumus boni iuris* para la concepción de nuestra teoría tiene un papel determinante, preponderante. Su evolución⁸⁴⁵ y crisis hace que constituya un presupuesto cuyos perfiles

⁸⁴⁴ Sobre este aspecto concretamente reparación del daño o indemnización, se deben realizar dos lecturas. Una relativa a los antecedentes jurisdiccionales en cuanto a la valoración del daño irreversible a causa del acto que se pretende suspender, en este sentido se establece la procedencia o no de la suspensión del acto atendiendo a la naturaleza misma del bien que puede ser reparable o indemnizable (art. 133.3LJCA). La otra lectura es, una vez declarada nula la resolución administrativa, procede la solicitud de reparación o indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración o por error judicial. Cuestiones estas bastante alejadas de la realidad actual en la materia en estudio, debido a que la jurisprudencia nacional al respecto es bastante restrictiva en cuanto al reconocimiento de responsabilidad en el actuar de la Administración.

⁸⁴⁵ Sala Sánchez, P., Xiol Ríos, J. A. & Fernández Montalvo, R., (2013). *Derecho procesal...*, op. cit., (T. VI, art. 129 y 130, pp. 672-678, 708-716, 866-872, señalan los autores que el *fumus boni iuris* estaba previsto en los proyectos de 1995 y 1997 (art. 124.2-4, dudas razonables sobre la legalidad de la actividad administrativa), siendo suprimido en la LJCA. Los autores destacan cómo antes de la propia LJCA este presupuesto era utilizado. Bacigalupo Saggese, M., (2008). “Las medidas cautelares en el proceso

o silueta no estén plenamente definidos, partiendo entre otras cosas de no estar regulado explícitamente en el art. 129 y ss. LJCA. Es catalogado en muchas ocasiones como un principio meramente residual, debido tanto a su carácter instrumental positivo-negativo como a su carácter dinámico, cambiante normativo y jurisprudencial, marcado por el factor tiempo, lo cual hace que lo que en un momento pudo ser positivo e incluso ostensiblemente prosperable en otro puede ser negativo, a la vista de nuevos datos o circunstancias jurídicas que contradigan, enerven o neutralicen ese *fumus* o apariencia que fue en un momento anterior bueno.

Parte de la doctrina y la jurisprudencia lo sintetiza en lo que ha definido como "*operatividad práctica de segundo grado*"⁸⁴⁶, o en la necesidad de que el proceso no debe convertirse en una carga para quien tiene la razón. Esto último no es admitido por parte de la doctrina y la jurisprudencia, toda vez que supone en cierta medida entrar en el fondo del asunto (prejuizar) y para ello es la sentencia; es obligar al Juez a adoptar una medida cautelar, aún a sabiendas de la improsperabilidad del recurso, acentuando sus límites, aconsejando su prudencia y restricción en su aplicación. Tal análisis restrictivo nos lleva nuevamente a señalar que nos encontramos ante interpretaciones y soluciones regresivas. Para otros, el presente presupuesto está en la propia naturaleza de las cosas y sería contrario a la misma esencia de la justicia, como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1 CE) y al principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), por ende, no se puede impedir u obligar al juez a acordar aquella, pese a su convencimiento o no de que el recurso sea estimado. El examen acerca de la apariencia de legalidad de la actuación de la Administración es una pieza clave en una sociedad democrática (como reiteradamente ha señalado el TEDH). No se ha de olvidar el art. 41 CDFUE, y los arts. 103 y 106 CE, vistos desde una perspectiva objetiva en relación con el control jurisdiccional. El presente presupuesto se ha potencializado por la jurisprudencia del TJUE.

Hay que señalar además que el *fumus boni iuris* también influye y determina en la valoración del equilibrio, de la nivelación de perjuicios/beneficios que puede ocasionar una medida concreta en el interés privado y en el interés general. No obstante a todo lo expuesto, sigue prevaleciendo la reticencia al presupuesto en estudio, acentuándose sus límites, aconsejándose prudencia y restricción en su aplicación⁸⁴⁷.

contencioso administrativo: ...", op. cit., p. 39. Señala el autor que considera admisible el criterio del *fumus* en la medida en que sirva para determinar en el supuesto particular la finalidad genérica de toda medida cautelar. Recuérdesse que, en el debate parlamentario de la LJCA, en las diferentes versiones y proyectos de la misma, se introdujo el presupuesto en estudio, luego se eliminó, más tarde se reintrodujo, siendo finalmente excluido con todo soporte normativo, pero sí intrínsecamente presente en el art. 136 LJCA - concretamente, el párrafo primero respecto a los supuestos de los arts. 29 y 30 LJCA-. En dichos debates fue objeto de análisis el denominado Derecho comunitario y el presente presupuesto, determinándose que, de admitir el presupuesto del *fumus*, se dispondrían de más facultades para los asuntos que provenían de tal derecho que cuando se aplicara el Derecho nacional, lo que sería en todo caso una discriminación *in peius* de los justiciables españoles. Ello presumiblemente violaría el art. 7 del Tratado CEE o los arts. 6 y 14 CEDH, o los dos instrumentos, además, evidentemente, del art. 24 de la CE, que no admite grados de "efectividad de la tutela", es decir, reducir o ampliar más derechos en unos procesos que en otros.

⁸⁴⁶ ATS Sala 3ª, Sec. 3ª nº 1084/09 de 05-02-2009, Rec. 37/08, RJ 2, denominando también al *fumus* como "*factor de apreciación complementario*" (en línea propiciada por el ATS Sala 3ª, Pleno, nº 1192/06 de 28-04-2006, Rec. 47/06).

⁸⁴⁷ SSTS, Sala 3ª, Sec. 2ª, nº 513/17 de 24-03-2017, Rec. 1296/16; Sec. 2ª, nº 1668/16 de 7/07/2016, Rec.3454/14, FD 2; Sec. 2ª, nº 694/16 de 24-02-2016, Rec. 2517/15, FD 2; Sec.4ª, nº 4383/11 de 28-06-2011, Rec. 4423/10; Sec.4ª, nº 8745/12 de 21-12-2012, Rec. 5459/11; ATS, Sala 3ª, Sec. 4ª, nº 3866/66 de

Se basa precisamente en el juicio de probabilidad, de verosimilitud, de alta dosis de razonabilidad -entendida como la razonable apariencia de que la parte recurrente litiga con razón y de que existan dudas razonables sobre la legalidad de la actuación administrativa-. Sin embargo, hay que decir que este criterio no está consolidado en la jurisprudencia nacional. Según en qué casos y cómo se interpreta, puede hasta constituir un *test* previo de legalidad que supuestamente no corresponde a la justicia cautelar. La presunción de buena fe⁸⁴⁸ de la existencia del derecho (una apariencia, una necesaria transparencia jurídica de la normatividad que en su conjunto se utilizará en el asunto en sí) y no la certeza del derecho. Es la valoración de las circunstancias de hecho y de derecho alegadas por las partes (una suficiencia jurídica y fáctica) que muestran una solidez de la acción que resulta evidente, tanto en el procedimiento administrativo como ante el órgano jurisdiccional. La valoración de las circunstancias lleva al convencimiento de que existen o no serias dudas sobre el acto administrativo. Ello sin entrar en el fondo del asunto. Se plantea con sistematicidad que el *fumus boni iuris* no tiene naturaleza autónoma, ni uso independiente, careciendo de entidad para justificar por sí solo la medida cautelar⁸⁴⁹, aunque en sentido contrario se expone que cuando el mismo tiene intensidad suficiente puede desplazar al *periculum in mora*.

Al igual que en el presupuesto anterior, el *fumus boni iuris* ha de ser apreciado, tanto por la Administración como por los órganos jurisdiccionales, al momento de la adopción de la medida. En este sentido, se debe explicitar *a primera vista* la fundamentación de los motivos en derecho existentes, tanto en el procedimiento administrativo como de los invocados en el caso del litigio ante la jurisdicción contenciosa, a fin de determinar la probabilidad de éxito del recurso.

En el caso concreto del proceso jurisdiccional contencioso administrativo la valoración que ha de realizar el juez respecto al *fumus boni iuris* está basada actualmente en la jurisprudencia creada por el TS al respecto. Dichos criterios como se ha de recordar son: i) los antecedentes de hecho y fundamentos de derecho o, en su caso, en la pretensión de fondo de la solicitud de la medida; ii) control previo acerca de la legalidad del acto, determinando si el acto administrativo que se trata es conforme a derecho. En este aspecto como se ha expuesto *ut supra*, entiendo que el análisis del juzgador debe ir más allá, determinar si existe un buen o mal derecho de la actuación administrativa (nulidad o anulabilidad del acto)-; iii) así como si hay actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, o sentencia que haya anulado el acto en una instancia anterior aunque no sea firme. Esta circunstancia apreciativa que ha realizar el juzgador, debe ser reinterpretada y ampliada, incorporando o haciéndolo extensivo a la normativa europea y a la jurisprudencia del TJUE, incluyendo las cuestiones prejudiciales, debido a la estrecha relación de la especialidad con el DUE; iv) o la existencia de criterios reiterados de la jurisprudencia condenando a la administración, la cual hace o se opone a las mismas, manifestando una resistencia contumaz. Debe igualmente esta circunstancia releerse ampliándose a la jurisprudencia del TJUE sobre la especialidad en cuestión y v) por último, dejando de ser una excepcionalidad el análisis

7-06-1996, Rec. 9479/90, entre otras. El propio TS va matizando su interpretación del *fumus boni iuris* cuando se actúa en asuntos donde esté presente el DUE.

⁸⁴⁸ González Pérez, J., (2009). *El principio general de la buena fe en el Derecho administrativo*. (5ª Ed.). Madrid: Civitas, pp. 26-28, 30-33, 35 y ss., 60-61.

⁸⁴⁹ Sala Atienza, P., & Cadenas García, M. I., (2016). *Las Medidas Cautelares...*, op. cit., pp. 642-643.

de la prosperabilidad ostensible de la demanda debido a como se verá seguidamente, por la concurrencia e intensidad del sistema multinivel de derechos humanos.

En la construcción de nuestra aproximación teórica reviste un especial significado la especial intensidad con que concurra el *fumus boni iuris*, por lo que la concepción de su limitación en las medidas cautelares (su rechazo *in limine* o *in limine litis*) sería desterrado. Como he venido expresando, se ha de tener presente la intensidad de esa apariencia normativa con que concurra la norma, los derechos y libertades fundamentales en cuestión y los principios del derecho del momento concreto en que se solicita la medida. Si estamos ante una norma, un derecho primario o un principio del DUE⁸⁵⁰, o ante un derecho humano recogido en un Tratado o en un Convenio, o si estamos ante un derecho social prestacional o ante un derecho o libertad fundamental de la CE, o si se presenta la concurrencia de todos ellos, la tutela multinivel (en este sentido se ha de retomar la STC Pleno nº 172/20). Aquí en este último punto es donde precisamente se materializa la transparencia jurídica de la normatividad, la suficiencia jurídica y fáctica, la intensidad o especial intensidad de esa apariencia normativa, de esos principios generales del derecho y la concurrencia de los derechos humanos. Esto se resume en determinar en esa tutela multinivel el estándar más alto, al alza de ese derecho humano o derecho fundamental en conflicto. Esto es, de concurrir dichos derechos humanos o fundamentales en un supuesto concreto el grado de efectividad de la tutela judicial del art. 24 CE será superior, se ampliarán sus grados.

Lo expuesto recobra en estos tiempos un significado muy importante. Como señalé *ut supra* la STC Pleno nº 172/20, en lo que aquí nos ocupa, considero ha superado su propia jurisprudencia respecto al art. 24 CE, al declarar constitucional la redacción del apartado segundo de la Disposición Régimen Especial Ceuta Melilla, en cuanto a admitir la redacción dada por el legislador y la aplicación directa de las normas de carácter internacional protectoras de los derechos humanos. El TC ha potencializado así la efectividad de la tutela judicial efectiva para estos supuestos, ha ampliado en grados las garantías de la misma y, por tanto, de efectividad del recurso -en nuestro caso el cautelar-, admitiendo así indirectamente el efecto suspensivo automático, recurso admitido y aplicado por el propio TEDH (interpretación del art. 13 CEDH) y por el TJUE (art. 47 CDFUE). La STC Pleno nº 172/20, a su vez, remueve los cimientos de la consagrada doctrina jurisprudencial del TS sobre las cinco circunstancias que considera el mismo para que pueda apreciarse el *fumus boni iuris*, debido a que implícitamente todos los actos administrativos que se realicen vulnerando los derechos humanos han de ser nulos. Asimismo, la sentencia del TC ratificaría lo expuesto en párrafos anteriores en cuanto a la ampliación de los contenidos de las cinco circunstancias conformadas jurisprudencialmente por el TS para apreciar el presupuesto en estudio, fundamentalmente en cuanto a la normativa y jurisprudencia generada por el DUE así como los principios de equivalencia, efectividad, estándar mínimo de protección, proporcionalidad/razonabilidad, (los cuales permitirán precisamente ampliar dichos grados, minimizando la arbitrariedad y procurando un razonamiento axiológico donde los derechos fundamentales no se vean afectados o alterados).

⁸⁵⁰ Sala Sánchez, P., Xiol Ríos, J. A. & Fernández Montalvo, R., (2013). *Derecho procesal...*, op. cit., (T. VI, art. 130 p. 872), señalan los autores que aquellos actos que estén en contra de la primacía del DUE, permiten al órgano jurisdiccional nacional acordar una medida cautelar encaminada a suspender la aplicación del expresado acto o a garantizar la eficacia de la resolución haciendo prevalencia del DUE.

Para la determinación, de la manifestación de intensidad o de la especial intensidad, pueden existir dos formas fundamentales de interpretación de dicho presupuesto del *fumus*: i) si la pretensión principal tiene perspectivas de éxito, es decir su manifestación de intensidad o de la especial intensidad es clara, objetiva, obvia; la norma, el/los derechos fundamentales y humanos en conflicto están más que presentes, latentes, es evidente su vulneración (aquí se vuelve a revitalizar el DUE y la interpretación del mismo, la doctrina del acto claro o aclarado y las cuestiones prejudiciales, principio de equivalencia,); ii) de acuerdo con si esa intensidad es suficiente, tras un examen somero de la pretensión principal, después de un examen determinando que la misma no esté desprovista de fundamento.

Sobre estas dos fórmulas para la determinación de la manifestación de intensidad o de la especial intensidad, necesariamente se han de realizar las siguientes observaciones, principalmente en cuanto a cuando pueda estar en duda la intensidad suficiente. Respecto a esto último, interpreto que el hecho de que no esté presente el *fumus boni iuris* recogido en una norma, incluso que no pueda existir la posibilidad de que haya pronunciamiento jurisprudencial sobre ello, no es óbice para apreciar o determinar la intensidad suficiente en el asunto concreto. La previsibilidad y lo presumible del *fumus boni iuris* es un aspecto importante a tener en cuenta en la presente especialidad de extranjería. En cierta medida lo anterior está en dependencia del supuesto que se analice, pero estaría estrechamente relacionado con situaciones de expulsiones o denegaciones de solicitudes de asilo, o presencia de MENAS y la determinación de su edad (impugnación Decreto del Fiscal o nombramiento/designación de defensor judicial, como veremos en la parte segunda y tercera, existe un vacío legislativo al respecto), cuando de ser expulsado el extranjero acreditado el peligro para la vida, tratos denigrantes, tortura, interés superior del menor, etc. (art. 2 y 3 CEDH, art. 2, 4 y 19.2 CDFUE). En los supuestos indicados, evidentemente, el daño sería irreversible o difícilmente reparable, por lo que la suspensión del acto es más que necesaria y de ser posible debería ser automática. Intrínsecamente existe una previsibilidad, una razonabilidad aparente, un presumible buen derecho, una finalidad del recurso “legítima”, la protección de la vida, del interés superior del menor, la dignidad. Estos análisis circunstancia se pueden hacer extensivos a otros supuestos, actos de un fuerte gravamen que pueden generar situaciones de daños irreversibles, como los supuestos de los arts. 59 y 59 Bis LO 4/00 (inmigración ilegal, explotación laboral o de tráfico ilícito de mano de obra o de explotación en la prostitución, trata de seres humanos).

Determinadas estas cuestiones y siendo manifiesta la especial intensidad o la intensidad suficiente, el presupuesto del *fumus boni iuris* puede hacer perder las exigencias del *periculum in mora*: no haría falta analizar el *periculum* (el peligro de desaparición, ocultación o deterioro de los bienes, pruebas, o los largos espacio de tiempo en que el extranjero se encuentra en situación de irregularidad, los daños irreversibles o la expulsión del extranjero), pues sucumbe ante la intensidad del derecho humano o fundamental en cuestión. Ante ello se deberá conceder la medida solicitada.

En todo caso, se ha de tener presente que la naturaleza jurídica de las medidas cautelares y sus características, su provisionalidad y temporalidad, hacen que el papel en sí del *fumus boni iuris* como del resto de los presupuestos sea provisional y temporal. También que el propio sistema jurídico en su integralidad es dinámico, por lo que se ha de interpretar de acuerdo con la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicado, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de las normas vigentes.

No obstante, hay que señalar que en los últimos tiempos el TS ha venido reconociendo el papel que juega el presupuesto del *fumus boni iuris* como elemento integrador del art. 130 LJCA, cuando el acto impugnado pudiera estar en contradicción con el DUE, quien da una apariencia de buen derecho que justifica la suspensión cautelar del acto recurrido⁸⁵¹.

6.2-5- Proporcionalidad/razonabilidad.

6.2-5-a) Consideraciones previas.

Se ha venido mencionando indistintamente a lo largo de esta primera parte, que el interés general y de terceros y los intereses individuales, siendo ambos, junto a su ponderación otro presupuesto a tener en cuenta para la toma de la decisión cautelar. Este presupuesto también denominado cláusula de cierre⁸⁵² de las medidas cautelares es interpretado por la doctrina y jurisprudencia mayoritaria como complementario a la pérdida o finalidad legítima del recurso⁸⁵³. A su vez, en este trabajo he venido sosteniendo el principio de proporcionalidad, razonabilidad, el cual tampoco viene recogido expresamente en la LJCA en cuanto al objeto de estudio. Siendo el principio de proporcionalidad, razonabilidad el que conforma nuestra aproximación teórica al considerarlo un principio de un mayor contenido, alcance y reglas a aplicar en las medidas cautelares de la materia de extranjería superando en definitiva al principio de ponderación.

Cómo han de ceder o no los intereses generales ante los derechos y libertades fundamentales de los extranjeros que estén en conflicto⁸⁵⁴ en el acto concreto en cuestión,

⁸⁵¹ Vid. nota 847. De la jurisprudencia allí expuesta y de lo ahora señalado se constata que aún el TS no tiene una línea estable sobre la interpretación del *fumus boni iuris*. Por un lado, continúa acentuando sus límites, aconsejando prudencia y restricción en su aplicación, pero por otro, cuando el acto impugnado pudiera estar en contradicción con el DUE hace prevalecer este último atendiendo a la primacía del mismo sobre el derecho interno por lo que da una apariencia de buen derecho que justifica la suspensión cautelar del acto recurrido.

⁸⁵² Es objeto de controversia en la doctrina científica y la jurisprudencia si la ponderación de los intereses involucrados debe ser un presupuesto o un presupuesto complementario, un requisito o una cláusula de cierre para el otorgamiento de la tutela cautelar o que permita denegar la medida, dándose aun las demás circunstancias anteriormente descritas. Ello, en cualquier caso, en la especialidad en estudio se minimiza. Vaya por delante, que lo considero un presupuesto importante y necesario. En este sentido, el Preámbulo de la LJCA señala que el criterio general para la adopción de las medidas cautelares consiste en que no se puede hacer perder la finalidad al recurso, pero siempre sobre la base de una ponderación suficientemente motivada de todos los intereses en conflicto

⁸⁵³ Ha sido el propio TS en sus SSTS Sala 3ª, Sec. 3ª, de 21-12-2010, Rec. 1935/10, en correspondencia con la nº 3512/199, de 20/05/99, de la Sec. 6ª, en que ratifica el criterio de que la ponderación de los intereses concurrentes es complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso (art. 129.1 LJCA), atendiendo al grado en que el interés público esté en juego, ratificando la máxima de que cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; por el contrario, cuando aquella exigencia es de gran intensidad, solo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto (ATS 3 de junio de 1997, entre otros muchos).

⁸⁵⁴ García De Enterría Martínez-Carande, E., (2000). “Observaciones sobre la tutela cautelar en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998. ¿Tienen efectiva potestad de acordar tutela cautelar las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional?”. *RAP*, (nº 151), pp. 251-277. En este sentido el profesor García De Enterría, señaló como “*error inadmisibile*” lo dispuesto en la ley referente a la ponderación circunstanciada de los intereses como base del sistema cautelar, señalando que se debe “*reconducir el conflicto de intereses a ponderar el conflicto con derechos fundamentales, bien de un tercero, bien de los que pudieran resultar protegidos específicamente por la concreta actuación de la Administración de que se trate*”, (p. 258). Ya previamente en similares términos se pronunció Chinchilla

o si dichos intereses son equivalentes, convergentes o simétricos, son los aspectos medulares que abordaré seguidamente. Igualmente se diferenciará lo referente a los intereses de terceros, los cuales en sentido general también son convergentes o simétricos con los individuales. Lo dicho lleva su análisis en tres vertientes, las cuales pasarán las exigencias del *test* de la proporcionalidad/razonabilidad o motivación circunstanciada, conllevando al cumplimiento del principio de identidad⁸⁵⁵ entre los diferentes intereses. Una, primera vertiente respecto al interés general-interés individual, que se basaría en la nueva concepción de la conformación del interés general en la materia en estudio (aspecto que se desarrolla en la segunda parte), partiendo de la configuración del interés general del Derecho de Extranjería como concepción moderna y constitucionalizada del interés general, el cual debe ser proteger los derechos humanos y fundamentales inherentes al ciudadano extranjero.

Una segunda vertiente, los intereses de terceros⁸⁵⁶. Estos terceros serían aquellas personas físicas o jurídicas que ocupan una posición, en principio, en relación estrecha con la cuestión jurídica principal (acto Administración/extranjero o tribunal/justiciable extranjero). Están legitimadas y pueden estar personadas en los procedimientos, precisamente por aquellos intereses que revisten extraordinaria gravedad, intensidad suficiente para su equiparación con los intereses generales⁸⁵⁷.

La tercera vertiente es la valoración de la gravedad y definición de la misma, cualitativa y cuantitativamente (interpretación dineraria de los bienes en conflicto o cualitativa atendiendo a que los mismos son generalmente bienes intangibles, como la dignidad de la persona, el desarrollo de su personalidad, los derechos humanos). Dentro de esta tercera vertiente se encontrarían también los supuestos referidos a las obligaciones positivas del Estado, el cual ya debe de cumplir por sí mismo dichos intereses generales respecto a los extranjeros que se encuentran bajo su propia tutela o protección, por tanto, debe cumplir sus propias obligaciones. En estos supuestos habría que preguntarse ¿qué conflictos de intereses pueden existir?, o ¿cómo se cuantificaría dicho daño? Esta tercera variante de análisis es importante, pues a partir de ella también se definirá lo relativo a la caución.

Como es conocido, en toda actuación administrativa se hallan implicados los intereses generales que, por definición, prevalecen (principio de indisponibilidad que explica el principio de supremacía), sobre los individuales. Los intereses generales poseen una mayor intensidad, por lo cual esa ponderación prácticamente siempre desembocará en la denegación de la tutela cautelar. Lo cambiante es cómo determinar esa intensidad, partiendo de que se propone que se pondere en primer lugar lo relativo al derecho humano de la dignidad y del desarrollo de la personalidad, el derecho/libertad fundamental en

Marín, C. M., (1999). “Los criterios de adopción de las medidas cautelares...”, op. cit., pp. 15-65, ratificados en el 2014. Vid. nota 815.

⁸⁵⁵ STS, Sala 3ª, Sec. 7ª, nº 5421/02 de 17-7-2002, Rec. 5563/99, FD 4. STSJA (Sede Granada), Sala (Contencioso), Sec. 1ª, nº 2023/17 de 16-10-2017, Rec. 524/17, FD 5 (principio de identidad).

⁸⁵⁶ El art. 130.2 LJCA ordena ponderar los intereses de terceros. Se refiere la norma a todos los interesados en el mantenimiento del acto administrativo impugnado, como posibles demandados art. 21.1-b) LJCA Serían los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte, o aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.

⁸⁵⁷ Rodríguez-Arana Muñoz, J., (2012). *Interés general, derecho administrativo y Estado de bienestar*. Madrid: Iustel pp. 22-24, 148-149, 153-154, 160, 163-166, 172-176. Rodríguez Pontón, J. F., (1999). *Pluralidad de intereses en la tutela cautelar...*, op. cit., pp. 119 y ss.

cuestión y en dependencia de la tutela multinivel que confluya. En segundo lugar, que el interés general también ha de ser visto desde esa posición (DUE o la interpretación del art. 103.1 CE), y por ende, no deben invocarse meros intereses o intereses generales de una Administración⁸⁵⁸ -por muy importantes que sean-, que pueden constituir restricciones desmesuradas o un medio de discriminación arbitraria, o una restricción encubierta, cuando el interesado o el tercero están invocando un derecho fundamental. Sólo ante ello podrá oponerse otros derechos fundamentales.

En este sentido, se ha de tener presente la ya citada STS Sala 3ª, Sec. 6ª, nº 3512/99, de 20-05-99, la cual también se pronuncia sobre este aspecto en cuestión -la ponderación de intereses y la perturbación grave al interés general-. Señala la misma que el art. 130.2 LJCA tiene una redacción matizada. Coincidiendo con dicho criterio interpretativo y, a su vez agrego a lo expresado por el TS, que respecto a la perturbación grave de los intereses generales o de tercero merece subrayarse la muy matizada redacción de art. 130.2 LJCA: no basta cualquier tipo de “perturbación”, sino que también “ha de ser grave”; por ello, se tendrá que definir la gravedad de ese grado de afección y perturbación con datos concretos, situaciones concretas, ciertas, no con expresiones generales. Tendrán con ello que valorar la autoridad competente (tanto administrativa, como judicial), dicha perturbación grave. Cuestión diferente es en cuanto al art. 136.1 LJCA y esa misma perturbación grave, la cual se requiere que se ocasione, que conste la certeza de dicha perturbación grave. Sobre este mismo punto el TS señala que “*no basta una genérica referencia a la ponderación de los intereses en conflicto, sino que es necesario que esa ponderación se haga de manera circunstanciada*”. Esto nos remite obligatoriamente a la motivación de las resoluciones, que -como ya hemos señalado- muchas de ellas tiene de dicho defecto de motivación defectuosa, o simplemente son fórmulas rituales de carácter preventivo.

Definido lo anterior doy paso al examen de la ponderación de intereses, el cual necesariamente requerirá un análisis sistemático, hermenéutico y axiológico.

6.2-5-b) Determinación del interés general. Obligaciones positivas.

No resulta desconocido lo polémico e impreciso de la noción de interés general. Tampoco pasa por alto que su uso sea cada vez más frecuente por la jurisprudencia, muchas veces sin un sentido claro de dicho interés general, generando problemas de inseguridad jurídica que repercuten en el recurso. Doy por descontado que no aprecio el interés general desde el campo de la política⁸⁵⁹, la economía, el utilitarismo, el liberalismo (neoliberalismo),

⁸⁵⁸ Rodríguez-Arana Muñoz, J., (2012). *Interés general,...*, op. cit., p. 181-182, como señala el profesor Rodríguez-Arana, referenciando a Nieto, dicha supremacía no es un dogma, no es una regla estática. STS Sala 3ª, Sec. 5ª, de 27-5-2011, Rec. 2182/07, FD 7 “*Además, el interés general no puede confundirse con el interés de la Administración o con la mera conveniencia administrativa. Repárese que si bien la Administración está al servicio del interés general*”.

⁸⁵⁹ Acosta Gallo, P., (2016). “El interés general como principio inspirador de las políticas públicas”. *RGDA*, Iustel, (nº 41), pp. 1-22. Nieto García, A., (1991). “La Administración sirve con objetividad los intereses generales”, en VV.AA. S. Martín-Retortillo Baquer. (Coord.). *Estudios sobre la Constitución Española, libro homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, (Vol. III, pp. 2185-2254, concretamente p. 2188). Madrid: Civitas. El interés general como concepto político opera como clave de justificación del poder. Como dice el profesor Nieto, “*la ideología del interés general ha servido siempre para legitimar el poder y al mismo tiempo (en una contradicción, aparentemente paradójica, pero en realidad inevitable) para limitarlo*”. Por su parte el profesor Nieto también advierte la existencia de dos perspectivas metodológicas en la aproximación al concepto de interés general: la ideológica y la jurídica. Como he expuesto, no utilizaré la posición metodológica ideológica ya que no es necesario en este momento precisar el significado y

sino desde el campo del Derecho como un concepto general jurídico formal⁸⁶⁰ (concepto jurídico indeterminado⁸⁶¹) y compuesto por las necesidades del ser humano en asuntos como la cultura, la educación, la realización espiritual y, en definitiva, todas las que tienen que ver con su dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, derechos humanos, derechos y libertades fundamentales (art. 10.1 CE)⁸⁶². Como señalara GARCIA DE ENTERRIA, el interés general se encuentra precisamente en la promoción de los derechos fundamentales, como principio dinámico destinado a un fin que es esencialmente *supra* individual y vinculado siempre a la mejora de las condiciones de vida de los

alcance político de los intereses generales en relación con el Estado y la sociedad, sino la jurídica que conduce a problemas más profundos, requiere una concreción en cada acto de manejo de conceptos por parte del operador jurídico. pp. 2190-91.

⁸⁶⁰ Parejo Alfonso, L. J., (1998). “El interés general o público. Las potestades generales o formales para su realización”, en L. J. Parejo Alfonso, A. Jiménez-Blanco, A. Carrillo de Albornoz & L.I. Ortega Álvarez. *Manual de Derecho Administrativo*. (5ª Ed., Vol., I. pp. 605-607). Barcelona: Ariel.

⁸⁶¹ Meilán Gil, J. L. (2016). *Derecho Administrativo...* op. cit., pp. 33 y ss. López Calera, N., (2010). “El interés público: entre la ideología y el Derecho”. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, (nº 44), pp. 128-133. Rivero Ortega, R., (2016). *Derecho administrativo*. Salamanca: Ratio Legis Librería Jurídica, p. 131, refiriéndose a los conceptos jurídicos indeterminados e intereses públicos, señala que al ser los primeros “...*fórmulas genéricas que requieren una concreción en cada caso, pero sin apenas margen de apreciación reconocido a la administración, que habría de optar por la solución adecuada (única) en función de las circunstancias de hecho...*”, o sea, deben ser determinables caso por caso, con una única solución admisible, o si la Ley concede al gestor un mayor margen a la valoración de oportunidad. Dependen en gran medida del tipo de potestades ejercidas, su efecto sobre las personas y la consiguiente conducción de aquellas decisiones por sus normas reguladoras, diferenciando así las implicaciones del interés general para los actos administrativos. Rodríguez-Arana Muñoz, J., (2012). *Interés general...*, op. cit., pp. 11-27. Existen otros autores como, Muñoz Jiménez, G. A., (2010). “El interés público es como el amor”, en R. F. Bacellar Filho Romeu & D. Wunder Hachem (Coord.). *Direito Administrativo e Interesse Publico, Estudios en homenaje a o Profesor Celso Antonio Bandeira de Mello*. (p. 21-31). Belo Horizonte, (en igual sentido esta obra se encuentra en *Revista de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo*, nº 8, Buenos Aires, 2010, pp. 6-15). Define este autor que el interés general tiene una proyección concreta, la que esté prevista en la norma correspondiente; por ende, la potestad administrativa tiene que estar en correspondencia con dicha norma, es decir, el interés general funde la actuación administrativa, la cual no puede estar amparada en una pretendida intangibilidad absoluta del mérito del acto administrativo, sino que cuando la administración pública actúa en nombre del interés general debe tener presente los intereses de las personas en su dimensión social y colectiva, evitando las abstracciones a las cuales nos tiene acostumbrados la Administración en el dictado de sus resoluciones usando ese interés general de forma unilateral cuando debe de ser utilizado, proyectado e interpretado multilateralmente. Al respecto también pueden ser consultados, García De Enterría Martínez-Carande, E., (1996). “Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado”. *REDA*, (nº 89), pp. 69-89, concretamente, p. 79. STC, Pleno, nº 68/84, de 11-06-1984, BOE nº 165 de 11-07-1984, FJ 4º, “*el interés general es un concepto abierto e indeterminado*”.

⁸⁶² Como se ha citado *supra* el TC ha destacado desde sus inicios que los derechos fundamentales no son sólo derechos subjetivos, sino que son los elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad, dando sus contenidos básicos a dicho ordenamiento, diciendo que la protección de los derechos fundamentales es un destacado interés general. Señalando en su sentencia tan célebre, como aislada y olvidada, STC, Sala 1ª, nº 18/84, de 7-02-1984, BOE nº 59, de 09-03-1984, FJ 3, que los diversos interlocutores sociales, en un ejercicio continuo de diálogo, lejos de echar por tierra las manifestaciones unilaterales de la actividad administrativa, plantea el desafío de construir las instituciones, las categorías y los conceptos de nuestra disciplina desde nuevos enfoques bien alejados del autoritarismo y el control del aparato administrativo por los que mandan en cada momento a través de una acción articulada entre los poderes públicos y los agentes sociales, es decir cambiando el concepto de perspectiva cerrada de un interés general.

ciudadanos⁸⁶³. Sin embargo, como se ha expuesto, se ha de tener en cuenta que la jurisprudencia en sentido general señala que el interés general también es un límite a los derechos fundamentales invocados y que los mismos no constituyen prerrogativas absolutas, siendo su ejercicio en determinados momentos y circunstancias objeto de restricciones justificadas por objetivos de interés general perseguidos por la sociedad; esto es, los derechos fundamentales que deben tomarse en consideración atendiendo a su función dentro de la sociedad y sin constituir, teniendo en cuenta el objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que lesione la substancia misma de dichos derechos y del propio interés general.

Se ha de partir para el análisis del interés general en el Derecho de Extranjería desde el art. 103 CE, que señala que la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales. A ello le debemos agregar la interpretación del interés general del propio DUE y las diferentes definiciones que viene dando⁸⁶⁴, así como el propio interés general descrito por Tratados y Convenciones internacionales sobre la protección de los derechos humanos en la materia en estudio. Pudiésemos decir que estamos hablando de un interés general multinivel, lo que llevaría a un análisis del significado central del interés general convirtiéndose en un concepto mucho más amplio que el interés público⁸⁶⁵, sería el interés del Estado Social y Democrático de Derecho⁸⁶⁶.

Con el concurso de lo antes dicho, nos lleva a examinar dentro de nuestra propuesta aproximativa teórica si es posible que la Administración de extranjería⁸⁶⁷ y la judicatura concreten su interpretación del interés general viendo solo el acto administrativo⁸⁶⁸. De ser ello así, sería un análisis defectuoso. De no ver el interés general como una cláusula

⁸⁶³ García De Enterría Martínez-Carande, E., (1996). "Una nota sobre el interés general...", op. cit., pp. 69-89.

⁸⁶⁴ Una manifestación concreta de la existencia de una correspondencia entre interés general e interés individual, la podemos apreciar en las SSTJUE, Sala 1ª asunto *Ermira Bajratari c. Reino Unido*, C-93/18 y Sala 3ª de 3-10-2019, asunto *X c. Bélgica*, C-302/18. En ambas, el Tribunal analiza el interés general partiendo de que, en los supuestos concretos, los ciudadanos no se han de convertir en una carga excesiva para la asistencia social del EM de acogida. Incluso señala en la primera de ellas que, a pesar del progenitor encontrarse en situación irregular y por ende sus medios económicos y recursos provenir de una manera no legal, ello no es óbice ni es motivo de orden público (ya que, aunque la perturbación del orden público es una perturbación del orden social que constituye cualquier infracción de la ley, es necesario que exista una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad), por cuanto en el presente supuesto el presunto infractor del orden público no ha tenido que recurrir al sistema de asistencia social de ese EM, y por tanto el mismo ha protegido claramente más allá de lo necesario el erario de dicho EM.

⁸⁶⁵ Rodríguez-Arana Muñoz, J., (2016). *Derecho Administrativo y Derechos Sociales Fundamentales*. INAP, pp. 209-260.

⁸⁶⁶ SSTC, Pleno, nº 77/85, de 27-06-1985, BOE nº 170 de 17-07-1985, FJ 29 (principio de neutralidad de la Administración recogido en el art. 103.1 CE). Pleno, nº 68/84, como he señalado define "*el interés general es un concepto abierto e indeterminado*" (FJ 4º).

⁸⁶⁷ El interés general no se identifica necesariamente con el interés de la Administración (pero también se ha de distinguir entre Gobierno y Administración). Si el Gobierno influenciara sobre esa Administración, se tendrá que aceptar que ese interés general no estaría exento de una instrumentalización política y como he dicho, ello no es objeto de nuestra investigación.

⁸⁶⁸ Boza Martínez, D., Martínez Liboreiro, Mª. F., & Rodríguez Candela, J. L. (2014). "El caso Albarracín: la vida familiar como límite a la expulsión derivada de sentencia penal y su aplicación en España". *RDME*, (nº 37), pp. 237-252.

que se expresa de forma profusa y difusa e incluso bajo distintas formas, ya sea la utilidad pública o el interés social⁸⁶⁹, dicho análisis deberá ser objeto de impugnación.

El interés general en la presente especialidad ha de interpretarse como un concepto abierto de interés general multinivel, presupuesto importante y necesario enfocado a un interés general humano de protección a la dignidad humana, del desarrollo de la personalidad y con una fuerte presencia de los derechos sociales fundamentales. Así lo recoge en sentido general la LO 4/00 y su reglamento (tener una inmigración regulada, una estancia de los extranjeros regulada, una integración de los mismos). Por tanto, el interés general del Derecho de Extranjería promueve los derechos e intereses legítimos de los extranjeros⁸⁷⁰, conduce y actúa a favor de la suspensión del acto administrativo⁸⁷¹ en sinergia, equivalencia, congruencia y armonía con el sistema multinivel de derechos humanos y fundamentales.

No puede ser utilizado el interés general con un uso espurio⁸⁷² para la legitimación del poder, no se puede apelar a los intereses generales como un criterio de legalidad⁸⁷³, como una retórica constitucional haciendo uso de una refinada hipocresía para imponer la voluntad en contra de una de sus razones de ser fundamentales en este caso, como hemos dicho garantizar los propios intereses de los extranjeros.

Una muestra de ello pueden ser las ya mencionadas obligaciones positivas de los Estados en cuanto a sus obligaciones de protección de los derechos humanos y fundamentales, las cuales tienen perfecto encaje en los intereses generales o viceversa. Ello atendiendo a la razón de que los intereses generales se encuentran precisamente sustentados en la promoción de los derechos fundamentales. Lo significativo está dado en que si el propio Estado es el responsable en el cumplimiento de dichas obligaciones, ((p. ej.), en los supuestos de los MENAS⁸⁷⁴, o en el caso de personas con medidas cautelares de internamiento o respecto a los inmigrantes establecidos, o las medidas respecto a la identificación de las víctimas de la trata de personas y el período de reflexión (art. 59 y 59 bis LO 4/00)⁸⁷⁵, entre otros tantos supuestos), cómo es posible que el mismo actúe en muchas ocasiones arbitrariamente generando vulneraciones, aunque sean las denominadas no invalidantes. Aquí el interés general está plenamente integrado, realizado por la propia Administración.

⁸⁶⁹ Meilán Gil, J. L., (2016). *Derecho Administrativo...* op. cit., p. 33-35 y 214-246. Carretero Sánchez, S., (2004). *El cambio de los derechos sociales...*, op. cit., pp. 35-46.

⁸⁷⁰ Rivero Ysern, E., Rodríguez-Arana Muñoz, J., (2012). *Con miras al Interés General*. Madrid: INAP, pp.158-181.

⁸⁷¹ Rodríguez-Arana Muñoz, J., (2009). *Aproximación al derecho administrativo constitucional*. Colombia: Universidad Externado, p. 243.

⁸⁷² Nieto García, A., (2008). *El desgobierno de lo público*. Barcelona: Ariel, pp. 232-234.

⁸⁷³ Meilán Gil, J. L., (2011). *Categoría jurídica en el derecho administrativo*. Madrid: Iustel, pp. 17 y ss., 181. Sobre este criterio el autor se había pronunciado previamente en el año (2010). "El acto administrativo como categoría jurídica". *Revista de Derecho Público*. (nº 121), pp. 17-39.

⁸⁷⁴ Muestra de dichas obligaciones positivas son la Resolución del Parlamento Europeo, de 12-12-2013, sobre la situación de los MENAS. DOUE C 93, de 9-03-2016. En nuestro derecho nacional, Protocolo sobre determinadas actuaciones en relación con los MENAS, de 13-10-2014, BOE nº 251, de 16-10-2014.

⁸⁷⁵ Solanes Corella, Á. (2019). "La noción de honor y la violencia contra las mujeres", en VV.AA. Á Solanes Corella. (Dir.). *Discriminación, racismo y relaciones interculturales*. (pp. 101-131). Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.

Lo antes expuesto responde a una de las preguntas investigativas ¿Se ha de continuar sosteniendo la interpretación de una concepción patrimonializada sobre el interés general por parte de la Administración, visión utilitaria, o como criterio de legalidad, muchas veces vacío de contenido? Son precisamente las respuestas a esa interrogante las que generan a su vez la siguiente ¿qué conflictos de intereses pueden existir entre el interés general y las obligaciones positivas de los Estados? La respuesta sería que generalmente no debe existir conflicto alguno. Llegado el momento de una medida cautelar, tanto en procedimiento administrativo como en procedimiento judicial, no se deberá alegar por la propia Administración afección al interés general, el cual venía cumpliendo hasta ese momento. Dicho de otro modo, de producirse ese conflicto de intereses sería una especie de antinomia jurídica, representando un problema de eficacia y de seguridad jurídica⁸⁷⁶.

6.2-5-c) Los intereses particulares o privados del interesado.

Como se ha señalado, los intereses particulares o privados del interesado estarían relacionados estrechamente con el/los derechos y libertades fundamentales que considere estén en conflicto o considere que hayan sido vulnerados. Así como que sus intereses también se encuentren en correspondencia con los intereses generales y tendrán similar intensidad que aquellos. En principio debe existir una simetría, armonía y complementación entre los intereses particulares o privados del interesado con los del interés general. No habrá de tener preferencia el interés general sobre el particular cuando se analizan o cuestionan derechos humanos o subjetivos fundamentales; de ser así, frente a ese derecho se ha de presentar la afección de otro derecho fundamental (la tesis jurisprudencial sostenida desde antaño, que en fase de medidas cautelares el interés público prevalece sobre el interés privado, decaería).

En nuestra aproximación teórica, ambos intereses tanto el general como el particular, estarían configurados en una base fundamental, el derecho humano, el derecho fundamental de la dignidad humana, al desarrollo de la personalidad (se desarrolla en la parte segunda, capítulo I, punto 1.3-2.a). Dicha complementación traería una aplicación del principio de proporcionalidad/razonabilidad con reglas de nivelación, equilibrio⁸⁷⁷

⁸⁷⁶ En este sentido y como reflejo de lo anterior tenemos dos sentencias contrapuestas, ambas sobre la base de similares supuestos de hecho pero realizando análisis diferentes sobre las obligaciones del Estado y las CCAA sobre los MENAS. SSTS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 110/19, de 1-02-2019, Rec. 3141/17, FD 1-2 y Sec. 5ª, nº 1155/18, de 9-07-2018, Rec. 2393/17. STSJCL, (Sede Burgos), Sala (Contencioso), nº 165/15, de 31-07-2015, Rec. 84/15.

⁸⁷⁷ García de Enterría Martínez-Carande, E., (2008). “De nuevo sobre las medidas cautelares...”, op. cit., pp. 1459-1472. Señala el autor que la ponderación de los intereses en conflicto remite a una operación mucho más compleja de valoración y equilibrio de los intereses en juego que “*han venido a convertirse así en el obstáculo final y casi siempre definitivo para que los tribunales puedan otorgar medidas cautelares en cualquier proceso contencioso administrativo*”. Una muestra de dicho equilibrio es el AJCA, nº 1 de Vitoria, nº 30/12 de 14-03-2012 “*el acto administrativo impugnado deniega la solicitud de renovación de la autorización de residencia temporal y de trabajo por cuenta ajena. Dicho acto coloca al recurrente en una situación de irregularidad en nuestro país que puede desembocar en una orden de expulsión y le impide desarrollar en nuestro país trabajo alguno con el que poder sustentarse. En ese estado de cosas, se estima que ha de prevalecer el interés particular de la recurrente, sin que se cause perjuicio del interés público...*”. En similares termino AJCA nº 1 de Donostia, San Sebastián, nº 67/08. PA 52/08, RJ 2º y AJCA, nº 1 de Zaragoza de 10-02-2011, PA 26/11. Similares argumentos pero sobre la base de un procedimiento sobre regularización o legalización solicitado a falta de resolución administrativa se incoa y decreta expulsión. Señala la STS Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 6771/05 de 4-11-2005, Rec. 10375/03, FD 2, que ante estas situaciones sin que aparezca que al tiempo de dictarse la orden de expulsión la Administración hubiera resuelto la solicitud inicial constituye un contrasentido que haya de abandonar el territorio español quien se ha acogido

perjuicios/beneficios y no el de ponderación (*balancing test* que puede traer indirectamente, como consecuencia, el sacrificio o aplicación preferente de un derecho fundamental sobre otro)⁸⁷⁸.

De continuar valorándose en la materia en estudio el principio de ponderación de intereses, proseguirá prevaleciendo el interés público sobre el interés individual del más vulnerable, lo cual llevará irremediablemente a un dogmatismo o a posturas excesivamente categóricas⁸⁷⁹, rígidas (que podrán ser adecuadas para otros tipos de materias, pero no a la aquí analizada). Coincido con la doctrina científica en que se debe templar posiciones y acercar perspectivas a fin de que la mirada pueda tornar, una vez más, a la naturaleza jurídica de las medidas cautelares de acuerdo con la materia que se trate, al casuismo⁸⁸⁰ del supuesto concreto, a las circunstancias y características de los intereses en disputa, especialidades según materias y dentro de ellas las especificidades de cada asunto, de acuerdo con las pretensiones concretas de la solicitud de la medida. En definitiva, la solución *ad casum*⁸⁸¹.

Coincido con CASARES MARCOS que nos encontramos en un terreno “*resbaladizo*”⁸⁸². Agrego extremadamente resbaladizo, complejo, interdisciplinar o transversal, al extremo que en determinado momento la utilización del concepto interés general puede ser expuesta desde el punto de vista teórico y luego utilizado en la práctica jurídica de otra forma. Le corresponde al juez en su actuar, armonizar, ordenar la discusión y centrar el objeto del debate⁸⁸³, debe identificar con precisión qué es lo que se está discutiendo y con qué se interrelaciona. Poner de relieve esa interacción es complejo a la hora de determinar el fallo en la medida cautelar.

6.2-5-d) Los intereses de terceros interesados.

El art. 130.2 LJCA ordena ponderar los intereses de terceros. Se refiere la norma a todos los interesados en el mantenimiento del acto administrativo impugnado, como posibles demandados de acuerdo con el art. 21.1-b) LJCA. Serían los que sin haber iniciado el

a las medidas expresamente acordadas para regularizar su presencia en España, debiendo la Administración resolver previamente sobre tal solicitud de regularización.

⁸⁷⁸ Santamaría Pastor, J. A., (2010). *La Ley reguladora de la Jurisdicción...*, op., cit., pp. 1276, 1277 y ss. Señala el autor que plantear la labor de ponderación de intereses en los términos señalados es una falacia dialéctica que predetermina la solución, porque solo puede llevar a la denegación de las medidas cautelares solicitadas. Ello, partiendo de la preferencia del legislador por el interés general como criterio de control de legalidad, aunque no hay base legal para sostenerlo, pues la LJCA no lo señala. Coincidiendo con el autor en que se debe realizar una operación de valoración y equilibrio de los intereses en juego.

⁸⁷⁹ Rodríguez Pontón, J. F., (1999). *Pluralidad de intereses en la tutela cautelar...op. cit.*, p. 84. Como señalara el autor respecto a los intereses en conflicto en un proceso cautelar no se aplican los principios generales de forma mecánica, sino el de la exigencia de probar en cada caso los factores concretos que puedan dar lugar a una u otra decisión.

⁸⁸⁰ STS Sala 3ª, Sec. 4ª, nº 2860/09 de 6-05-2009. Rec. 1388/08, FD 1-B.

⁸⁸¹ Casares Marcos, A. (2019). “Eficacia de las medidas cautelares en lo contencioso-administrativo”, en F. López Ramón & J. Valero Torrijos. *Actas del XIV Congreso de la AEPDA: 20 años de la Ley de lo de lo Contencioso-Administrativo*. Congreso (14º/2019. Murcia), (pp. 355-404). Madrid: INAP.

⁸⁸² Ídem. anterior, p. 375.

⁸⁸³ Nieto García, A., (2000). *El arbitrio...*, op. cit., p. 79, “*corresponde al juez separar el grano de la paja, ordenar la discusión y centrar el objeto del debate. Identificar con precisión qué es lo que se está discutiendo y poner de relieve la cuestión que determina el fallo es quizás la tarea más importante del juzgador. Por eso suele decirse que una cuestión bien planteada está ya resuelta a medidas y que la claridad resultante elimina digresiones inútiles que harían interminables y confusas las sentencias.*”

procedimiento tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte, o aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva. En cuanto a los intereses de terceros, se ha de partir de las definiciones empleadas al efecto por la jurisprudencia y la doctrina donde ambas reconducen al término, *personas físicas o jurídicas*. En lo que aquí nos interesa se traduce o pueden ser, fundamentalmente, el cónyuge o relación análoga, hijos, ascendientes, hermanos, familia extensa, empresarios, asociaciones, entre otros.

Los intereses de tercero -según refieren la doctrina y la jurisprudencia- quedan equiparados al ejercicio de ponderación del interés general. La consagrada definición antes dicha, pasa a formar parte del argumento básico de nuestra aproximación teórica, consistente en este punto en que, en el caso de los intereses de terceros y los individuales, son de una proporcionalidad reforzada, ya que, cuando hablamos de derechos de terceros en el ámbito de la extranjería nos estamos refiriendo en primer lugar, al conglomerado de derechos referenciados en los capítulos anteriores tales como, la vida, libertad, intimidad familiar, vida privada, educación, interés superior del menor, etc. Y son estos derechos de intensidad suficientes a por sí solos para surtir sus efectos necesarios. En segundo lugar, al estar los intereses de terceros en igualdad, equipararlos al interés general -incluso en determinados supuestos por encima de dicho interés general-, esto hace que los intereses de terceros estén doblemente reforzados ante la adopción de una medida cautelar, encontrándose generalmente en equivalencia, simetría y armonía con los intereses individuales.

No bastaría en estos supuestos realizar una invocación genérica o amplia al interés general sin más, sino que en estos supuestos se debe concretar de forma específica y motivada la correspondencia entre los intereses generales y los del tercero. Otorgando al solicitante el máximo beneficio provisional que resulte factible⁸⁸⁴.

6.2-5-e) Determinación, valoración de los perjuicios o daños irreversibles.

Se ha expuesto hasta estos momentos que uno de los fines de las medidas cautelares es evitar daños irreparables/irreversibles, debiendo existir una relación causa efecto, nexo causal entre el acto que se pretende suspender y la irreparabilidad e irreversibilidad del daño. Esta irreversibilidad se convierte en la disciplina en estudio en el nudo gordiano que hace que volvamos a encontrarnos con un concepto jurídico indeterminado frente a una cuestión supuestamente objetiva. La cuestión taxativa de determinación, medición, valoración económica de esa irreversibilidad en correspondencia con la casuística es compleja.

Toma en este acápite un significado relevante la exigencia del *test* de proporcionalidad/razonabilidad de valoración del interés general, de terceros y los individuales, como cánones de enjuiciamiento diferente a la fórmula clásica de determinación de la irreparabilidad de los daños. Está fórmula clásica es el eje sobre el que actualmente continúa pivotando las medidas cautelares para la toma de la decisión.

Atendiendo a lo anterior y de acuerdo con nuestra construcción de aproximación teórica se tendría que formular la siguiente pregunta investigativa: ¿Qué *test* se ha de adoptar para medir la irreparabilidad irreversibilidad del daño, la del *test* de proporcionalidad razonabilidad o la fórmula clásica de determinación de la reparabilidad (indemnización),

⁸⁸⁴ Santamaría Pastor, J. A. (2010). *La Ley reguladora de la Jurisdicción...*, op. cit., p. 1276.

así como los grados que se han de tener en cuenta en unos y otros para determinar esa irreparabilidad o irreversibilidad?

Para poder dar una respuesta lo más adecuada posible es necesario buscar los fundamentos en los cuales está basada la fórmula clásica de la determinación del daño irreparable e irreversible. Estos están en el *ex art.* 122 de la LJ de 1956, donde se sancionaba la procedencia de la suspensión cautelar del acto o disposición objeto de recurso contencioso administrativo “*cuando la ejecución hubiese de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil*”. Daños que fueron siendo catalogados por la jurisprudencia en daños reales, efectivos, podían ser actuales o futuros, eventuales; materiales o morales; finalmente, debían ser daños concretos⁸⁸⁵, graves o muy graves, tanto al interés general o a terceros, los cuales pueden ser causados por la medida cautelar⁸⁸⁶. Ello continúa siendo actualmente un sustrato de fondo a pesar de la redacción del art. 132.2 LJCA.

Se ha venido exponiendo que se sostiene jurisprudencialmente, tanto a nivel internacional, regional y local, que para catalogar dichos daños como irreparables/irreversibles (no pueden repararse con facilidad) no basta solo con que sean producidos, sino que su reparación sea precisamente irreversible. Evidentemente, como he dicho, partiendo de las definiciones actualmente vigentes, serían escasos los daños que no puedan ser reparados, aunque se trate de algo inconmensurable (el derecho moderno no impide su compensación, es preferible una reparación imperfecta a la falta de toda reparación). Estarían en ese umbral, incluso con matizaciones, daños tales como poner en riesgo el derecho a la vida o a la integridad personal, la tortura y los tratos degradantes.

Ello nos lleva a plantear cómo determinar, medir, valorar esos perjuicios o daños irreparables/irreversibles cuando hablamos de derechos a la intimidad familiar, vida privada, educación, familia, integridad psíquica, identidad, entre otros. Se producen en estos casos daños morales que están íntimamente relacionados con la dignidad humana y el desarrollo de la personalidad. Es evidente que es difícil medir la intensidad de dichos indicadores, ya que no se comportan por igual para todos. Se hace muy complejo medir ese daño o perjuicio económicamente⁸⁸⁷, consecuentemente determinar qué tipo de enmienda, corrección o reparación lleva.

⁸⁸⁵ Martín-Retortillo González, C., (1963). *Suspensión de los actos administrativos por los tribunales de lo contencioso*, Madrid, Montecorvo, pp. 75, ss. y 161. En similares términos Chinchilla Marín, C. M., (1991). *La tutela cautelar...*, op. cit., p. 43. De la Sierra Morón, S., (2004). *Tutela cautelar contencioso-administrativa y Derecho europeo...*, op. cit., pp. 225 y ss., ratifica nuestra opinión al señalar que los criterios sobre la interpretación de los daños establecidos a partir del art. 122 de la LJ, están “*sumamente apegada a la práctica y al supuesto concreto*”.

⁸⁸⁶ Teso Gamella, M. P., (1999). “*Medidas cautelares...*”, op. cit., p. 73.

⁸⁸⁷ En este sentido la LJCA no expresa nada, guarda ahora silencio. Chinchilla Marín, C. M., (1999). “Los criterios de adopción de las medidas cautelares ...” op. cit., p. 53 y ss. Trata la autora el tema de los daños y perjuicios señalando que no todos los daños han de ser cuantificables económicamente. En este sentido traigo a colación el siguiente ATS que, aunque es de la materia tributaria, por el significado que encierra en cuanto al objetivo que estamos sosteniendo es meritorio citarlo. ATS, Sala 3ª, Sec. 7, nº 3606/12, de 10-04-2012, Rec. 3785/11, medida cautelar, vulneración derecho fundamental a la legalidad y a la tipicidad sancionadora del art. 25 CE, procedimiento especial del art. 114 y ss. LJCA. Siendo la medida solicitada la suspensión del acto consistente en la sanción económica. Señalando el tribunal que “*El perjuicio económico que pueden causar las resoluciones administrativas, cuya suspensión se solicita en vía cautelar, no es con carácter general motivo suficiente para acordar la suspensión, pues se parte normalmente de la reparabilidad de dicho eventual perjuicio. Pero cuando la magnitud de la sanción es tal, que su ejecución puede hacer irreparable el perjuicio causado al sancionado, si la enajenación de sus bienes para hacer*

Para ver la diferencia más clara, es mucho más fácil determinar una cuantía de reparación de un daño, emergente o de lucro cesante -por irreversible que sea- en supuestos de procedimientos sancionadores graves y muy graves (infracciones de transportistas, contrataciones ilegales, entre otros), donde los procesos de cuantificación dineraria son objetivos, y la determinación del daño o la indemnización es más factible, incluso para el supuesto de la determinación de la caución o contracautela. Por lo que a pesar de que exista una prueba plena en los supuestos de daños morales, la reparación podrá ser efectiva o no pero el daño continuará siendo irreversible. Difícilmente se pueda cumplir el principio *restitutio ad integrum*, ya que la concepción que admite la reparación mediante la indemnización, resarcimiento en dinero va dirigida, en lo posible, a proporcionar una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado, pero prevalece la irreversibilidad del daño moral causado por la ejecución del acto administrativo, nunca la lesión causada será restaurada en las condiciones previas, a su estado anterior, no permite restituir el bien jurídico lesionado ((p. ej.), un año académico de un menor es irreversible).

Incluso se utiliza con frecuencia el argumento de que una persona expulsada puede regresar y reconstruir su vida, pero este concepto de reconstrucción considero que en la especialidad en estudio no es del todo correcto, ni completo; se podrá recuperar materialmente a través de indemnizaciones medibles en alguno supuestos, pero los daños morales, aunque se quieran cuantificar, como puede ser la educación de los hijos, es un daño irreversible. En similar parangón estaría la situación de los MENAS.

La concepción de que se mida el daño en la presente especialidad -y en determinados supuestos de la misma- con fórmulas económicas, es una concepción incompleta, aunque pretenda y se esfuerce por justificar una reparación integral (*restitutio ad integrum*), la misma no existe. En todo caso sería una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado. Esta concepción es una entelequia al carácter irreparable de determinados tipos de daños, como al interés superior del menor (educación, desarrollo de su personalidad), intimidad familiar, vida privada familia, integridad psíquica, identidad. Estos indicadores, no son reconstruibles ni reparables⁸⁸⁸, los perjudicados no pueden esperar u obtener una reparación integral y plena, una reconstrucción al tiempo anterior a la lesión. Esta concepción requiere ser superada por la del *test* de proporcionalidad/razonabilidad de valoración del interés general, de terceros y los individuales como canon de enjuiciamiento que puede solventar individualmente las circunstancias concretas del caso. Esto conlleva que en dichos supuestos y circunstancias no solo es viable la medida cautelar de suspensión sino también las medidas cautelares positivas, colocando al extranjero en aquellos supuestos que reúnan los presupuestos anteriores en su misma situación anterior de forma provisional hasta que se decida sobre el fondo del asunto.

Llegados a este punto, nos hace volver a la pregunta: ¿cómo se cuantificaría el daño que se pudiese causar de existir un conflicto entre las obligaciones positivas de los Estados y

efectiva la sanción puede determinar de por sí una situación irreversible, ese elemento de la magnitud ha sido atendido por nuestra jurisprudencia (AATS, de 13-10-2011, Rec. 557/11 Sec. 5ª; de 18-11-201 Rec. 601/11)”. El Tribunal en este supuesto destaca la magnitud de la sanción por la elevada cuantía económica. En este sentido, como ya he señalado, entonces habrá que preguntarse ¿qué magnitud o cuantía ha de tener la no adopción de una medida cautelar en la materia en estudio cuando afecta un derecho fundamental como a la intimidad familiar, vida privada, educación, o expulsión?

⁸⁸⁸ Míguez Macho, L., (2015). “Autotutela administrativa y tutela judicial efectiva...”, op. cit.

el interés general? La respuesta ha de ser muy similar a la anterior, no debe existir conflicto, pero de causarse deberá ser la Administración quien lo alegue y cuantifique. Como se dirá más adelante, deberá ser una contestación seria que desvirtúe o desvalore sus propios argumentos cuando el Estado adquirió sus propias obligaciones positivas inicialmente tomadas.

Configurada así nuestra aproximación teórica general, nos permitirá a continuación ver su comportamiento en las medidas cautelares positivas, para finalmente configurar una aproximación conceptual de las medidas cautelares en la presente especialidad.

6.2-6- Las medidas cautelares positivas. Su fundamentación.

La difícil génesis⁸⁸⁹ de las medidas cautelares positivas marcada por la teoría cautelar ortodoxa no ha podido ni puede dar respuestas adecuadas a los requerimientos de los tiempos actuales de la especialidad aquí investigada. Ello, debido a sus limitaciones tradicionales⁸⁹⁰: habitualmente denegadas por los tribunales, vistas como anticipación de la solución del asunto de fondo⁸⁹¹, la tan conocida doctrina de los actos negativos y que los órganos jurisdiccionales no pueden suplantar la actividad de la Administración. Este posicionamiento, impide soluciones inmediatas en tiempo razonable, ante situaciones⁸⁹² y hechos que no admiten demora o atentan contra derechos fundamentales⁸⁹³ (estrechamente relacionados con la dignidad y el desarrollo de la personalidad), lo cual atenta contra la efectividad y eficacia del recurso cautelar. Es más, se han estructurado complejas fórmulas de lógica jurídica de la suspensión de la suspensión, precisamente

⁸⁸⁹ Sala Sánchez, P., Xiol Ríos, J. A. & Fernández Montalvo, R., (2013). *Derecho procesal...*, op. cit., (T. VI, art. 129, pp. 670-672).

⁸⁹⁰ García De Enterría Martínez-Carande, E., (2006). *La Batalla por las Medidas Cautelares...*, op. cit., pp. 291-292. 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 TSJPV). Calamandrei, P., (1945). *Introducción al estudio sistemático...*, op. cit., pp. 44-45. Caponi, R., (2016). “Piero Calamandrei y la tutela cautelar...”, op. cit., pp. 175-189. También han existido opiniones contrarias, Calvo Rojas, E., (1994). “Medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo. Medidas provisionalísimas y medidas cautelares positivas. Últimos avances en esta materia y algún exceso”. *REDA*, (nº 83), pp. 465-476. No dudó el autor en señalar: “*el riesgo de que los Tribunales, en su loable empeño de hacer realidad el principio de una tutela cautelar efectiva, lleguen a adoptar soluciones excesivas que en realidad desnaturalizan la propia esencia de la medida cautelar*”, p. 475-476. Así lo sostiene al respecto al Auto de 21-03-1993 del TSJPV al entender que “*más que asegurar la efectividad de la sentencia que recaiga, de lo que se trata en realidad es de dar un primer aviso a la Administración acerca de lo desacertado de su decisión*”, sin que ese sea, realmente, el cometido propio de una medida cautelar.

⁸⁹¹ AATC, Sala 2ª, nº 811/85, FJ 2 y Sala 1ª, nº 144/90, FJ 1. En sentido contrario a las anteriores, concediendo la suspensión y autorizando la medida positiva de intervención, respecto al derecho a la vida en el ámbito de sujeción especial (preso), AATC, Sala 1ª, nº 313/90, de 23-07-1990, FJ 2 y nº 314/90, de 23-07-1990, FJ 2.

⁸⁹² Rivero Ortega, R., (2016). *Derecho...*, op. cit., p. 25 “*Los mayores desafíos de la humanidad dejan inertes al Estado nación tradicional, al trascender sus fronteras.*”

⁸⁹³ ATS, Sala 3ª, Sec. 4ª, nº 2446/20, Rec. 91/20, RJ 4-b), párrafo 4º, el Tribunal no acuerda la medida positiva en los términos en los que lo solicita la actora, consistente en que se “*provea*”, sino señalando que ello, más que asegurar la efectividad de la sentencia que en su día se pudiere dictar, finalidad de las medidas cautelares, supondría reconocer la pretensión de fondo. Sin embargo, después de señalar que ciertamente consta la insuficiencia de medios de protección -que es la cuestión de fondo del asunto principal-, en su parte dispositiva dispone “*requerir*” a la Administración demandada para que adopte todas las medidas a su alcance para que tenga lugar, efectivamente la mejor distribución de los medios de protección, así como que informe periódicamente de su cumplimiento, art. 132 LJCA.

para denegar los pronunciamientos cautelares positivos, debido al hecho de que en estos casos no hay nada que suspender (es un acto negativo, por tanto, siendo impracticable la suspensión, se valora el acto contiguo al negativo, que es un acto positivo). Ello, no es más -en la especialidad en estudio- que la clásica manifestación de la fórmula jurídica de suspensión del acto de la salida obligatoria que acompaña a los actos negatorios. Precisamente esta realidad o por ella, la cuestión continúa siendo controvertida, no unívoca ni pacífica⁸⁹⁴.

La Exposición de Motivos y el art. 129.1 LJCA⁸⁹⁵ señalan la posibilidad de adopción de “*cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia*”. La LMAP habla de medidas cautelares (cualquier medida y no solo de suspensión). Unido a ello, el art. 130.1 LJCA señala “...*podieran hacer perder su finalidad legítima al recurso*”. Ello -como he señalado *ut supra*-, no sólo es la preservación del efecto útil de la sentencia futura, sino también, que quien aparentemente tiene razón no tenga que esperar a la decisión final del proceso. La Disposición Final LJCA dice: “*En lo no previsto por esta Ley, regirá como supletoria la de Enjuiciamiento Civil*”⁸⁹⁶ (en este caso los arts. 726-727, donde se regulan las medidas cautelares positivas). En fin, tanto en la jurisdicción civil, como en la contenciosa-administrativa se pueden adoptar medidas cautelares positivas para asegurar la efectividad de la sentencia, o asegurar la efectividad de la tutela judicial efectiva. En definitiva, estos aspectos normativos hacen ratificar la existencia de las medidas positivas.

A pesar de lo anterior, la posición dominante en la jurisprudencia⁸⁹⁷ contenciosa administrativa respecto a la medida cautelar positiva, en sentido general, continúa siendo

⁸⁹⁴ González-Varas Ibáñez, S., (2015). “La aparente bondad del sistema de *numerus apertus* de las medidas cautelares”. *Boletín del Ministerio de Justicia*. (nº 2178), pp. 3-24. Concretamente p. 8, al señalar cómo “*las cautelares positivas se descubren dentro de un maremágnum jurisprudencial que nos aporta mensajes o posibles referencias de contenido bastante variopinto, o, si se prefiere, informal, sin criterios claros*”. En similares términos críticos Sala Sánchez, P., Xiol Ríos, J. A. & Fernández Montalvo, R., (2013). *Derecho procesal...op. cit.*, (T. VI, art. 130 p. 927), consideran los autores que tal formulación absoluta de *numerus apertus* puede calificarse como un problema bifronte de contrapuesto riesgo, por un lado, que el órgano jurisdiccional se muestre excesivamente cauto, cayendo en la inefectividad o, por el contrario, que caiga en un peligroso intervencionismo.

⁸⁹⁵ No se puede dejar de mencionar la Exposición de Motivos de la LJCA, la cual señala claramente el *numerus apertus* de medidas cautelares, así como la necesidad de erradicar los espacios de inmunidades de poder y también las prerrogativas de ejecutividad de actos administrativos con la justificación de la naturaleza discrecional que posee la Administración. En igual sentido el art. 71.1-b) el cual señala que se adoptarán cuantas medidas sean necesarias para el pleno restablecimiento de una situación jurídica individualizada, ello en relación con el art. 70.2 todos de la LJCA.

⁸⁹⁶ Requero Ibañez, J. L., (2000). “La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000, como supletoria de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa. Principales cuestiones que suscita”. VV.AA., M. Ayuso Ruiz-Toledo. (Dir.). *Cuadernos de Derecho Judicial*. (nº 2). *Punto crítico en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: especial referencia al procedimiento abreviado*. (pp. 123-182). Madrid: CGPJ. Ortells Ramos P. M., (1990). “Sobre las medidas cautelares indeterminadas del artículo 1428 LEC”, en VV.AA *Estudios de derecho procesal, en honor de Víctor Fairén Guillén*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 387-410, anteriormente del mismo autor, (1989). “Sobre las medidas cautelares indeterminadas del artículo 1428 LEC”. *Revista de Derecho Procesal*, (nº 1), pp. 43-72.

⁸⁹⁷ STS Sala 3ª, Sec. 6ª, nº 4962/02 de 4-07-2002, Rec. 7876/99. STSJPV Sala (Contencioso), Sec. 2ª, nº 403/2008 de 13-06-2008, Rec. 453/2008. La jurisprudencia del TS, en relación con medidas cautelares positivas solicitadas, no accede a la concesión provisional del permiso de residencia y de trabajo que deniega la resolución administrativa impugnada sino que en su caso, lo que se acepta como medida cautelar positiva es suspender las consecuencias negativas que se derivan del acto administrativo de contenido

precisamente una posición negativa, o como señala CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA “una relativa oscuridad de principio”⁸⁹⁸. Prevalecen los razonamientos antiguos antes mencionados, esto es, que con la medida cautelar positiva no se puede obtener, precisamente, lo que se pretende obtener en el pleito principal, porque supondría anticipar el fallo de la sentencia⁸⁹⁹. Se parte para dichos argumentos jurisprudenciales, entre otros, de los ya citados actos de contenido negativo⁹⁰⁰, así como que no puede existir exceso o abuso jurisdiccional y que el juzgador no puede sustituir a la Administración, art. 71.2 LJCA⁹⁰¹.

Evidentemente entre la posición normativa antes señalada a favor de las medidas cautelares positivas y el posicionamiento jurisprudencial contrario a ello se genera una contradicción antagónica que conlleva a una evaluación y aproximación teórica de solución.

Considero que los actos de contenido negativo expresos no constituyen un obstáculo insalvable para el otorgamiento⁹⁰² de las medidas cautelares positivas, como tampoco el denominado exceso o abuso jurisdiccional. En cuanto a los primeros, actos de contenido negativo expresos, se constata que no existe uniformidad en la propia jurisprudencia. Por un lado, el TS señala que no se deben adoptar medidas cautelares positivas ante actos negativos y, por otro lado, la exigencia constitucional y la normativa referenciada de la tutela judicial efectiva señala la adopción de las medidas más oportunas al caso concreto y de acuerdo con los intereses en conflicto. Como se ha dicho, los vaivenes interpretativos de la jurisprudencia atentan contra los principios de seguridad jurídica. Al respecto, el TS ha definido que la suspensión de la eficacia de actos administrativos de contenido negativo puede a veces plantear dificultades conceptuales que no se dan en los de

negativo-denegación de permiso de residencia y que se traducen en la orden de salida del territorio español derivada de las resoluciones administrativas que deniegan el permiso de residencia y de trabajo.

⁸⁹⁸ Campos Sánchez-Bordona, M., (2010) “Comentario Artículo 130”, op. cit., SP/DOCT/5240, recuperado 5-04-2018.

⁸⁹⁹ Dictamen del Consejo de Estado 503/95, apdo. relativo al Título IV, epígrafe V.3.1. Sobre medidas cautelares positivas.

⁹⁰⁰ Suay Rincón, J., (1986). “Una resolución novedosa en materia de medidas cautelares: auto del Tribunal Supremo del 12 de marzo de 1984”. *REDA*, (nº 50), pp. 265-268. Barcelona Llop J., (1993). ¿Pero de verdad existe la tutela judicial cautelar...?, op. cit., pp. 89-122. Un botón de muestra de este criterio actualmente sostenido y mantenido es el Acuerdo Pleno de Sala de lo Contencioso Administrativo Secciones 1ª y 4ª del TSJA (Sede Granada), del día 26-12-2017.

⁹⁰¹ Bouazza Ariño, O., (2017). “De nuevo sobre el control judicial de la discrecionalidad de la administración. Al hilo de la infracción en el ejercicio de la jurisdicción como fundamento del recurso de casación”. *RAP*, (nº 202), pp. 169-203. STSJ Mur. Sala (Contencioso), Sec. 1ª, nº 872/11 de 30-9-2011, Rec. 110/10 “Sin perjuicio de lo anterior esta Sección -como ya hizo la Sección Segunda en la S. 1216/10 de 30 de diciembre y por coherencia debe seguir- entiende que no procede conceder el permiso denegado por la Administración ni siquiera provisionalmente mientras se tramita el recurso, porque con ello se está ejerciendo una competencia o potestad que solamente corresponde a la Delegación del Gobierno. Por lo tanto, la medida cautelar adoptada debe ser matizada en el sentido de suspender la eficacia de la denegación solicitada, lo que supone que no se deba expulsar al interesado mientras se tramita el recurso y que se mantenga la situación que el mismo tenía antes de producirse dicha denegación”. En similares términos STSJG, Sala (Contencioso), Sec. 1ª, nº 611/11, de 1-6-2011, Rec. 695/10, FD 2. STSJPV Sala (Contencioso), Sec. 3ª, nº 774/07 de 14-12-2007, Rec. 309/07, FD 2. SSTSJA (Sede Málaga) Sala (Contencioso), Sec. 1ª, nº 2306/10 de 31-05-2010, Rec. 411/08, FD 2 y Sec. 2ª, nº 4657/10 de 29-11-2010. Rec. 572/08, FD 2, Sec. 3ª, nº 1142/11 de 28-03-2011. Rec. 378/09.

⁹⁰² SSTC, Pleno, nº 14/92, de 10-02-1990, BOE nº 54, de 03-03-1992, FJ 7; nº 238/92 FJ 4 y Sala 2ª, nº 148/93, FJ 4 y 6.

contenido positivo. Especialmente tratándose de actos administrativos que ponen fin a una situación jurídica preexistente de signo favorable para el particular (en nuestro objeto de estudio, pueden ser las extinciones de autorizaciones de residencia o residencia y trabajo, los procedimientos de renovación de autorizaciones, RLD, entre otros), precisamente para evitar que la interrupción de la ventaja de que venía disfrutando el particular no resulte irreversible y haga así perder su efectividad a una eventual sentencia estimatoria, se hace viable la concesión provisional y continuada de dicha situación preexistente. Lo cierto es que la jurisprudencia no excluye radicalmente aquella posibilidad de suspensión porque de manera progresiva y fluctuante el TS ha venido reconociendo que el criterio actual del mismo no se identifica con la imposibilidad general de suspender un acto administrativo de contenido negativo, pero sí muestra sus reticencias al respecto.

Un análisis conjunto de los últimos pronunciamientos⁹⁰³ nos lleva a considerar que el examen individualizado de cada caso es lo que ha llevado al TS a justificar la procedencia o no de la suspensión y un cierto cambio de criterio interpretativo respecto a las medidas cautelares positivas. En definitiva, es la propia naturaleza particularizada de la materia relativa a las medidas cautelares la que impregna las decisiones del Tribunal sobre los actos de contenido negativo⁹⁰⁴.

Este frescor interpretativo, no ha llegado nuevamente⁹⁰⁵ con esa fuerza a la Sección del TS correspondiente en la materia en estudio. La misma, salvo error u omisión, se encuentra parada desde STS Sala 3ª Sec. 6ª de 08-05-2003, Rec. 3836/00, FD 2 (concesión medida cautelar positivo visado) -existen pronunciamientos citados al respecto pero corresponden a TSJ y a juzgados concretamente⁹⁰⁶-. Corresponderá al TS

⁹⁰³ ATS, Sala 3ª, Sec. 4ª, nº 2446/20, Rec. 91/20; SSTS, Sala 3ª, Sec. 2ª, nº 695/16 de 24-2-2016, Rec. 1301/14; Sec. 4ª, nº 3389/15 de 14-07-2015, Rec. 3670/14, FD 3-5; Sec. 4ª, nº 2639/14 de 18-06-2014, Rec. 3158/13, FD 4; Sec. 4ª, nº 2625/14 de 17-06-2014, Rec. 3155/13, FD 2-6; Sec. 2ª, nº 8600/12 de 18-12-2012, Rec. 2392/12 (así como la jurisprudencia citada en cada una de ellas).

⁹⁰⁴ Meilán Gil, J. L., (2016). *Derecho Administrativo*..... op. cit., p. 60. En este sentido se puede ver el ya citado ATS, Sala 3ª, Sec. 1ª, nº 2027/88 de 17-11-1988, no renovación de autorización, acto negativo puro, la suspensión equivaldría al otorgamiento provisional de lo solicitado, algo que es completamente diferente al mantenimiento del *status quo* anterior, a la adopción de la resolución impugnada.

⁹⁰⁵ Se ha de recordar -Vid. nota 760- que he señalado que desde la primera mitad de la primera década del Siglo XXI encontramos una regresión jurisprudencial. Una de las causas fue los cambios normativos, fundamentalmente la LO 8/00. Un reflejo de lo anterior ha sido recogido por Ruiz Piñeiro F. L., De La Riva Carrasco López, F., Garrido Bengoechea L. A., (2008). *Las Medidas Cautelares*..., op. cit., pp. 118 y ss. “...como puede verse, la jurisprudencia menor no ha sido proclive a la adopción de medidas cautelares en caso de expulsión de extranjeros, exigiendo un plus, aparte de en el perjuicio que deriva de toda expulsión, en este caso, si tiene arraigo en España.”. A ello agregamos en el actual punto de análisis, la limitación que existió en cuanto a los Recursos de Casación en la materia según la redacción dada a la LJCA hasta su modificación en la LO 7/15, cuestión que ha afectado mucho al principio de unidad de doctrina.

⁹⁰⁶ Al respecto, AJCA, nº 34 de Madrid, nº 79/20 de 16-09-2020, PA 168/20, RJ 3-4, medida cautelar positiva sobre denegación de renovación de tarjeta de residencia de familiar de CUE; AJCA nº 2 Toledo, nº 16 de 18-04-2018, Rec. 20/18, medida cautelar positiva autorización de residencia menor de edad hijo de residente legal; STSJ Madrid, Sala (Contencioso), Sec. 10ª, nº 833/15 de 18-12-2015, Rec. 797/15, denegación de autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena primera renovación, FD 5 y 8 (y toda jurisprudencia allí citada), destacándose que los supuestos de denegación de renovaciones de permisos de trabajo y residencia no es una autorización “*ex novo*”, sino que la medida positiva trataría de mantener el “*status quo*” inicial, es decir, la situación de partida anterior a la denegación; de modo que el *periculum in mora*, opera como condición necesaria pero no suficiente; STSJIB, Sala (Contencioso), Sec. 1ª, de nº 96/12 7-02-2012 Rec. 486/11, FD 1-2, sobre renovación de autorización previamente concedida, no

con el nuevo Recurso de Casación reinterpretar respecto a las medidas positivas en el ámbito de la extranjería, teniendo en cuenta cuestiones tales como: i) el sistema multinivel de los derechos humanos y fundamentales, ii) el DUE su primacía y efecto útil, iii) el principio de convergencia, simetría entre interés general y de terceros con el individual, iv) la existencia de cuestiones prejudiciales planteadas⁹⁰⁷ [art. 88.2-f) LJCA], v) aquellas situaciones, como las extinciones de autorizaciones de trabajo y residencia (procedimientos instados de oficio⁹⁰⁸ por la administración que alteran la situación jurídica preexistente⁹⁰⁹, cambian el mantenimiento del *status quo* anterior a la adopción), entre otras. Estos indicadores generarán nuevas interpretaciones de nuevos actos con otro contenido y efecto útil, lo que hará cambiar la concepción del acto negativo puro o actos negativos en apariencia, no verdaderamente puros.

En cuanto al exceso o abuso jurisdiccional, hay que señalar que el propio art. 71.1-b LJCA en relación con el art. 70-2 de la misma norma permiten la adopción de este tipo de medidas cautelares positivas. Señala la norma que se adoptarán cuantas medidas sean

crean una situación jurídica nueva, señalando que hay que distinguir entre la jurisprudencia antes de 1998 y posterior a ello, ya que la propia LJCA en su Exposición de Motivos señala de forma explícita que se han de adoptar cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia. Aunque ello no quiera decir que es un criterio de todos los TSJ, una muestra contraria a la jurisprudencia anterior: STSJG, Sala (Contencioso), Sec. 1ª, nº 350/16, de 25-5-2016, Rec. 97/16 y nº 494/14 de 24-2-2014, Rec. 657/13, FD 2, analiza el recurso de apelación una denegación de medida cautelar de concesión provisional del permiso de residencia y trabajo y suspensión del acto positivo de salida obligatoria pues haría perder la finalidad legítima del recurso, a partir del acto negativo de denegación de la solicitud de autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales de arraigo social. STSJ Madrid Sala (Contencioso), Sec. 1ª, nº 22/16 de 30-07-2014 Rec. 1796/13, ratifica inadmisión a trámite solicitud de autorización individual de residencia temporal por circunstancias excepcionales, denegación de solicitud de medida cautelar positiva.

⁹⁰⁷ Calvo Rojas, E., (2019). “Influencia del Derecho de la Unión Europea en la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo: una visión de conjunto”, en R. Alonso García & J. I. Ugartemendia Eceizabarrena, (Dirs.), *La incidencia del Derecho de la Unión Europea en la jurisdicción contencioso-administrativa. European Inklings* (EUi), nº 20. IVAP, pp. 72-73, 78-91. Como botón de muestra saga Rendón Marín, ATS, Sala 3ª, Sec. 3, nº 2169/14 de 20-03-2014, Rec. 961/13, planteamiento cuestión prejudicial, STJUE, GS de 13-9-2016, C-165/14 y STS, Sala 3ª, Sec. 3, nº 15/17 de 10-01-2017, Rec. 961/13, FD 3-4 (interpretación del art. 21 TFUE y la Directiva 2004/38, progenitor de un hijo menor de edad CUE con antecedentes penales).

⁹⁰⁸ Preciso el carácter del procedimiento, pues este elemento el inicio del procedimiento, de oficio o a instancia de parte, es otro elemento distintivo que señala la doctrina científica al respecto. No es lo mismo una solicitud inicial, que un acto iniciado de oficio, e incluso este último cuando es iniciado para extinguir una situación preexistente; que el inicio de un procedimiento oficio de un acto que no cambia en nada el *statu quo* del extranjero, (p. ej.), un procedimiento sancionador.

⁹⁰⁹ STS, Sala 3ª, Sec. 1ª, nº 4574/95 de 18-09-1995, Rec. 1970/93 FD 5 “*Es cierto que, junto a los actos negativos puros de la Administración, a los que se aplica la doctrina expuesta, deben distinguirse los actos que son negativos sólo en apariencia, porque al denegar lo solicitado, de hecho, alteran la situación jurídica preexistente, frente a los que sí cabe acordar cautelarmente la suspensión, y no puede haber la menor duda de que son susceptibles de suspensión, en aplicación del invocado artículo 122 LJCA, las órdenes de expulsión de extranjeros del territorio nacional, como ha dispuesto en reiteradas ocasiones este Tribunal. Pero, para que pueda formularse válidamente una petición de suspensión en tal sentido, es imprescindible que la propia orden de expulsión sea objeto de la pretensión del proceso principal, dada la instrumentalidad y funcionalidad de la medida cautelar que protege preventiva y provisionalmente el derecho o el interés del demandante en relación con el acto administrativo concretamente impugnado en vía jurisdiccional, sin que esta protección pueda extenderse a efectos derivados de eventuales resoluciones futuras.*”. En similares términos respecto a la alteración de la situación jurídica preexistente por el acto que dicta la Administración y frente a los que sí cabe acordar cautelarmente la suspensión nos encontramos más recientemente la STS, Sala 3ª, Sec. 2ª, nº 872/08, de 13-03-2008, Rec. 8143/04 (liquidación tributaria), FD 3.

necesarias para el pleno restablecimiento de una situación jurídica individualizada de acuerdo con las pretensiones solicitadas, lo que llevará el análisis del asunto en todo su conjunto (control judicial de las potestades discrecionales administrativas, la desviación de poder, art. 70.2 LJCA, los conceptos jurídicos indeterminados y el control de los elementos reglados); por lo que, si las soluciones dadas por la Administración no son válidamente posibles, quedando solamente una como válida en Derecho, el órgano jurisdiccional debe declarar que se ejercite tal opción.

No se trata de que el juez sustituya a la Administración, ni que éste tenga la libertad de quien determina las decisiones de los actos administrativos, sino de la renovación de viejos dogmas, como es la sacrosanta autotutela administrativa; no se trata de obviar lo positivo de lo anterior, sino de “aguijonear⁹¹⁰” sus basamentos a la realidad social y normativa vigente. No es que la ejecutividad y la ejecutoriedad del acto administrativo deban desaparecer por la relevancia de los derechos fundamentales -entre ellos, el derecho a la tutela cautelar efectiva-, sino que el verdadero real y efectivo control judicial de la actuación administrativa sea razonable y ajustado a derecho en una sociedad democrática. Dicho de otra forma, una justicia cautelar administrativa garantista que pueda conocer de determinadas actuaciones administrativas antes de que se hayan consumado o ejecutado actos que causen daños irreversibles, irreparables (la previsibilidad del daño irreversible). Esto, a partir de lo que conste en los autos del proceso, para decidir en cada caso concreto lo que está en correspondencia con aquel, no lo que es políticamente más conveniente para la realización del interés general sino lo que es jurídicamente correcto. Estas situaciones y argumentos que concretamente se sostienen en las resoluciones judiciales para no acceder a las medidas cautelares positivas las analizaré más adelante.

Es incuestionable que las medidas cautelares están destinadas a evitar que el recurso principal y la sentencia puedan perder su finalidad legítima, en la medida en que su adopción pueda evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación. Si lo anterior es incuestionable, no existe ningún motivo que impida que se pueda conceder la medida de carácter positivo para asegurar la finalidad legítima del recurso, siempre que estén presentes el resto de los presupuestos y requisitos. El hecho de que suponga obtener provisionalmente lo que es solicitado con carácter definitivo, no puede convertirse en argumento suficiente para denegar la medida. De ser estas medidas anticipatorias del fallo en el supuesto concreto las únicas útiles, efectivas y eficaces en orden a ponderar los riesgos o daños irreversibles de forma previsible y así evitar la inutilidad de la eventual sentencia estimatoria⁹¹¹, tales medidas serían la garantía efectiva y eficaz, serían el propio espíritu y naturaleza jurídica de las medidas cautelares.

⁹¹⁰ Rodríguez-Arana Muñoz, J., (2006). “Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa...”, op. cit., p. 128.

⁹¹¹ Una muestra de autos en los que se recogen todos los aspectos antes expuestos son: AJCA nº 2 de Almería nº 179/20 de 24-07-2020, Rec. PA 109.1/20, RJ 2-3, medida cautelar positiva renovación provisional autorización estudiante. AJCA nº 2 de Bilbao, nº 20/12 de 8-5-2012, Rec. 104/12, (Pieza separada 17/12), *“es lo que sucede en el presente caso donde nos encontramos con una persona que lleva casi cuatro años viviendo en España y haciéndolo de forma legal. Esto ha determinado la existencia de unos vínculos sociales y, sobre todo profesionales que se podrían trunca de denegarle la renovación del permiso de residencia y trabajo. No basta con ello con conjurar el efecto una posible expulsión o salida obligatoria, pues si de verdad queremos asegurar la eficacia de una sentencia estimatoria, que a buen seguro tardará en llegar, es preciso mantener el statu quo existente con anterioridad a la resolución denegatoria. Y ese estado de cosas no se conserva sólo con permitir al solicitante la posibilidad de vivir en España, sino que es preciso dar un paso más y permitirle, no sólo vivir, sino también residir y trabajar*

Atendiendo a todo lo antes dicho, se debilitan las razones sustentadas hasta el presente del porqué de la reticencia a adoptar medidas cautelares positivas en la materia de extranjería, al ser estas medidas perfectamente admitidas en derecho y acordes al principio de la tutela judicial efectiva y eficaz. Estas medidas pueden ser adoptadas cuando existen situaciones jurídicas preexistentes, (arraigos⁹¹², autorizaciones para trabajar, solicitudes de renovaciones⁹¹³, extinciones de permiso de residencia, RLD, entre otras). En todos estos supuestos, el acto administrativo proviene de situaciones jurídicas preexistentes, de derechos subjetivos otorgados y disfrutados, como el de trabajar, cotizar a la seguridad social o haber renovado los periodos para la RLD, etc., lo que permite la suspensión del acto administrativo y el mantenimiento provisional de continuar disfrutando de los efectos de la autorización que se venía disfrutando o conceder provisionalmente la misma, no causándose por lo general ningún daño al interés general. Ello, atendiendo a la pretensión concreta, en relación con los derechos humanos y fundamentales en conflicto, la dignidad humana y desarrollo de la personalidad.

6.2-7- La prueba para los presupuestos anteriores.

Continuando con nuestra aproximación teórica a las medidas cautelares, no se puede dejar de analizar, la prueba como aspecto sustantivo para el sostenimiento de las pretensiones cautelares. En igual sentido a lo anterior, no deja de ser la prueba en la materia en estudio algo complejo y con matizaciones interpretativas a diferencia de otras especialidades dentro de la jurisdicción contenciosa administrativa.

La medida cautelar, tanto en el procedimiento administrativo como en la jurisdicción contencioso-administrativa, necesita de prueba o justificación, ya sea plena, semiplena, aún incompleta o en el grado de la mera probabilidad o por indicios o un amago presuntivo. En suma: un simple principio de prueba⁹¹⁴, que permita la razonabilidad de su producción, de aquellas circunstancias que puedan permitir a la administración o al tribunal efectuar la valoración de la procedencia de la medida cautelar (art. 385, 386 presunciones y art. 728.2 LEC). A su vez, dicha prueba sirve como medio para identificar y cuantificar adecuadamente las distintas partidas de daños que pudieran ponerse de

legalmente. En caso contrario, de suspender únicamente el efecto de una posible expulsión o salida obligatoria, se estaría abocando al recurrente a una situación de ilegalidad, si bien consentida, que lo conduciría a buen seguro a la marginalidad pues el recurrente, para poder mantenerse en España debería, o bien vivir de la ayuda social pública o privada, o bien trabajar en la economía sumergida. Ambas posibilidades suponen, sin ninguna duda, un paso atrás en la situación de integración y arraigo personal, social y profesional de la que conserva actualmente y que acredita suficientemente con la documental aportada en la demanda... Dicho esto, ninguna perturbación grave se causa los intereses generales o de terceros... Por el contrario mayores perjuicios se causan a la sociedad o al interés público general de desarrollar una política inmigratoria ordenada y legal que facilite la integración, permitiendo una persona que recibió el trabajo legalmente en nuestro país continúe viviendo en España, pero sin poder trabajar legalmente convirtiéndolo así en una presa fácil de la explotación y de la delincuencia... Se entiende por arraigo la existencia de especiales intereses familiares, sociales, económicos del recurrente dentro del Estado español, intereses que se verían seriamente perjudicados si se procediera a la expulsión de esta forma, el perjuicio, si existe arraigo, pasa a integrar el supuesto de perjuicio de muy difícil o imposible reparación". En similares argumentos se pronuncia el AJCA nº 3 Bilbao, Pieza Separada 46/2011, RJ 3º.

⁹¹² AJCA nº 20 de Madrid de 23-01-2019, medida cautelar positiva sobre inadmisión a trámite de solicitud la autorización de residencia por circunstancias excepcionales, arraigo.

⁹¹³ AJCA nº 5 de Valencia, de 8-4-2015, PA, 56/15, RJ 2, principio de libertad de configuración de las medidas cautelares positivas sobre actos negativos, renovaciones.

⁹¹⁴ STS Sala 3ª, Sec. 6ª, nº 6993/02, de 23-10-2002, Rec. 8451/99, FD 3, principio de prueba que basta para otorgar la tutela provisional solicitada.

manifiesto en el supuesto particular. Como se ha dicho, sin necesidad de que dicha prueba llegue a alcanzar la plena convicción del juez sobre el fondo del asunto, sino sólo del incidente cautelar. La prueba a su vez permitirá realizar una motivación o fundamentación de la pretensión cautelar.

El TS insiste en su jurisprudencia en que será el interesado en obtener la medida cautelar el que tiene la carga de probar adecuadamente qué daños y perjuicios de reparación imposible o difícil concurren en el caso para acordar la suspensión, sin que sea suficiente una mera invocación genérica. En esta postura, entiendo, parece obviarse que en muchas ocasiones el interesado se encuentra en una situación personal o patrimonial de carácter singular, que hace especialmente gravosa para él o para los terceros interesados respecto a la aportación de la prueba.

El actor, por principios generales ha de aportar la prueba requerida, pero ha de ser una prueba de una intensidad que sea adecuada al trámite, no la exigencia de una prueba plena, que supere el nivel de posibilidad documental que pueda aportar el interesado. Es una prueba que determine *prima facie* su relevancia y permita a la Administración o al juzgador valorar la misma en correspondencia con la pretensión de la solicitud administrativa o judicial. Sin embargo, en la disciplina en estudio ocurre en la práctica lo contrario, pues se ha de aportar una prueba plena tanto a la administración, como a los órganos judiciales y, a pesar de ello, en muchos casos, no suspende el acto o se toma otra medida correspondiente atendiendo al principio de libre apreciación de la prueba (este aspecto se retoma en la tercera parte, capítulo iv).

Igualmente, en este sentido, es importante destacar la interrelación de este aspecto –la prueba– con lo señalado en cuanto al actuar antijurídico de la Administración. Le corresponde a la misma la aportación de pruebas o la carga de la prueba⁹¹⁵ para acreditar su correcto actuar o desvirtuar la imputación de su mal actuar, ello por más que goce de la presunción de legalidad, disponga de la discrecionalidad y disfrute de una amplia facultad de apreciación al aplicar la normativa de acuerdo con el margen de apreciación del acto reglado. Debe la Administración atendiendo al propio principio de legalidad aportar toda la prueba, tanto la favorable, como la no favorable al extranjero, así como aquella que justifique su actuar, fundamentalmente en aquellos supuestos donde están presentes sus obligaciones positivas las cuales la misma ha vulnerado.

En relación con este último aspecto, aportación de toda la prueba por parte de la Administración, se ha de especificar que, dentro de ella, se encuentra una prueba -en este caso documental- relacionada con la información del RCE (art. 213 ROLEX, inciso m) “*medidas cautelares adoptadas, infracciones administrativas cometidas y sanciones impuestas en el marco de la LO 4/00...*”. En este sentido, como se expondrá más adelante en la parte segunda y tercera, se analizará la medida cautelar de anotación preventiva de demanda o medida cautelar propiamente dicha).

6.3- Conclusiones parciales.

⁹¹⁵ Se ha de recordar la ya citada STS, Sala 3ª, Sec. 6ª, nº 5348/02 de 16-07-2002, Rec. 7922/99, FD 2, desde esas tempranas fechas el máximo órgano de la justicia ordinaria señaló la necesidad de obligar a la Administración a probar con alegaciones concretas y no meras generalizaciones que la suspensión del acto perjudica gravemente a los intereses generales. Critica a su vez al órgano de instancia al tener una motivación lacónica, al ser un acto de naturaleza de contenido negativo, destacando en este caso, que el recurrente era estudiante y llevaba varios años en el territorio nacional estudiando. Más reciente el ya mencionado AJCA nº 2 de Almería nº 179/20 Rec. PA 109.1/20, RJ 2-3, entre otros

La anterior aproximación a la teoría general sobre la tutela cautelar en el Derecho de Extranjería ha sido un enriquecimiento y actualización de los presupuestos, ajustándose a las especificidades de la presente disciplina. Siguen teniendo plena vigencia las características de las medidas cautelares, tales como instrumentalidad, provisionalidad, funcionabilidad y subordinación al proceso principal, máxime cuando es pacífico que el proceso de pieza separada de medidas y el principal se sustancien de forma procesal autónoma y, a su vez de forma simultánea, sin interferir mutuamente en el desarrollo del *iter* procesal el uno con el otro, salvo que se produzca, lógicamente, la extinción del segundo. Por tanto, se puede concluir:

1.- Que, al enriquecerse el sistema de fuentes de nuestro derecho interno, fundamentalmente con el DUE y la jurisprudencia que emana del TJUE, ambos tienen un papel significativo en la materia en estudio que se manifiesta con un destacado grado de interdependencia material y procesal que hace que influya directamente sobre la institución de las medidas cautelares, tanto en el procedimiento administrativo como ante los órganos jurisdiccionales de lo contencioso administrativo. En similares términos la fuente de los Tratados y Convenios internacionales deberá tener una nueva lectura interpretativa respecto al control de su convencionalidad, siendo una muestra de ello la STC Pleno nº 172/20.

2.- El sistema de recursos de la LO 4/00 (arts. 20-21) se encuentran en correspondencia con el art. 24 CE, en relación con el art. 117 LPACAP y art. 129 y ss. LJCA. Dicho sistema de recursos configurados por el legislador, en cuanto a lo aquí tratado -el recurso cautelar- no cumplen los estándares mínimos exigidos por el art. 13 CEDH y el art. 47 CDFUE. Los efectos de los recursos -arts. 20-21 LO 4/00- para la suspensión del acto administrativo o concesión de otra medida cautelar adecuada en los asuntos requeridos, es deficiente. No son efectivos por su falta de celeridad, rapidez, calidad, no tener efecto suspensivo (excepto y supletoriamente art. 90.3 LPACAP para procedimientos sancionadores, con excepción a su vez del procedimiento preferente), por demás porque en el procedimiento administrativo los recursos cautelares son resueltos por un control jerárquico superior (no es una autoridad independiente art. 112.2 LPACAP, no existe autoridad u órgano independiente, imparcial que resuelva los recursos). En igual sentido, no son efectivos en el ámbito jurisdiccional, atendiendo a que, a pesar de los plazos señalados en la LJCA, los mismos no son cumplidos, se utilizan fórmulas rituales para la desestimación de las solicitudes y, en igual sentido al anterior, el recurso no tiene efecto suspensivo.

Los recursos no son eficaces, ni en el procedimiento administrativo, ni en el jurisdiccional, pues las exigencias de los requisitos de accesibilidad real son complejos, se producen obstaculizaciones de manera arbitraria al acceso, tanto por actos como por omisiones de las autoridades antes señaladas, trabas administrativas o procesales. Los recursos no tienen efectos suspensivos automáticos, ni en el procedimiento administrativo ni en el jurisdiccional contencioso-administrativo.

3.- La verificación *prima facie*, tanto por la administración como por los órganos jurisdiccionales, es determinar la existencia de los derechos humanos, derechos y libertades fundamentales en conflicto, determinar la previsibilidad del daño y su irreversibilidad. Es determinar en qué norma están recogidos los mismos, si provienen del DUE o del DIDH, en ambos casos realizar el control de convencionalidad correspondiente en relación con dichos derechos y libertades en equivalencia con nuestro derecho interno, determinando si el contenido, alcance, equivalencia, efectividad,

garantía y armonía de estos está presente, y aplicando en todo caso el estándar superior, más alto, al alza.

El análisis del actuar de la Administración debe servir para dilucidar si su actuar ha sido un buen o un mal actuar o un actuar antijurídico, en correspondencia con los arts. 41 CDFUE y art. 103 CE (derecho fundamental/principio buena administración basada en los principios constitucionales y democráticos, por tanto, debe entre otras cosas, obediencia a ley, cumplimiento del debido proceso/proceso equitativo). La apariencia de legalidad de la actuación de la Administración es una pieza clave en una sociedad democrática (como reiteradamente ha señalado el TEDH); por ello, su control ha de ser estricto y sus violaciones, de cualquier tipo no han de ser permitidas y, mucho menos, haciéndolas repercutir en las garantías de los derechos humanos y derechos fundamentales de los extranjeros. Precisamente entre las finalidades históricas de las medidas cautelares está el constituir un límite o contrapeso a las prerrogativas exorbitantes de las Administraciones públicas con el fin de garantizar una situación de igualdad con respecto a los particulares ante los Tribunales, sin la cual sería pura ficción la facultad de control o fiscalización de la actuación administrativa que garantiza el art. 106.1 CE. Esto trae como consecuencia que la presente aproximación teórica permite una relectura de las doctrinas y jurisprudencia sobre:

a).- El denominado juicio anticipado o juicio provisional de las medidas cautelares. El grado de extensión simplemente debe ser el concreto, el observado en el momento preciso del análisis para la adopción de la medida, como se aplica en otras materias administrativas, incluso como se tiene en cuenta en otros tipos de jurisdicciones. En fin, se han de observar los principios de igualdad de parte *-audiatur et altera pars-* y contradicción (audiencia, dualidad de las posiciones debatidas en la sustanciación del incidente, concretándose habitualmente la solicitud de la medida cautelar frente a la Administración).

b).- En igual sentido debe ser releída la jurisprudencia de los actos de contenido negativo puros. En lo que respecta a los actos administrativos en el Derecho de Extranjería generalmente se manifiestan como actos aparentemente negativos, no puros, debido a que son actos originarios propios, complejos compuestos, conexos o complejos impropios, y van acompañados de actos positivos, (p. ej.), expulsiones con salidas voluntarias u obligatorias). Otros, tienen una naturaleza jurídica compleja como los del arts. 59 y 59 Bis LO 4/00 (colaboración contra redes organizadas, víctimas de la trata de seres humanos respectivamente). Otros, tienen la misma carga de gravamen que un acto sancionador, sin que sean precisamente actos sancionadores, como pueden ser las extinciones de autorizaciones de trabajo y residencia. Otros, como en materia de estudiantes, llevan una protección reforzada por parte del DUE debido a su efecto útil y al interés general de la UE. Todos estos supuestos llevan situaciones preexistentes de regularidad o administrativa un *plus* de protección, lo cual hace que no sean actos de contenidos totalmente negativo puros.

c.- El presupuesto del *fumus boni iuris* ha de ser apreciado sin entrar al fondo del asunto cuando concurra no solo la nulidad de pleno derecho manifiesta en el actuar de la Administración, sino también ante cualquier actuación arbitraria, antijurídica o desviación de poder de la misma (art. 48 LPACAP), que atente, vulnere o no tenga presente en su actuar los derechos humanos y los derechos y libertades fundamentales. En igual sentido, el presente presupuesto deberá ser tenido en cuenta en aquellos supuestos en los cuales el TJUE ha dictado sentencias interpretativas sobre actos del DUE

respecto a la materia en estudio y estas han sido indebidamente aplicadas por los EM (efecto vinculante y obligatorio), así como en todos aquellos supuestos en que se está sometiendo a reenvío por cuestión prejudicial ante el TJUE. Se sostiene lo anterior en los propios criterios del TS para aquellos casos en que ha dictado sentencias sentando doctrina jurisprudencial y la Administración continúa manteniendo una posición de desidia y contumaz desobediencia, o en aquellos supuestos donde la prosperabilidad de la demanda es ostensible.

d).- Requerirá una relectura la jurisprudencia que señala que el acceso a la jurisdicción es un aspecto para desestimar la medida cautelar. Dicha relectura debe estar basada en que el acceso a la jurisdicción es una garantía de obligatorio cumplimiento por mandato constitucional, el acceso a la tutela cautelar es una parte de la garantía constitucional. El análisis debe ir más allá, debe ir a la efectividad y la eficacia de la medida cautelar. La ausencia de estos dos últimos factores en nuestro sistema de recursos de medidas cautelares repercute en su efecto suspensivo, el cual ha sido objeto de críticas y sanciones por el TEDH respecto al Reino de España.

e).- En cuanto al criterio de que no puede existir exceso o abuso jurisdiccional, que en la adopción de una medida cautelar el juzgador no puede sustituir a la Administración, art. 71.2 LJCA, es precisa una nueva lectura. El propio art. 71.1-b LJCA señala que se “adoptará cuantas medidas sean necesarias para el pleno restablecimiento”, refiriéndose a la sentencia. Esto, en relación con el art. 70.2 de la misma norma, en lo referente a la desviación de poder. Debiéndose en este análisis sistemático hermenéutico relacionar el art. 71.1-b con el art. 129.1 ambos de la LJCA. Quiere esto decir, que si no se adoptan las medidas previstas en el art. 129.1 LJCA (cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia), cuando llegue el momento procesal de dictado de la sentencia y su ejecución, aunque sean aplicados los art. 83.2 LJCA (medidas cautelares que sean pertinentes para asegurar, en su caso, la ejecución de la sentencia), poco efectivas podrán ser estas últimas si no se han asegurado las primeras. No existe, ni hay invasión de competencias administrativas por parte del órgano jurisdiccional ya que lo que procede es una resolución fundada en derecho ante el actuar de la Administración. El control judicial de la discrecionalidad administrativa debe estar enfocado desde esa perspectiva garantista y previsible de la irreversibilidad del daño. Lo que traerá como resultado un análisis individualizado de cada caso y, por tanto, una mayor garantía del principio de seguridad jurídica, en cumplimiento del mandato constitucional que corresponde (art. 106.1 y art. 117.3 CE). En todo caso, por encima de esos peligros que se enuncian, las medidas cautelares pueden ser recurridas, modificadas o revocadas y, llegado el juicio de fondo, si fuese contrario, la misma perdería toda su efectividad.

4.- En lo relativo al *periculum in mora*, los plazos y la urgencia y la especial urgencia son los principales requisitos que conforman el mismo, los cuales repercuten para la determinación de la medida y sus garantías de efectividad (calidad, rapidez y efecto suspensivo) y eficacia (requisitos de accesibilidad real y disponibilidad, especialmente en el sentido de que su ejercicio no debe ser obstaculizado de manera arbitraria, ni por actos ni por omisiones de las autoridades estatales). No deben existir trabas administrativas o procesales para ello. Al ser el requisito de la urgencia y la especial urgencia, un concepto jurídico indeterminado de contenido objetivo limita el ámbito decisorio tanto del Juez como de la propia Administración. Dicho requisito está íntimamente relacionado con el daño alegado, la previsibilidad de este debe apreciarse antes de producirse.

Encontramos en este presupuesto serias deficiencias que se manifiestan en diversas vertientes: i) en los plazos propiamente dichos para la tramitación de las piezas separadas en los juzgados; ii) en cuanto al art. 135 LJCA, dificultades en cuestiones de competencia territorial (domicilio) con los juzgados de instrucción en funciones de guardia y luego en los juzgados ordinarios de lo contencioso-administrativo; iii) así como lo relativo a la designación de defensor judicial en el caso de los MENAS, al existir conflicto de intereses con el Fiscal y sus tutores; iv) en el acceso o imposibilidad real o dificultad de acceso a la petición de medida cautelar de las personas detenidas o privadas de libertad, tanto en CIE, como en centros penitenciarios; y v) la inexistencia de recurso suspensivo automático.

5.- En la interpretación actual del sistema de medidas cautelares no tiene un papel preponderante el *fumus boni iuris*. Tampoco está reconocido en la LJCA. Sin embargo, en la presente especialidad, es un presupuesto que está llamado a tener cada día un papel más destacado, debido a la influencia y determinación en la materia en estudio por el del DUE, su efecto útil y efecto directo que prevalecen sobre el derecho interno. Es inevitable tener en cuenta todos sus principios, mecanismos, funcionamiento y la jurisprudencia del TJUE (que obliga a los tribunales nacionales a realizar una lectura *ex novo* de las distintas normas sustantivas y procesales). A ello se ha de agregar el diálogo entre tribunales, o tutela multinivel (incluido lo relativo al control de la convencionalidad). Ello conduce *prima facie* a que su apreciación debe ser una interpretación al alza o mejor estándar del derecho, que no permita la regresión del grado de protección de los derechos fundamentales, en cuanto a su titularidad, contenido, alcance y ejercicio efectivo. De existir duda con la norma o el acto no claro, se ha de establecer la cuestión prejudicial pasando a ser esta última otro *plus* de refuerzo al presupuesto del *fumus boni iuris* para solicitar la suspensión cautelar o la medida más conveniente. La manifestación de intensidad o de especial intensidad con que concurra el *fumus boni iuris* en el caso concreto es lo que deberá hacer viable la solicitud de la medida cautelar, admitir, graduar o atemperar la efectividad de la tutela. De ser un *fumus boni iuris* de especial intensidad puede hacer perder las exigencias del *periculum in mora*, pues no haría falta analizar el mismo y tendría el *fumus boni iuris* autonomía propia. Se ha de señalar críticamente que dentro del presente presupuesto no se tienen en cuenta las normas y derechos sociales fundamentales de los extranjeros.

6.- Existe una identidad, complementación, sinergia y armonía entre el interés general, el de terceros y los individuales. En la intensidad de ambos hay varios elementos comunes, pero por encima de todos están los derechos humanos y derechos y libertades fundamentales, máxime cuando ese interés general está impregnado del principio de la dignidad humana y desarrollo de la personalidad. No existe una desnaturalización o transformación de dicho interés general, sino al contrario, una sinergia con un denominador común, cuyo fin superior: son los derechos humanos y fundamentales, la dignidad de las personas y el desarrollo de la personalidad. En similares términos se encuentran los intereses de terceros. En aquellos supuestos en que lo anterior no concurra, la valoración de dicho conflicto no debe ser sometido al principio de proporcionalidad *balancing test*, sino al principio de proporcionalidad/razonabilidad. El primero puede traer indirectamente como consecuencia, el sacrificio de un derecho fundamental sobre otro, al primar el interés general como criterio de control de legalidad. Mientras que en el segundo se aplican reglas de nivelación o equilibrio, pues no prima el principio de jerarquía de los derechos fundamentales sino el contenido que encierran cada uno de ellos, contenido mínimo o superior, estándares mínimos o superiores o al alza, y no hay

sacrificio indirecto de un derecho fundamental sobre otro, permitiendo realizar un análisis individualizado sobre la previsibilidad del daño irreversible. El segundo minimiza la arbitrariedad y procura un razonamiento axiológico de los derechos fundamentales. Permite celeridad o rapidez. Todo ello repercute en un recurso efectivo, eficaz y suspensivo.

Existe un nuevo tipo de categoría de interés general, el interés general multinivel, conformado por el interés del DUE y las diferentes definiciones que viene dando, así como el propio interés general descrito por Tratados y Convenciones internacionales de protección de los derechos humanos que han de prevalecer sobre la concepción de un interés general sectorial patrimonializado de una Administración.

No se deben realizar a través del interés general restricciones desmesuradas, no se debe convertir en un medio de discriminación arbitraria, ni en una restricción encubierta, ni debe ser utilizado con un uso espurio para la legitimación del poder. Cuando se invoque el interés general, su afección ha de ser una perturbación grave, real, actual e inminente, no se puede apelar a los intereses generales como retórica constitucional, haciendo uso de una refinada hipocresía para imponer la voluntad administrativa en contra de una de sus razones de ser fundamentales, como es cumplir con la legalidad. La protección de los derechos fundamentales es un destacado interés general, por lo que, cuando se utilizan fórmulas rituarías de carácter preventivo, frases generales vacías de contenido, afectan a la esencia misma del Estado Social Democrático y de Derecho.

No se concibe que dentro del análisis de la proporcionalidad de intereses –al igual que en el *fumus boni iuris*- que no sean tenidos en cuenta los derechos económicos sociales y culturales, incluidos los medioambientales.

En igual sentido, dentro de esta aproximación teórica, se han de tener en cuenta las obligaciones positivas de los Estados. En aquellos supuestos en que los solicitantes se encuentran bajo la responsabilidad directa o indirecta del Estado, atendiendo a que dicha obligación surge precisamente de que los mismos están bajo la tutela directa del Estado o la protección del Estado (MENAS, personas bajo detención e internamientos y situaciones de enfermedad grave o sobrevenidas en dichas circunstancias, medidas para la identificación de las víctimas de la trata de personas, art. 59 y 59 *Bis* LO 4/00, entre otros), por lo que, no deben existir contradicciones entre dichos intereses.

Generalmente en la ponderación de intereses, no se tienen en cuenta los intereses de terceros. En la presente aproximación, con independencia de que los intereses de terceros son reconocidos y equiparados al interés general, aquí, en este ejercicio de proporcionalidad razonabilidad cumplen los mismos principios antes definidos pasando a ser un *plus* reforzado del interés individual cuando actúan juntos. Cuando hablamos de derechos de terceros, en el presente estudio, hablamos de cónyuges, parejas análogas, hijos, ascendientes, familia extensa, empresarios, personas jurídicas, asociaciones, legitimadas todas para ejercitar dichos derechos y proteger sus intereses; por tanto, nos estamos refiriendo al conglomerado de derechos humanos, derechos y libertades fundamentales, (tales como, la vida, libertad, intimidad familiar, vida privada, educación, interés superior del menor, etc.). Son estos derechos e intereses de intensidad suficientes por sí solos para surtir los efectos necesarios e, incluso, en determinados supuestos, por encima de los intereses generales. Estos derechos e intereses de terceros al unirse con los individuales pasan a ser un *plus*, encontrándose, doblemente reforzados para la solicitud o adopción de una medida cautelar.

7.- Los perjuicios o daños irreparables e irreversibles de los interesados requieren ser probados, demostrar el nexo causal, no vale invocar simples conjeturas, perjuicios eventuales o aducir razones generales. La irreparabilidad e irreversibilidad del daño -ya sea emergente, lucro cesante o daño moral- están íntimamente relacionados con la dignidad humana y el desarrollo de la personalidad. La tendencia jurisprudencial mayoritaria para la determinación, valoración y reparación del daño en la presente especialidad es la eminentemente económica -todo daño puede ser cuantificable, son taxativamente medibles, incluido el moral- por tanto, indemnizables, reconstruibles y reparables. Se exceptúa dentro de dicha concepción determinados supuestos, como el derecho a la vida o a la integridad personal (muerte, tortura, tratos inhumanos), obviando situaciones como las del interés superior del menor (educación, desarrollo de su personalidad), intimidación familiar, vida privada familia, integridad psíquica, identidad.

La aproximación realizada en la presente investigación encuentra una de las posibles soluciones en el reforzamiento de la previsibilidad del daño y la adopción de aquellas medidas efectivas y eficaces según cada supuesto, y que se reúnan los presupuestos necesarios. Por ejemplo, con las medidas cautelares positivas, el interesado provisionalmente vuelve a la misma situación anterior a la lesión, hasta que se decida sobre el fondo del asunto. En cualquier caso y en cualquier momento de existir un exceso, la medida puede ser recurrida, modificada o revocada.

En cuanto a la determinación de la perturbación grave de los intereses generales o de tercero, deberán estos acreditarlos y cuantificarlos en igualdad de parte con las mismas obligaciones que los interesados. Tendrán la Administración y los terceros la carga de prueba de acreditar la perturbación grave. No se deberán admitir fórmulas generales, frases estereotipadas o vacías de contenido de dicha perturbación. Deberán la Administración y los terceros, acreditar la relación causa-efecto de la medida para su adopción o la denegación de la misma. En el caso de los supuestos en que se encuentran presentes obligaciones positivas de los Estados por estar los interesados bajo su tutela, deberán, los primeros, acreditar cuáles son las perturbaciones graves a ese interés general que hasta ese mismo momento venía cumpliendo.

8.- La prueba a aportar ha de determinar *prima facie* su relevancia, para que tanto el juzgador como la Administración puedan valorar si la misma está en correspondencia con los presupuestos que se configuren en el caso. La prueba debe estar encaminada a demostrar la afcción de los derechos y libertades fundamentales en cuestión, así como los perjuicios o daños irreparables e irreversibles. No teniendo que ser necesariamente una prueba plena. También la Administración y los terceros deberán aportar su prueba en cuanto a la perturbación grave de sus intereses.

La anterior sistematización en la aproximación planteada daría un cambio a la concepción interpretativa de las medidas cautelares en la materia en estudio. No traería la suspensión automática del acto, ya que ello requiere un cambio normativo pero sí traería un giro interpretativo sobre el efecto de un recurso suspensivo efectivo y eficaz, conllevando, en aquellos supuestos que así lo reúnan, a través de los mecanismos procesales actuales y con resoluciones judiciales y administrativas prospectivas -como la STC Pleno nº 172/20- a la aplicación directa de las normas del DIDH que analicen la suspensión automática del cumplimiento del acto impugnado salvo que se justifique la existencia o posibilidad de perjuicio perturbación grave de los intereses generales o de terceros reales, actuales e inminentes.

Esto no quiere decir que se exacerbe o extralimite la operatividad de la medida cautelar con un paulatino vaciamiento de la ejecutividad/ejecutoriedad, sino todo lo contrario, será una actuación proporcional y razonable integrada en la tutela efectiva que conlleve precisamente a que se utilicen todas aquellas medidas que puedan contribuir a la efectividad del cumplimiento de la sentencia e, incluso, a la propia ejecutividad/ejecutoriedad del acto, unido a la preservación y previsión de los intereses individuales del interesado y los daños irreversibles que se les pudiera causar, adoptando así cuantas medidas sean necesarias desde la suspensión del acto hasta aquellas medidas positivas. Los criterios de aproximación teórica antes realizados, pueden ser determinantes al momento de una solicitud o adopción de una medida cautelar en correspondencia con principio *pro personae, favor libertatis, o in dubio pro libertate*, así como nos permitirán seguidamente conformar una definición sobre la concepción de las medidas cautelares en el Derecho de Extranjería.

6.4- Aproximación a una definición teórico conceptual de medidas cautelares en el Derecho de Extranjería.

6.4-1- Cuestiones previas.

Se es consciente de la dificultad de ofrecer una definición unitaria de la figura que estamos analizando debido entre otras razones, a los fundamentos dados indistintamente *ut supra*, la propia naturaleza jurídica de la institución de las medidas cautelares, los fundamentos legales, órganos, sujetos y procedimientos intervinientes que se establecen en las normas de extranjería. Dicha aproximación conceptual también ha de tener en cuenta los principios aquí estudiados, entre ellos, el principio de seguridad jurídica, autonomía procesal, equivalencia, efectividad, previsibilidad, entre otros.

A pesar de ello, con un esfuerzo de interpretación y construcción dogmática de síntesis, formularé una categoría omnicomprensiva que pueda aglutinar las distintas medidas cautelares que inciden en el ámbito de extranjería: las judiciales y las administrativas; que abarque el régimen general de extranjería y dentro de él (solicitudes iniciales, renovaciones, estudiantes, procesos sancionadores u otros actos de naturaleza jurídica compleja y otros actos de fuerte carga de gravamen). Puede hacerse extensivo dicho concepto a aquellas medidas y supuestos referente a CUE y sus familiares.

Para conformar un concepto de medidas cautelares⁹¹⁶ para el Derecho de Extranjería se ha de partir del sistema de fuentes antes señalado. Teniendo presente el análisis de la tutela multinivel de los derechos humanos y libertades fundamentales al respecto, así como sus efectos para que el recurso sea efectivo, eficaz -como la suspensión, la concesión de cualquier otra medida cautelar adecuada o su efecto suspensivo automático- En esa síntesis de la tutela efectiva en su múltiple juego en la materia en estudio ha de garantizarse el derecho a que se asegure la eficacia de la actuación de la Administración de extranjería (Ministerios de Interior, Trabajo, Administraciones Públicas, Asuntos Exteriores, e incluyendo a las CCAA en los casos que son competentes) y al

⁹¹⁶ Como es conocido la definición de medida cautelar no se encuentra en nuestras leyes. La doctrina ha elaborado una gran cantidad de conceptos, la mayoría centrados en el ámbito procesal. Calamandrei, P., (1945). *Introducción al estudio sistemático...*, op. cit., pp. 45 y 94. Ortells Ramos, P. M., (2000). *Las medidas cautelares*, Madrid: La Ley-Actualidad, p. 104. En la esfera administrativa, Pons Cánovas, F., (2010). “El procedimiento sancionador: medidas provisionales y cautelares”, en B. Lozano Cutanda, *Diccionario de Sanciones Administrativas*. Madrid: Iustel, pp. 871-896.

reconocimiento y restablecimiento de una situación jurídica individualizada del extranjero.

En igual sentido, dicho concepto ha de recoger la verificación *prima facie*, tanto por la Administración como por el órgano jurisdiccional de la confluencia de los derechos humanos y derechos y libertades fundamentales intervinientes -en especial aquellos derechos sociales que son determinantes para el extranjero en su vida digna y desarrollo de su personalidad-, así como la previsibilidad del daño irreparable e irreversible sobre el conjunto de derechos en conflicto. A su vez dicho concepto deberá recoger el principio de proporcionalidad entre los intereses generales y de terceros, con los intereses individuales del interesado, requiriendo tal análisis en fase jurisdiccional la determinación de la incidencia del mal actuar o actuar antijurídico de la Administración. Todo ello sin necesidad de prejuzgar el fondo del asunto o el resultado final.

La decisión sobre la medida se tomará por el órgano competente de forma motivada y razonada, adoptándose cuantas medidas sean necesarias, suspensivas, preventivas, conservativas, anticipativas, positivas, obligaciones de hacer o no hacer, registrales, o de no repetición, que tengan relación directa y necesaria con las pretensiones del interesado (principio de congruencia con la pretensión), incluidas aquellas de oficio con efectos suspensivo inmediato o automático en los supuestos de interés superior del menor, principio de no devolución, protección de la vida privada o familiar o enfermedad grave, o todos aquellos supuestos que así lo requieran. Todo en correspondencia con la prueba, *prima facie* aportada, demostrando la misma de forma indiciaria la relevancia y relación causal con el acto y la pretensión.

6.4-2- Concepto teórico medidas cautelares para el Derecho de Extranjería.

El concepto teórico de las medidas cautelares para el Derecho de Extranjería podría estar definido de la siguiente manera:

Son aquellas medidas que se adoptan por la Administración, los órganos extrajudiciales independientes u órganos jurisdiccionales, de oficio o a instancia de parte o de los demás legitimados por la ley, teniendo en cuenta el tipo de acto administrativo, su fin y efecto útil, los derechos y libertades indivisibles con alcance multinivel, así como el actuar de la Administración en cumplimiento de las garantías del debido proceso, la intensidad multinivel de los derechos concurrentes, la previsibilidad del daño y las consecuencias irreversibles. Valorándose de forma proporcional los intereses en conflicto, siendo la adopción de la/s medida/s más adecuada/s de forma motivada, incluida la suspensión automática, en correspondencia con la pretensión de las partes según las pruebas aportadas, y garantizando el cumplimiento de la ejecutividad/ejecutoriedad de la resolución administrativa y/o asegurando, en su momento, la efectividad del recurso contencioso administrativo y la sentencia.

SEGUNDA PARTE.

LAS MEDIDAS PROVISIONALES O CAUTELARES ADMINISTRATIVAS. PROCEDIMIENTOS SOMETIDO AL DERECHO EXTRANJERÍA. ADOPCIÓN DE MEDIDAS PROVISIONALES O CAUTELARES. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y DERECHOS HUMANOS Y FUNDAMENTALES.

CAPITULO-I.-Derecho administrativo Actual. Retos al Derecho de Extranjería. Su aplicación a las medidas cautelares en procedimiento administrativo. -

I. 1- Consideraciones previas.

En la primera parte se han estudiado un grupo de derechos humanos y derechos y libertades fundamentales -incluidos los sociales- que se consideran tienen una mayor incidencia o presencia en las medidas cautelares en la materia de extranjería. A su vez se realizó una aproximación teórica general sobre la institución cautelar. Se pretende en esta parte del trabajo en cumplimiento de los objetivos generales y de las preguntas de investigación realizadas analizar el comportamiento de las medidas cautelares o provisionales en el procedimiento administrativo de extranjería, así como analizar el comportamiento de la aproximación teórica en dicho procedimiento. En igual sentido, todo el análisis se realizará bajo la concepción de un Derecho Administrativo de Extranjería constitucional, como un *ius commune*⁹¹⁷. Esta concepción comprenderá una nueva visión de categorías garantista, tales como, derecho a una buena administración⁹¹⁸, interés general⁹¹⁹, así como los nuevos elementos que conforman el acto administrativo⁹²⁰

⁹¹⁷ Ponce Solé, J., (2019). “El Derecho Administrativo del Siglo XXI”. *Revista General de Derecho Administrativo. RGDA*, Iustel, (nº 52), Iustel, recuperado, 28-01-2020, pp. 20-39. Meilán Gil, J. L., & García Pérez, M., (2018). *Norma y Actos...*, op. cit., p. 17. Kingsbury, B., Stewart R. B., (2016). *Hacia El Derecho Administrativo Global...*, op. cit. pp. 125-137, 141-156. Schmidt-Assmann, E., (2012). “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo”, en J. Barnés Vázquez, E. Schmidt-Assmann, A. Vosskuhle, R. Pitschas & J. L. Parejo Alfonso. *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*. (Vol. II, 2ª Ed. Capítulo I, pp. 21-140, Tercera Parte, punto II-2- b) *Sobre las directrices o criterios para el ejercicio de potestades discrecionales*, pp.101-104). Global Law Press, Derecho Global y Cuarta Parte, *La evolución del Derecho Administrativo Europeo y del Derecho Administrativo Internacional*, pp.114-131. Meilán Gil, J. L., (2011). *Categorías jurídicas...*, op. cit., pp. 22-23, del mismo autor (2011). *Una aproximación...*, op. cit., pp. 11-48, 53-66, 147-152, 173. Rodríguez-Arana Muñoz, J., (2009). *Aproximación al derecho...*, op. cit., pp. 10-83, previamente del mismo autor año (2000). *Derecho Administrativo y Constitución...*, op. cit., pp. 42-47, 95-122. Como se ha expuesto la problemática migratoria hay que analizarla en su conjunto conformando una nueva visión que darán paso a un nuevo y diferente enfoque de un Derecho Administrativo Europeo sobre la temática migratoria en relación con el Derecho Administrativo Internacional de Migraciones.

⁹¹⁸ Ponce Solé, J., (2019). *La lucha por el buen gobierno y el derecho a una buena administración mediante el estándar jurídico de diligencia debida*. Cuadernos de la Cátedra Democracia y Derechos Humanos. Universidad de Alcalá, Servicio de Publicaciones. Del mismo autor año (2016). “La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración”. *REDA*, (nº 175), pp. 57-84.

⁹¹⁹ Esteve Pardo, J., (2017). “El nuevo garantismo de los intereses generales. La extensión del derecho público a particulares que ejercen funciones públicas”, en J. C. Laguna de Paz, Í. Sanz Rubiales, & I. M. De los Mozos y Touya. (Coords.). *Derecho Administrativo e Integración Europea. Estudio Homenaje al profesor José Luis Martínez López-Muñiz*. (Vol. I, *El ser de la Administración Pública*, pp. 31-57). Madrid: Reus.

⁹²⁰ Son conocidas las diferentes concepciones del acto administrativo, por los diferentes autores, entre ellos: Cosculluela Montaner, L., (2019). *Manual de Derecho Administrativo. Parte General*. (30ª Ed. *Título Cuarto. Potestades de la administración pública y actos administrativos*). Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters, pp. 380 y ss. López Benítez, M., (2016). “El acto administrativo: concepto, elementos, clases”, en

derivado del DUE en la amplia gama de actos que se pueda generar en el Derecho Administrativo de Extranjería.

Se ha reiterado en la primera parte el papel de una Administración moderna, garantista, que posea mecanismos propios de controles efectivos y eficaces, basados o configurados en instituciones extrajudiciales independientes, imparciales, con instrumentos neutrales, no de control jerárquico que legitimen el resultado de su propio control, que sirvan como verdaderos filtros de acceso a la jurisdicción⁹²¹. Se ha resaltado el art. 41 CDFUE y el art. 103 CE⁹²², así como de la jurisprudencia que se ha ido desarrollando al respecto.

Ordenar e hilvanar un discurso armónico y lógico desde el punto de vista jurídico del régimen administrativo de los extranjeros en España, sigue siendo en la actualidad muy complejo, dicha complejidad, se debe como hemos visto, a varios factores, entre ellos: i) las propias LO de extranjería existentes⁹²³; ii) la propia evolución y periodos⁹²⁴ del Derecho administrativo (alejado primeramente de un derecho administrativo visto como un derecho fundamental y luego de las funciones y de las relaciones jurídicas que estas generan); iii) la propia influencia del Derecho administrativo Europeo⁹²⁵, a través de sus Reglamentos, Directivas y Decisiones de la UE; iv) la fuerte y amplia libertad de configuración normativa, margen de maniobra (instrucciones, ordenes, circulares, etc.), de competencia administrativa y de sus efectos en nuestro derecho interno.

Todo ello ha hecho que las Administraciones que le concierne los temas de extranjería se hayan manifestado y aún se manifiestan a través de una Administración que va más allá, en muchos casos de sus facultades, distorsionando la verdadera esencia de la autotutela administrativa (declarativa, ejecutiva, duplicativa, desviación de poder y vía de hecho). La potestad de ejecución forzosa de la Administración hoy se continúa midiendo con el

M. Rebollo Puig & J. D. Vera Jurado, (Dirs.), M. Rebollo Puig, E. Carbonell Porrás. (Coords.). *Derecho Administrativo Régimen Jurídico básico y control de la administración*, (T. II, p. 73). Madrid: Tecnos. Rivero Ortega, R., (2016). *Derecho...*, op. cit., p. 140. Meilán Gil L. J., (2012). “Sobre la revisión del carácter instrumental del acto administrativo”. *RAAP*, (nº 84) pp. 13-40.

⁹²¹ Agudo González, J., (2018). *La función administrativa de control...*, op. cit., pp. 93, 610-614, 706-714.

⁹²² STC, Pleno, nº 178/89, de 2-11-1989, BOE nº 290, de 4-12-1989, FJ 3, la administración significa que debe ser una organización imparcial y neutral ante la ejecución de la ley

⁹²³ Vid. nota 657. Se ha de recordar cómo he citado la existencia de una prolifera cantidad de leyes y reglamentos en la materia en estudio, dictados como si existiera un “*horror vacui*”. Denotan una probable actuación desordenada, quizás utilitarista o por determinación supranacional.

⁹²⁴ Barnés Vázquez, J., (2017). “Un Marco para el Método del Análisis Comparado en el Derecho Administrativo”, en J. C. Laguna de Paz, Í. Sanz Rubiales, & I. M. De los Mozos y Touya. (Coords.). *Derecho Administrativo e Integración Europea. Estudio Homenaje al profesor José Luis Martínez López-Muñiz*. (Vol. I. *El ser de la Administración Pública*, pp. 31-57). Madrid: Reus. Con anterioridad el profesor Barnés Vázquez estudiando las generaciones del procedimiento administrativo sus reformas e innovación se ha de tener en cuenta su obra del año (2012) “Algunas respuestas del Derecho Administrativo contemporáneo ante las nuevas formas de regulación: fuentes, alianzas con el Derecho Privado, procedimientos de tercera generación”, en J. Barnés Vázquez, E. Schmidt-Assmann, A. Vosskuhle, R. Pitschas & L. J Parejo Alfonso, *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*. (Vol. II, 2ª Ed., Capítulo IV, pp. 251-377). Sevilla: Global Law Press, Derecho Global. INAP; año (2011). “Tres generaciones del procedimiento administrativo”. *Derecho PUCP*, (nº 67), pp. 77-108 y del año (2008). “Reforma e innovación del procedimiento administrativo”, en *La transformación del procedimiento administrativo*. VV. AA, J. Barnés Vázquez (Editor, pp. 11-69). Sevilla: Global Law Press.

⁹²⁵ Rivero Ortega, R., (2017). “El procedimiento administrativo europeo y la nueva legislación española”, en J. C. Laguna de Paz, I. Sanz Rubiales, & I. M. De los Mozos y Touya. (Coords.). *Derecho Administrativo e Integración Europea. Estudio Homenaje al Profesor José Luis Martínez López-Muñiz*. (Vol. II, *El actuar de la Administración Pública y garantías de su efectiva legalidad*, pp. 951-964). Madrid: Reus.

principio de eficacia de la Administración y no a través del principio de proporcionalidad, máxime cuando se están ventilando asuntos donde se encuentran presente el binomio derechos fundamentales/procedimiento administrativo. El control jurisdiccional sobre lo anterior se dilata en el tiempo, por lo que no es un control efectivo. Además en muchas ocasiones cuando llega dicho control ya no tiene eficacia o no son controladas adecuadamente por los órganos jurisdiccionales (recordar que no cuenta la presente especialidad de un sistema de control extrajudicial independiente e imparcial).

Nos interesa para nuestro estudio principalmente el principio de la autotutela ejecutiva, destinada precisamente a la ejecutividad del acto, incluso cuando llegase a ser forzosa, como preservación objetiva del interés público⁹²⁶. Dicho principio como señala COSCULLUELA MONTANER, pasa a convertirse de un principio jurídico a un privilegio o prerrogativa de dicha Administración pública⁹²⁷. Este privilegio de autotutela ejecutiva, unido a que la configuración del recurso no tiene efecto suspensivo⁹²⁸ –excepto art. 90.3 LPACAP- repercute sobre el régimen especial de la materia de extranjería y su régimen de recursos.

La utilización de los conceptos y principios antes citados en la especialidad del Derecho de Extranjería por las Administraciones intervinientes se hacen aún más complejos, casuísticos y restrictivos atendiendo a las peculiaridades señaladas en la primera parte de este trabajo, en especial, la regulación normativa europea. Únase a ello la serie de conceptos, categorías jurídicas, conceptos jurídicos indeterminados y circunstancias intervinientes, donde hacen que el grado de análisis y control⁹²⁹ se debilite. Por lo tanto, la sistemática interpretativa doctrinal y jurisprudencial como resultado de ese control, también se hace mucho más compleja y poco efectiva. Ello quiere decir, que los criterios

⁹²⁶ Se ha de recordar cómo he señalado -Vid. nota 746, que nuestra CE no hace mención al privilegio de la autotutela. Sin embargo, si se compara la Ley de procedimiento administrativo de 1958, la Ley 30/92 y la Ley 39/15, se observará el carácter continuista sobre la ejecutividad, como la ejecutoriedad de los actos administrativos. (ver los arts. 44, 45, 101, Ley del 58; –arts. 56, 57, 94, Ley 30/92- y arts. 38, 39.1, 97, Ley 39/15, respectivamente). Sin que la interposición, en su caso, del pertinente recurso administrativo suponga de forma automática la suspensión de los efectos del acto impugnado. Baño León, J. M., (2017). “Los excesos de la llamada autotutela administrativa...”, op. cit., pp. 825-841. Sánchez Sáez, J. A., (2016). “La ejecución forzosa del acto administrativo en el derecho español”. Bol. Mex. Der. Comp. Vol. 49 n° 145 México, recuperado 22-04-2018. Míguez Macho, L., (2015). “Autotutela administrativa...”, op. cit. pp. 1-30. Sobre esta problemática ya desde tempranas fechas Sánchez Morón, M., (1982). “El derecho a la tutela efectiva como límite a la ejecutividad de los actos administrativos”. REDA, (n° 35), pp. 669-673. En síntesis, todos los autores coinciden que existe un sacrosanto respeto figura del acto administrativo y a su ejecución forzosa, así como la tradición autoritaria del Derecho Administrativo español.

⁹²⁷ Cosculluela Montaner, L., (2019). *Manual de Derecho Administrativo...* op. cit., pp. 350-355.

⁹²⁸ Sobre la presente existe una amplia bibliografía, al respecto se ha escogido para el presente estudio: Rebollo Puig, M., (2017). “La Ejecutividad de las Sanciones...”, op. cit., pp. 1353-1356. Del mismo autor, (2010). “Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo sancionador”, en L. Alarcón Sotomayor, A. Bueno Armijo, M. Izquierdo Carrasco, & M. Rebollo Puig, *Derecho Administrativo Sancionador*. (1ª Ed., pp. 531 y ss.). Valladolid: Lex Nova. Barcelona Llop, J., (2015). “Cuestiones sobre la ejecutividad de los actos administrativos en la doctrina del Tribunal Constitucional”, en M. Rebollo Puig, E. Carbonell Porras & M. López Benítez. *Régimen Jurídico básico de las Administraciones Pública. Homenaje al profesor Luis Cosculluela*. (pp. 374-377, 386). Madrid: Iustel. Pons Cánovas, F., (2010). “El procedimiento sancionador: medidas provisionales y cautelares...”, op. cit. pp. 871-896. Calonge Velázquez, A., (2007). *Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo*. Granada: Comares/Instituto de Estudios Europeos, pp. 30-47. Tardío Pato, J. A., (2004). “Las Medidas Provisionales en el Procedimiento Administrativo”. *Revista jurídica de Navarra*, (n° 38), pp. 113-130.

⁹²⁹ Agudo González, J., (2018). *La función administrativa de control...*, op. cit., pp. 24-37.

generales, las previsiones, análisis críticos o sugerencias que se hagan inciden tardíamente en la corrección de la interpretación de los conceptos antes citados, su validez y eficacia respecto a las garantías de los interesados. Evidentemente esta forma de control, aunque sea tardía, influye de una forma u otra en el cambio del pensamiento sobre el procedimiento⁹³⁰ y de los conceptos que lo componen. Estas cuestiones se analizarán más detenidamente en los siguientes capítulos, así como en la arte tercera de la presente investigación.

A su vez he venido exponiendo sobre los derechos sociales en el presente objeto de estudio. En esta parte veremos esos derechos sociales en su estrecha relación, no sólo con el papel del Estado Social y Democrático de Derecho, o Estado de bienestar, sino como señala RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, el Estado Social Democrático de Derecho Dinámico⁹³¹. Evidentemente el modelo de Estado de cada momento va a tener una importancia decisiva en el orden del entendimiento de la presente materia, atendiendo a que supuestamente estamos viviendo en una sociedad de garantías, es decir, una sociedad en la que las instituciones no sometan a ninguno de sus ciudadanos (incluidos los extranjeros con independencia de su situación administrativa) a la desprotección o al magnánimo ejercicio de sus prerrogativas en relación a sus “administrados”⁹³², a la humillación⁹³³, sino que precisamente todo lo contrario, que se tenga un tratamiento garantista.

En igual sentido ese dinamismo se proyecta sobre el sistema de fuentes⁹³⁴ y sobre todas las categorías e instituciones de la especialidad en estudio -las medidas provisionales o cautelares-, lo cual permite complementar la definición antes dada de las mismas, señalando que las medidas provisionales o cautelares no son fijas, ni estáticas, sino que cambian y se transforman de acuerdo con la propia dinámica y evolución de la sociedad a nivel local, nacional e internacional. Ello como no puede ser de otra forma, partiendo de una interpretación dinámica de un Derecho Administrativo constitucional revisado⁹³⁵ a las alturas de los tiempos actuales que nos ofrece los principios y parámetros que sean proyectados de forma integral al ordenamiento jurídico y en especial a categorías como,

⁹³⁰ Baño León, J. M. (2015). “La reforma del procedimiento. Viejos problemas no resueltos y nuevos problemas no tratados”. *DA, Nueva Época*, (nº 2), <https://doi.org/10.24965>, recuperado 5-02-2018. En este sentido el autor realiza una crítica en materia de recursos que calificó de “decepcionante” por su inmovilismo sin otra razón que mantener el “statu quo” que solo beneficia a la Administración, (p. 3).

⁹³¹ Rodríguez-Arana Muñoz, J., (2016). *Derecho Administrativo y Derechos Sociales...*, op. cit., pp. 226 y 229-231. Del mismo autor, (2009). *Aproximación al derecho...*, op. cit., p. 252. Esteve Pardo, J., (2015). *Estado garante. Idea y realidad*. Madrid: INAP, pp. 77-91. Embid Irujo, A., (2012). *La constitucionalización...*, op. cit., pp. 151.

⁹³² Cano Campos T., (2017). “La vuelta del “Administrado”...”, op. cit., p. 924.

⁹³³ De Lucas Martín, J., (2016). “Déficits y falacias de la democracia liberal...”, op. cit., pp. 17-35. Dentro de estos déficits y falacias que señala el profesor De Lucas, encontramos como una manifestación de derecho dinámico negativo el Régimen especial de Ceuta y Melilla LO 4/15, “Disposición adicional décima LO 4/00”, rechazo en frontera, las devoluciones en caliente. (Aspectos que serán posteriormente profundizados).

⁹³⁴ Martín-Retortillo Baquer, L., (2004). *La interconexión del ordenamiento jurídico...*, op. cit., pp. 69- ss.

⁹³⁵ Meilán Gil J. L., (2016). *Derecho administrativo...*, op. cit., p. 16. En este sentido STS Sala 3ª Sec. 4ª nº 5706/02 de 26-07-2002, Rec. 902/98 FD 3-c y 4 y la jurisprudencia allí citada, que en esencia señala que no hay zona de exclusión al control judicial de la autotutela administrativa previa y no definitiva de acuerdo con lo dispuesto en la CE a través fundamentalmente de los art. 24.1, 103.1 y 106 CE.

buena administración, administración de policía o limitativa⁹³⁶, de mercado⁹³⁷, acto administrativo, interés general/interés público y legalidad administrativa⁹³⁸, potestad administrativa sancionadora, motivación (motivación reforzada)⁹³⁹, ejecutividad, ejecutoriedad, entre otras. En fin, sobre la base de las exigencias de la CDFUE⁹⁴⁰ y del CEDH –debido proceso/proceso equitativo–, unido a las garantías y promoción de los derechos humanos-fundamentales de los extranjeros.

⁹³⁶ Barnés Vázquez, J., (2017). “Un Marco para el Método del Análisis Comparado...”, op. cit., p. 52. Macera Tiragallo, B. F., (2017). “El “burkini” en la jurisprudencia del “Conseil D’ Etat”: sobre los límites de la Policía Administrativa”, en J. C. Laguna de Paz, I. Sanz Rubiales & I. M. De Los Mozos y Touya. (Coords.). *Derecho Administrativo e Integración Europea. Estudios en homenaje al Profesor José Luis Martínez López-Muñiz*. (Vol. I, *El ser de la Administración Pública*, pp. 279-286). Madrid: Reus. Sobre el antiguo concepto de administración de policía: Jordana de Pozas, L., (1951). “El problema de los Fines de la Actividad Administrativa”. *Revista Administración Pública*. (nº 54), pp. 11-28. Garrido Falla, F., (1953). “Las transformaciones del concepto jurídico de policía administrativa”. *Revista Administración Pública*. (nº 11), pp. 11-32, (delimita el concepto en pp. 16-17). Rodríguez-Arana Muñoz, J., Sendín Miguel Á., (2009). *Derecho Administrativo Español. Acto administrativo, Procedimiento administrativo y Revisión de la Actuación Administrativa*. (T. II, pp. 40-48). La Coruña: Netbiblo. S.L

⁹³⁷ De Lucas Martín, J., (2016). “Déficits y falacias de la democracia liberal...”, op. cit. pp. 17-35.

⁹³⁸ Rodríguez-Arana Muñoz, J., (2019). “El interés general y el Derecho Administrativo”. *Revista Federal de Derecho* nº 4, recuperado 26-07-2019.

⁹³⁹ Navarro González R., (2017). “La motivación de los actos administrativos en el ordenamiento jurídico español”. *Revista de Derecho Público Italiano Comparado Europeo*. (nº 14), pp. 1-30. Meilán Gil, J. L., & García Pérez, M., (2018). *Norma y Actos...*, op. cit., p. 252 y ss. Desdentado Daroca, E., (2009). “La motivación de los actos administrativos y su control. Reflexiones críticas sobre las últimas orientaciones”. *RVAP*. (nº 84), pp. 85-133. Igartua Salaverría, J., (1998). *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*. Madrid: Cuadernos Cívitas, p. 77. La amplia jurisprudencia sobre la motivación: SSTC Sala 1ª, nº 22/18, de 5-05-2018, (ratifica la nº 183/11, Sala 1ª de 21-11-2011, BOE nº 306 de 21-12-2011, FJ 5); Sala 2ª, nº 131/16, de 18-07-2016, FJ 5-6; Sala 2ª, nº 145/11, de 26-09-2011, BOE nº 258, de 26-10-2011, FJ 4-5 (y la jurisprudencia allí citada); Sala 1ª nº 140/09, de 15-06-2009, FJ 3; Sala 1ª nº 224/03, 15-12-2003 BOE nº 17 de 20-01-2004; Sala 2ª, nº 108/01, de 23-04-2001, BOE nº 128 de 29 -05-2001; Sala 1ª, nº 221/01, de 31-10-2001, BOE nº 287 de 30-11-2001, FJ 6; Pleno, nº, 24/90, de 15-02-1990, BOE nº 53 de 02-03-1990, entre otras muchas. STS Sala 3ª 29-09-2014 Rec.4045/11 FJ 3; STS Sala 3ª, de 10-07-2014, Rec. 3288/11, FD 2º. STS Sala 3ª 10-07-2014 Rec.3288/11 FJ 2; STS Sala 3ª 26-03-2014 Rec. 9/13 FJ 8; STS 28-03-2014, Rec.3869/11, STS 23-05-2013, Rec.3439/10. STS Sala 3ª 31-10-2012 Rec. 5924/09 FJ 3; STS Sala 3ª 29-05-2012 Rec. 4195/10 FJ 3. Todas en su conjunto definen el alcance de la motivación, como consecuencia de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, que se garantiza en el art. 9.3 CE y su enlace con el derecho a la buena administración, según el art. 41 CEDF. Como botón de muestra de la relación motivación medidas provisionales y audiencia SSTC Sala 3ª. Sec. 5ª, de 20-03-2012, Rec. 1501/08; Sala 3ª, Sec. 5ª, de 15-07-2008, Rec.5357/04.

⁹⁴⁰ Martín-Retortillo Baquer, L., (1998). *La Europa de los derechos humanos*. Madrid: CEPC, pp. 16 y ss., 31, 52, 67 y ss., 98, 117 y ss., 177 y ss., 245 y ss. Ya desde esas tempranas fechas el autor realiza una disertación sobre la evolución de los derechos fundamentales en Europa y su interrelación con un Derecho Administrativo Constitucional. Destacando los principios y derechos fundamentales que deben caracterizar las democracias Europeas y su relación con el Derecho Administrativo, el protagonismo de la Administración Pública para la efectividad de los derechos fundamentales. Dichos razonamientos fueron posteriormente ratificados por el mismo autor en el año, (2000). *Méritos o botín y otros retos jurídicos de la democracia*. (1ª Ed.). Madrid: Aranzadi, pp. 133 y ss. En el año (2003) realiza un resumen concentrado sobre el mismo tema, por motivo del 25 Aniversario de la Constitución, en su artículo “Los derechos fundamentales y la constitución a los 25 años”, *Revista Foro Nueva Época*, pp. 33-58. Más recientemente, (2009). “Los Derechos Fundamentales y la Constitución y otros estudios sobre derechos humanos”. Zaragoza: El Justicia de Aragón; (2011). “De los derechos humanos al Derecho a una Buena Administración”, en C. M. Ávila Rodríguez, *El derecho a una buena administración y la ética pública*. (43-54). Valencia: Tirant lo Blanch.

Visto así, se requiere la conveniencia de volver la vista, de tanto en tanto, hacia esas categorías centrales a fin de remozarlas, fortalecerlas, atemperarlas a las nuevas realidades⁹⁴¹. En nuestro caso, la mirada la centraremos en el derecho a una buena administración, interés general, acto originario, ejecutoriedad. Dichas categorías administrativas ya no pueden entenderse como categorías absolutas para la Administración, sino que también tienen sus límites y nuevas interpretaciones. Han de ser vistos como la tutela Administrativa efectiva y eficaz (antesala de la tutela judicial efectiva y eficaz).

Un adecuado análisis sobre las medidas cautelares en la materia de extranjería requiere obligatoriamente un esbozo previo de la actual LPACAP⁹⁴² y de la derogada Ley 30/92⁹⁴³, por dos razones fundamentales: i) por su aplicación supletoria a la LO 4/00 y en su ROLEX, así como en los procedimientos del RD 240/07; ii) la visión y el enfoque sobre las medidas cautelares y las suspensiones en sentido general ha sufrido un cambio sustantivo atendiendo a las modificaciones introducidas (sin entrar en un análisis crítico sobre la modificación en general del procedimiento común, el cual tiene sus defensores y detractores⁹⁴⁴).

La aproximación teórica general expuesta en la primera parte se ha realizado sobre la base del Derecho Administrativo constitucional⁹⁴⁵, el cual ha permitido, (p. ej.), que aquellas normas que ha marcado al Derecho Administrativo de extranjería de una dinámica negativa –Régimen especial de Cueta Melilla- el TC haya amparado su constitucionalidad (STC Pleno nº172/20), sobre la base de que la norma señala que se aplicaran aquellos instrumentos jurídicos del DIDH protectores de dichos derechos, (sin entrar a analizar, como refiere el TC la deficiente técnica legislativa empelada, cuestión que si realiza el voto particular obrante en la sentencia). En este sentido, lo dicho puede en este punto concreto de análisis tener dos lecturas: i) que el Derecho Administrativo constitucional

⁹⁴¹ Belando Garín, B., (2008). “Los actos administrativos retroactivos por naturaleza. *REDA*, (nº 137), pp. 81-99.

⁹⁴² Gallardo Castillo, M. J., (2016). *Los procedimientos administrativos en la Ley 39/2015: análisis y valoración de la reforma*. Madrid: Tecnos, pp. 60 y ss. En similares términos se pronunció el autor en propio año (2016). “El nuevo marco normativo del procedimiento administrativo común: el paradigma de una reforma endeble”. *Cuadernos de derecho local*, (nº 42), p. 12-39. Fernández Farreres, G., (2016). “El procedimiento administrativo común en la nueva Ley 39/2015, de 1 de octubre: novedades y algunas cuestiones problemáticas”. *Cuadernos de Derecho Local*, (nº 41), pp. 14-49. Navajas Rebollar, M., (2016). “Las novedades en la regulación del procedimiento administrativo común en la Ley 39/2015”, *Revista El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, (nº 63), pp. 50-60.

⁹⁴³ De La Serna Bilbao, M. N., (1999). “Las medidas cautelares”. *DA*, (nº 254-255). INAP. Dedicado a: La Reforma del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, pp. 179-196.

⁹⁴⁴ Martín Rebollo, L., (2015). “La nueva Ley de Procedimiento Administrativo Común”. *REDA*, (nº 174), pp. 15-22. Santamaría Pastor, J. A., (2015). “Los Proyectos de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y de Régimen Jurídico del Sector Público: Una Primera Evaluación”. *DA, Nueva Época*, (nº 2), <https://doi.org/10.24965/da.v0i2.10258>, recuperado 17-09-2019. Baño León, J. M., (2015) “La reforma del procedimiento. Viejos problemas...”, op.cit.

⁹⁴⁵ Se ha de recordar que para ello se partió de los derechos y principios enunciados, no de un derecho inevitablemente estipulativo, con delimitaciones de espacios o conceptos, de etiquetas, de estereotipos, estigmatizados e inamovibles, sino precisamente sobre la base de ese derecho dinámico en sentido positivo, un derecho integrador del ordenamiento jurídico que acontece y no un derecho dinámico en sentido negativo, en cuanto a limitaciones de derechos, procedimientos y garantías, como los retornos en frontera o devoluciones en caliente, amparadas LO 4/15 (Régimen Especial Cueta y Melilla)

nos permite poder superar cualquiera de las limitaciones interpretativas de las categorías enunciadas en párrafos anteriores; ii) que a pesar de lo señalado por el TC, coincido con el voto particular de la citada sentencia que la falta de un procedimiento administrativo para poder articular todos los derechos humanos sustantivos en esa especie de remisión en blanco que realiza el legislador a la normativa internacional, traerá serias controversias interpretativas en los tribunales ordinarios. Al amparar la citada sentencia y permitir una aplicación directa de dichos derechos y garantías de las normas internacionales amplia así de forma implícita los grados del art. 24 CE, por lo que se harán de aplicar los mismos a través de los procedimientos actuales, - en el procedimiento administrativo a través del recurso del art. 117 LPACAP y del art. 90.3 y 56 de la misma y del art. 129 en relación con el art. 135.2, ambos LJCA-. Aspectos sobre los que se profundizará más adelante en cuanto a los primeros y en la tercera parte respecto al segundo.

Como se señaló al inicio de estas consideraciones previas el propósito de esta parte del trabajo, no es otro, que intentar un trazado, que nos permita realizar toda una imbricación, entre todos los aspectos definidos en la parte anterior (teórica), con el desarrollo práctico de la institución en estudio, para luego ver su comportamiento en la vía jurisdiccional. Es decir, la relación axiológica, derechos humanos/fundamentales, buena administración, acto administrativo, interés general, potestad administrativa sancionadora, motivación, ejecutividad, ejecutoriedad o ejecución forzosa y medidas cautelares administrativas aplicadas al Derecho de Extranjería⁹⁴⁶.

Para dicha formulación se ha de tener en cuenta, entre otros aspectos, el Código de normas modelo de procedimiento administrativo de la UE (ReNEUAL)⁹⁴⁷ y la Resolución del PE, de 15-01-2013, recomendaciones destinadas a la Comisión sobre una Ley de Procedimiento Administrativo de la Unión Europea (RLPAUE)⁹⁴⁸, las cuales muestran la

⁹⁴⁶ La regla general del procedimiento administrativo vigente tiene plena relación de correspondencia y coexistencia con numerosas reglas especiales de procedimientos aplicables a la realización de cada tipo de actividad administrativa "*ratione materiae*". SSTC Pleno, nº 72/03, de 10-04-2003, BOE nº 114 de 13-05-2003, FJ 4; Pleno, nº 141/14, de 11-09-2014, BOE nº 243 de 07-10-2014, FJ 5; Pleno, nº 50/99, de 6-04-1999, BOE nº 100 de 27-04-1999, FJ 3; Sala 2ª, nº 162/85, de 29-11-1985, BOE nº 301 de 17-12-1985, todas reflejan el entendimiento material de la noción de procedimiento administrativo común como deber de la administración y garantía de los ciudadanos. STS Sala 3ª de 19-07-2018, Rec. nº 3662/17, FD 3-4 sobre iniciación y ordenación del procedimiento administrativo, supone una sucesión de actos, sin una diferencia clara, con criterios antiformalista.

⁹⁴⁷ Mir Puigpelat, O., (2018). "El procedimiento administrativo de la Unión Europea y el debate sobre su codificación", en L. Parejo Alfonso & M. Vaquer Caballería, (Dirs) *Estudios sobre el Procedimiento Administrativo I Derecho comparado*, (pp. 231-254). Valencia: Tirant lo Blanch. Con anterioridad del mismo autor Mir Puigpelat, O., Schneider, J. P., Hofmann Herwig C. H., & Ziller J., (2015). *Código ReNUAL de procedimiento administrativo de la Unión Europea*. Madrid: INAP, pp. 67-69, 73, 114, 127,139-207

⁹⁴⁸ DO C 440 de 30-12-2015. (2012/2024(INL)). En lo que aquí nos interesa Recomendación 3 del Anexo I, recoge principios, entre los que se incluyen el de legalidad, no discriminación e igualdad de trato, proporcionalidad, imparcialidad, coherencia y expectativas legítimas, respeto a la intimidad, equidad, transparencia y eficacia y servicio. La Recomendación 4 (relativa a las normas por las que se rigen las decisiones administrativas) contiene indicaciones sobre: el inicio del procedimiento administrativo, el acuse de recibo, la imparcialidad de las decisiones administrativas, el derecho a ser oído, el derecho de acceso al propio expediente, los plazos, la forma de las decisiones administrativas, el deber de motivación, la notificación de las decisiones administrativas y la indicación de los recursos disponibles.

regulación en materia de procedimientos administrativos adaptada a la compleja realidad⁹⁴⁹ de la ejecución conjunta del DUE por los órganos de la Unión y los EM.

Para ello se hace necesario cumplir la metodología propuesta y de acuerdo con ello, debemos realizar un estudio previo de determinados conceptos básicos fundamentales del Derecho Administrativo. Ello me permitirá realizar una glosa sobre conceptos que ya hemos mencionado (tales como, buena administración, interés general, el acto administrativo, entre otros), que harán construir y definir desde una concepción moderna los mismos, aplicándolos al Derecho de Extranjería, para después conformados dichos conceptos interrelacionarlos con las medidas cautelares en el procedimiento administrativo.

La interpretación de una inmigración regular no debe permitir que se den situaciones de inseguridad jurídica, e incluso del ejercicio de una autotutela muchas veces desorbitada, en segunda potencia o reduplicativa⁹⁵⁰, que no deben responder a la inestabilidad institucional⁹⁵¹. Se ha de superar la concepción de que la pérdida de poder de la Administración no tiene por qué suponer una apropiación de competencias públicas por la sociedad⁹⁵² y mucho menos por los extranjeros, sino el reconocimiento del protagonismo de la sociedad y del papel de los extranjeros en la misma de acuerdo con las estadísticas expresadas anteriormente que implica un cambio en la manera de ejercer⁹⁵³ la Administración pública su función, incluso de su propio control.

Una vez establecido el contorno jurídico de la institución de las medidas cautelares o provisionales en el procedimiento administrativo de extranjería, las categorías y conceptos jurídicos que la enmarcan, se procede a desarrollar los mismos atendiendo a sus características y presupuestos que ayudan a entender el sistema de medidas cautelares reguladas en el art. 61 O 4/00.

1.2.- La buena administración como derecho fundamental.

⁹⁴⁹ Cosculluela Montaner, L. (2017). “Influencia del Derecho de la Unión Europea en el Procedimiento Administrativo español”, en J. C. Laguna de Paz, Í. Sanz Rubiales, & I. M. De los Mozos y Touya. (Coords.). *Derecho Administrativo e Integración Europea. Estudios en homenaje al profesor José Luis Martínez López-Muñiz*. (Vol. II *El actuar de las Administración Pública y garantías de su efectiva legalidad*, pp. 938). Madrid: Reus. Señala el autor los inconvenientes jurídicos y políticos para poder lograr la armonización de los procedimientos administrativos, señalando el art. 291.1 TFUE, así como los principios de defensa de la autonomía administrativa de los EM, y el principio de subsidiariedad, art. 4.1 y 5.1 TUE, así como el art 5.1 CDFUE. García de Enterría Martínez-Carande, E., (2009). “La formación, el desarrollo y la transformación radical en Europa de la Jurisdicción contencioso-administrativa”. *RAAP*, (nº 73), pp. 11-25.

⁹⁵⁰ Vid. nota 741. Como se refirió allí la autotutela reduplicativa de las administraciones en la presente especialidad no reconsideren sus actos, bien por su propia iniciativa -revisión de oficio-, bien a instancia de parte interesada a través de recursos administrativos (ya sean de alzada o de reposición). Dicho en otras palabras, son pocos para no decir que casi ninguno los recursos que de oficio promueve la Administración de extranjería. Igual suerte corren los recursos de los interesados, generalmente todos son desestimados. Esto incide inevitablemente en el aumento de la litigiosidad en la jurisdicción contencioso-administrativa. A su vez incide en los mecanismos de coacción para la ejecutividad del acto.

⁹⁵¹ Evidentemente en toda esta reflexión anteriormente expuesta no hacemos mención por no ser objeto de nuestro trabajo la inestabilidad institucional y la provisionalidad sistémica del gobierno, pero no se puede dejar de mencionar y dejar pasar por alto, que ello sin lugar a duda es también un punto de inflexión en la aplicación de este Derecho Administrativo constitucional y la práctica de una buena administración.

⁹⁵² Esteve Pardo, J., (2013). *La nueva relación entre Estado y Sociedad...*, op. cit., pp. 144-150.

⁹⁵³ Rodríguez-Arana Muñoz, J., (2013). *La dimensión ética de la función pública*. Madrid: INAP.

1.2-1- Consideraciones Previas.

Como se ha señalado el derecho a una buena administración como derecho fundamental alcanza dicha categoría con el art. 41 CDFUE, el cual hay que verlo en relación en nuestro derecho interno con el art. 103. CE y con la LO 1/08⁹⁵⁴. Este derecho se interrelaciona con el resto de los derechos humanos y derechos fundamentales⁹⁵⁵ al garantizarse a través del mismo que la Administración cumpla sus obligaciones en el procedimiento, el debido proceso/proceso equitativo. Igualmente se ha señalado que se abordaría este derecho desde una concepción más práctica y cercana a las medidas cautelares en el procedimiento administrativo y en específico en el procedimiento en materia de extranjería. El derecho a una buena administración ha de ser interpretado y aplicado como el debido proceso una garantía de protección a los derechos e intereses afectados en el procedimiento, siendo no sólo una exigencia puramente formal para la producción de los actos, sino que debe ser real tanto en la ley como en la práctica⁹⁵⁶.

Se hizo referencia con anterioridad al proyecto de Código de procedimiento administrativo de la UE (ReNEUAL), el mismo tiene su basamento garantista precisamente sobre el derecho fundamental a una buena administración, como fundamento material del derecho de eficacia, del tratamiento imparcial, equitativo, del derecho de audiencia o ser oído, derecho de acceso al expediente, entre otros⁹⁵⁷, así como deber de diligencia e imparcialidad de la Administración, extraído de la jurisprudencia del TJUE, con una visión del procedimiento que supere su tradicional concepción prevalentemente defensivo-garantista, para enfatizar también en la importancia de la toma de decisiones administrativas (en sentido amplio) de calidad, que no sólo respeten los derechos de los ciudadanos afectados, sino que satisfagan del mejor modo posible los intereses públicos implicados su concepción funcional sustantiva del procedimiento, heredada también de la jurisprudencia y el DUE⁹⁵⁸.

Atendiendo a lo que se viene sosteniendo en este trabajo, el derecho fundamental a la buena administración se encuentra incorporado a nuestro derecho interno a través de la LO 1/08, por ende, tendrá consecuencias jurídico-procesales-sustantivas como derecho subjetivo en relación con el art. 24 CE. de acuerdo con lo señalado en art. 53.2 CE,

⁹⁵⁴ Meilán Gil, J. L., (2013) “La buena Administración como institución jurídica”. *RAAP*, (nº 87), pp. 13-50. Carrillo Donaire, J. A., (2010). “Buena administración, ¿un principio, un mandato o un derecho subjetivo?”, en J. A. Santamaría Pastor. (Dir.). *Los principios jurídicos del derecho administrativo*. pp. 1137-1165. Madrid: La Ley. Tomás Mallén, S. B., (2004). *El Derecho Fundamental a una Buena...*, op. cit., pp. 227-231.

⁹⁵⁵ Barnés Vázquez J., (2019). “Buena administración...”, op. cit. pp. 77-123. Rodríguez-Arana Muñoz, J., (2017). “El Derecho Fundamental de la persona a la Buena...”, op. cit., pp. 350-354. Martín-Retortillo Baquer, L., (2011) “De los derechos humanos al Derecho a una Buena Administración...”, op. cit., pp. 43-54. No obstante, existen otras opiniones discordantes, entre ellas, Pegoraro, L., (2011). “¿Existe el derecho a la buena administración? (Algunas consideraciones sobre el abuso de la palabra derecho)”, en C. M. Ávila Rodríguez & F. Gutiérrez Rodríguez, (Coords.). *El derecho a una buena administración y la ética pública*. (pp. 17-42). Valencia: Tirant lo Blanch. Souvirón Morenilla, J. M., (2011). “Sentido y Alcance de Derecho a una Buena Administración”, en la misma obra anteriormente citada, pp. 225-238.

⁹⁵⁶ Ruiz-Rico Ruiz, G., (2011). “El Derecho a una Buena Administración. Dimensión Constitucional y Estatutaria”, en C. M. Ávila Rodríguez, & F. Gutiérrez Rodríguez. (Coords.). *El derecho a una buena administración y la ética pública*, (pp. 55-77). Valencia: Tirant lo Blanch.

⁹⁵⁷ Fuentetaja Pastor, J. Á., (2014). “Del “derecho a la buena administración...”, op. cit., pp. 19-43.

⁹⁵⁸ Mir Puigpelat, O., Schneider, J. P., Hofmann Herwig C. H., & Ziller J., (2015). *Código ReNUAL de procedimiento administrativo de la Unión Europea*. Madrid: INAP, pp. 67-69, 73, 114, 127,148,167, 191.

cualquier ciudadano, incluido los extranjeros -con independencia de su situación administrativa atendiendo al tipo de derecho-; tendrían derecho a esta buena administración, clasificándose dentro del grupo primero de las categorías *iuspositivista* de los derechos fundamentales respecto a los extranjeros. Por lo que se podrá recabar la tutela ante los Tribunales ordinarios por el procedimiento que se esté ventilando al efecto y, en su caso, también podrá tenerse en cuenta el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona y llegado el momento pudiese valorarse a través del recurso de amparo ante el TC. Esto ratificado de forma indirecta a través de la STC Pleno nº 172/20.

La buena administración, o una administración moderna garantista en lo que aquí nos interesa, sería aquella en que su actuación administrativa en un procedimiento administrativo de extranjería sea cumplidora del debido proceso/proceso equitativo, garantizando el cumplimiento de este, así como de los derechos de DIDH, en cumplimiento de la tutela administrativa efectiva, eficaz antesala de una tutela judicial efectiva.

1.2-2- Su configuración y naturaleza jurídica en el Derecho de Extranjería como elemento conformador de los presupuestos de las medidas cautelares.

Definido lo anterior y realizada la aproximación teórica de las medidas cautelares en el derecho de extranjería, se ratifica el criterio de que se debería realizar una verificación *prima facie*, en este caso, por la propia Administración, ya sea de oficio o cuando la solicitud es instancia de parte, al momento de adoptar una medida provisional o cautelar. En esa verificación deberá determinar si existe o ha existido un buen o mal derecho en su actuar, referido a su actuación administrativa en cuanto al acto administrativo, procedimientos, consecuencias, daños irreversibles, precisando así, un buen o mal derecho, un buen o mal *fumus*, la existencia de antinomias o dogmas, vía de hecho y criterios que afectan en sentido general a las garantías del procedimiento y a la adopción más adecuada de la medida provisional o cautelar⁹⁵⁹.

Lo anterior significaría, ante todo, garantía en los procedimientos, promoviendo condiciones de igualdad, imparcialidad en lo que le corresponde⁹⁶⁰ equitativa, motivación, resolución expresa (supresión de inactividad administrativa⁹⁶¹, del silencio

⁹⁵⁹ Rodríguez-Arana Muñoz, J., (2011). “El Derecho Fundamental a la Buena Administración de Instituciones Públicas y el Derecho Administrativo, en C. M. Ávila Rodríguez, F. Gutiérrez Rodríguez, (Coord.). *El derecho a una buena administración y la ética pública*, (p. 77 y ss.). Valencia: Tirant lo Blanch.

⁹⁶⁰ STC, Sala 2ª, nº 14/99, de 22-02-1999, BOE nº 65 de 17-03-1999, FJ 3-4. Examen de la imparcialidad en el contexto de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE en un procedimiento administrativo sancionador. Señala el TC que no se puede aplicar la misma imparcialidad que se utiliza respecto a los órganos jurisdiccionales que a los administrativos, dicha traslación de garantías del campo procesal al administrativo debe entenderse matizada. En lo que concierne a la imparcialidad de los órganos administrativos, no cabe una comprensión absolutamente idéntica respecto de la imparcialidad de los órganos judiciales, dado que mientras de éstos se predica la absoluta independencia, de aquéllos se predica una relativa independencia equivalente a objetividad. Ya anteriormente el propio TC se había pronunciado en la STC, Sala 2ª, nº 231/98, de 1-12-1998, BOE nº 312 de 30-12-1998, por derecho a un trato imparcial por referencia a la separación entre fase instructora y fase decisoria de un procedimiento administrativo sancionador.

⁹⁶¹ STC, Pleno, nº 32/99 de 08-03-2019, BOE nº 89 de 04-04-1999, pone luz a una cuestión nada despreciable desde la perspectiva de la buena administración, a saber: “*que la vulneración del plazo razonable se produce no sólo cuando media inactividad administrativa, sino incluso cuando la Administración lleva a cabo trámites improcedentes que alargan excesivamente el procedimiento*”; (p. ej.),

administrativo⁹⁶²) y en plazo (principio celeridad)⁹⁶³ –arts. 21-25 y 29 LPACAP-, audiencia, o derecho a ser oído⁹⁶⁴ “*audi alteram partem*”-art. 82 LPACAP, en relación con el art. 105.c CE- y arts. 47 y 48 CDFUE.

Dentro de esta configuración y naturaleza jurídica del derecho a la buena administración en el Derecho de Extranjería la misma se convierte en un elemento conformador imprescindible de los presupuestos de las medidas cautelares, ya sea tanto del *periculum in mora*, como del *fumus boni iuris*. Considero hay tres aspectos medulares a tratar que se interrelacionan con esta conformación. Ellos son: i) la panoplia de actos administrativos; ii) las potestades discrecionales de la administración y iii) la ejecutividad/suspensión, medidas cautelares.

1.2-2-a)-La naturaleza jurídica de los actos.

En cuanto a la panoplia de actos administrativos⁹⁶⁵ se han de tener en cuenta los actos reglados, ya sean provenientes del DUE o los generados por el legislador interno de

requiriendo al ciudadano documentos o datos que ya obran en las oficinas administrativas, como el propio DNI para las solicitudes de TFCUE, o informes de la Agencia Tributaria o de la Seguridad Social, entre otros tantos. En similares términos se ha pronunciado la STEDH, Sala de 10-07-1984 asunto Guincho c. Portugal, apdo. 36, 44, interpretación del art. 6 CEDH, ha declarado explícitamente que dicho precepto convencional protege, asimismo, frente a una actuación administrativa que se demore en exceso.

⁹⁶² Palomar Olmeda A., (2020). “El procedimiento especial en materia de derechos de los extranjeros en España”, en L. Parejo Alfonso & M. Vaquer Caballería, (Dir.). *Estudios sobre el procedimiento administrativo II Tipos de procedimientos*, (pp. 467-497). Valencia: Tirant lo Blanch, refiriéndose al silencio administrativo describe el autor las formas de silencio en la regulación de la normativa de extranjería, (pp. 472-473). Arzo Santisteban, X., (2019). *El silencio administrativo...*, op. cit., pp. 52-56, 74-80, 213-280, 432-449. En este sentido STC, Pleno, nº 52/14, de 10-04-2014, BOE nº 111, de 7-05-2014, la cual ha esclarecido y afinado la doctrina que para los casos del silencio negativo. No hay plazo para recurrir -ex art. 115.1 y 117.1 Ley 30/92- en relación con el art. 46 de la LJCA.

⁹⁶³ Vid. nota 386. La celeridad como uno de los principios integradores del art. 24.2 CE, por tanto con la efectividad y a su vez con el presupuesto del *periculum in mora*. Como se ha expuesto en la primera parte este último no guarda relación con el principio constitucional del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, art. 24.2 CE, sino que responde a eventualidades que pueden afectar al derecho material discutido en la *litis* y que previsiblemente convierta en ilusoria una posible resolución estimatoria del pleito.

⁹⁶⁴ Soler García, C., (2019). *Los límites a la expulsión de extranjeros...* op. cit., pp. 457-464. Robles Morchón, G., (1988). *Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea*. Madrid: Ceura, p. 88. Destaca Robles Morchón desde fechas tan tempranas como la señalada que la jurisprudencia comunitaria da una gran importancia al derecho a ser oído, significando al efecto que el citado derecho es uno de los derechos fundamentales de carácter procesal que han de cumplir un Estado de Derecho y en los EM. En este sentido traído a la actualidad se ha de recordar el ya citado art. 41.2 CDFUE. En este sentido SSTJUE, Sala 2ª, asunto M.G. y N.R., C-383/13 apdo. 36 al 44; Sala 5ª Boudjlida, C-249/13; Sala 5ª asunto Mukarubega, C-166/13, apdo. 42-62, reflejan el carácter restrictivo que se le da a este derecho en relación con el art. 5 y 6 Directiva 2008/115/CE.

⁹⁶⁵ Concretamente sobre el acto administrativo en la materia de extranjería, como se ha expuesto existe una multiplicidad de los mismos, debiendo destacar tres grandes grupos, sin que ello sea una clasificación cerrada: i) los sancionadores; ii) otro grupo que lo pudiésemos denominar constitutivos/declarativos cuyo contenido es regular régimen jurídico de las diferentes situaciones administrativas de los extranjeros, dirigidos fundamentalmente a la regularidad administrativa y iii) aquellos otros que no tiene carácter sancionador pero si un alto contenido de gravamen para los interesados (comprendería las extinciones, prohibición entrada, devoluciones, retornos coactivos o coacción material administrativa directa en frontera, repatriaciones menores, donde el contenido esencial de los mismos es coactivo, respondiendo a la lucha contra la inmigración ilegal y mejora de los mecanismos para evitar esa inmigración ilegal, eliminar las situaciones de estancia irregular). SSTC, Sala 2ª, nº 14/17, FJ 5 y 6; Sala 2ª, nº 201/16, FJ 3; Sala, 2ª, nº 131/16, FJ 5-6; Sala 1ª, 46/14. Todas abordan la necesidad de la motivación, tanto para resoluciones administrativas y judiciales que no ponderan las circunstancias personales y familiares del demandante. Tal

acuerdo su margen de maniobra o aquellos actos que no están totalmente reglados, discrecionales, siendo mayor ese margen de apreciación y maniobra. También encontramos aquellos actos propios compuestos complejos, conexos o complejos impropios (p. ej.), art. 57.4 LO 4/00, párrafo primero, la expulsión conllevará, en todo caso, la extinción de cualquier autorización para permanecer legalmente, así como el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar), que responden a conceptos jurídicos indeterminados, o aquellos actos de contenido negativo puro, o aquellos actos negativos en apariencia, no verdaderamente puros. Esta multiplicidad de actos se puede materializar en un solo expediente administrativo, lo que genera en la propia Administración, como en los operadores jurídicos y órganos jurisdiccionales confusión (como pueden ser los expedientes incoados por procedimientos sancionadores que generan de oficio la extinción de las autorizaciones de residencia o cualquier trámite de regulación que se encuentre en trámite).

De acuerdo con las circunstancias del interesado y al tipo de acto administrativo sus resultados pueden generar posiciones diferentes con resultados evidentemente diferentes. Tanto, los actos constitutivos/declarativos, como los de un alto contenido de gravamen generan indistintamente un gravamen a los interesados que pueden afectar directamente su dignidad o desarrollo de la personalidad.

A su vez dentro de los actos sancionadores y constitutivos/declarativos encontramos los denominados actos de contenido negativo puro -no realizan ningún cambio en el *status* anterior del extranjero-, aunque pueda incorporar actos que, si cambian dicho *status*, actos positivos (p. ej.), salida obligatoria art. 28 LO 4/00). En igual sentido existen actos de contenido negativo puro en apariencia, no verdaderamente puros que se presentan en los procedimientos de extinción que provocan en los interesados cambios en sus situaciones preexistentes, atendiendo a circunstancias sobrevenidas (antecedentes penales, no pago de Seguridad Social, entre otros). Estas circunstancias sobrevenidas hacen cambiar el *status* jurídico administrativo de regularidad administrativa a irregularidad administrativa sobrevenida. Estos últimos -los actos de contenido negativo puro en apariencia, no verdaderamente puros en procedimientos de extinción- limitan, restringen el ejercicio de otros derechos, como los de contenido laboral, libre circulación, económico, retributivo, finalmente son actos represivos o de castigo para el interesado en su orden económico social, vida privada y familiar que sin ser sancionadores llevan implícito una sanción. Son en definitiva actos de gravamen a los derechos subjetivos del extranjero, que hacen al mismo pasar a ser una especie de *homo sacer*, tener una vida nuda, es quitarle parte de la vida sin sanción.

motivación para aquellos actos sancionadores, como para aquellos que llevan a una situación individualizada de los derechos fundamentales, distinguiendo entre la resolución administrativa sancionadora y las que no tienen carácter sancionador, si bien en determinados tipos de actos las resoluciones administrativas que no tiene carácter sancionador provocan en el administrado tales cambios en su situación que lesionan derechos y restringen derechos fundamentales, pasando a ser irregulares, actos que limitan o restrinjan el ejercicio de otros derechos con un contenido represivo, retributivo o de castigo para el interesado, que es lo que distingue la sanción administrativa de otras resoluciones administrativas no favorables. ATC, Pleno, nº 54/10, de 19-05-2010, BOE nº 192, de 9-08-2010, FJ 4-5, a diferencia de las anteriores, en este supuesto el TC consideró que la salida obligatoria, precepto cuestionado, no implica consecuencia sancionadora, pero requerirá del análisis de las circunstancias. Aunque el trámite administrativo termine, con un acuerdo denegatorio, ello no implica que esa denegación tenga un contenido represivo, retributivo o de castigo para el interesado, que es lo que distingue la sanción administrativa de otras resoluciones administrativas no favorables.

De lo expuesto se constata como categorías jurídicas existentes en actos y procedimientos similares pueden tener características y consecuencias totalmente diferentes. Esto ratifica la importancia de la determinación *prima facie* del acto y procedimiento, distinguiendo entre sanción administrativa, de otras resoluciones administrativas no favorables que sin ser sancionadoras su contenido intrínseco lo es pudiendo generar daños irreversibles.

1.2-2-b)-La naturaleza jurídica de la discrecionalidad/arbitrariedad. Conceptos jurídicos indeterminados.

El segundo punto de la configuración y naturaleza jurídica del derecho a la buena administración en el Derecho de Extranjería son las potestades discrecionales de la administración. Esta segunda cuestión se interrelaciona directamente con los primeros, es decir, como se comporta dichas potestades discrecionales⁹⁶⁶ ante los actos reglados⁹⁶⁷ o propiamente discrecionales o ante los conceptos jurídicos indeterminados, o la interpretación expuesta respecto a los actos de contenido negativo puro o aquellos en apariencia, no verdaderamente puros. Esto a su vez encaja con lo ya expuesto en cuanto al margen de maniobra o apreciación que genera la materia y la transposición al derecho interno del DUE.

En lo que respecta al acto administrativo y la discrecionalidad vista esta última como buena administración, no arbitrariedad⁹⁶⁸, hace necesario detenernos en los conceptos jurídicos indeterminados, debido a la complejidad estos últimos los cuales hacen que en determinados supuestos y situaciones la distinción entre discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados que parece ser certera, en la realidad no lo es, se hace difícil que exista una separación radical⁹⁶⁹ entre uno y otro debido a la formación interpretativa del concepto jurídico indeterminado y la discrecionalidad, unido a la realidad objetiva del supuesto concreto.

Se ha de recordar desde este momento que los conceptos jurídicos indeterminados⁹⁷⁰ constituyen una categoría utilitaria, en la medida en que su principal valor es distinguirse

⁹⁶⁶ Fernández Rodríguez, T.R., (2012). “Sobre los límites constitucionales del poder discrecional”. *Revista Administraciones Públicas*, (nº 187), pp. 141-170.

⁹⁶⁷ STSJA (Sede Málaga), Sala (Contencioso), Sec. 3ª, nº 396/13 de 27-02-2013, Rec. 62/13, FD 3º.

⁹⁶⁸ Laguna de Paz, J. C., (2017). “El control judicial de la discrecionalidad administrativa”, en J. C. Laguna de Paz, I. Sanz Rubiales & I. M. De Los Mozos y Touya. (Coords.). *Derecho Administrativo e Integración Europea. Estudios en homenaje al Profesor José Luis Martínez López-Muñiz*. (Vol. II, *El actuar de las Administración Pública y garantías de su efectiva legalidad* pp. 1478-1480). Madrid: Reus. Ponce Solé, J., (2016). “La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración”. *REDA*, (nº 175), pp. 57-84. Un botón de muestra de esa arbitrariedad sostenida en el tiempo, de posición contumaz y desidia administrativa es lo relativo a los “pantallazos” de antecedentes policiales, en un ejercicio abusivo de las potestades administrativas. STS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 303/20, Rec. 871/19, FD 1 y STJUE, Sala 3ª, de 11-06-2015, asunto Z. Zh, y Sr. O. c. Países Bajos, C-554/13, apdo. 51-54

⁹⁶⁹ STSJA (Sede Granada), Sala (Contencioso), Sec. 1ª, nº 2986/14 de 17-11-2014 Rec. 547/11, FD 2.

⁹⁷⁰ Conceptos jurídicos indeterminados, bien de carácter positivo como es el caso del arraigo social, de la justificación de buena conducta cívica o el suficiente grado de integración en la sociedad española, o bien los de carácter negativo, como es el caso de los motivos de orden público, seguridad pública o interés nacional, seguridad nacional. Por ello cada uno de los mismos precisa de la concreción adecuada a las circunstancias concurrentes en cada caso cuya valoración lleva a una única solución justa, jurisdiccionalmente controlable, que debe adoptarse por la Administración (art. 103 CE), sin que propicien soluciones alternativas propias de la discrecionalidad administrativa. Es decir, resulta excluida la discrecionalidad de la Administración, la inclusión de un concepto jurídico indeterminado en la norma a aplicar no significa, sin más, que se haya otorgado capacidad a la Administración para decidir con libertad

de la discrecionalidad administrativa como categoría de elección entre alternativas, todas ellas válidas, entre diferentes situaciones jurídicas, optar por cualquiera de ellas, una función típicamente administrativa. Sin embargo, en la materia que nos ocupa dicha discrecionalidad se difumina y está muy próxima a los conceptos jurídicos indeterminados (por lo menos en el relativo al estado de incertidumbre que nos provocan, que limita el control judicial⁹⁷¹). Esto unido a realidades disyuntivas nos coloca ante situaciones de diferentes situaciones jurídicas, las cuales genera la confusión antes señalada -discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados-, prevaleciendo en aquellos caso la unidad de solución justa⁹⁷² de los conceptos jurídicos indeterminados, ello sin salirnos de la más pura legalidad.

La LO 4/00 y su ROLEX utilizan juicios de experiencia o de valor (arraigo, ya sea social, laboral o familiar, amenaza real, actual o inminente, entre otros), que en su aplicación, llevan a una unidad de solución justa en cada caso. El tema se agudiza en la definición de esos juicios de experiencias que conducen a una solución válida del caso en cuestión, como (p. ej.), la determinación del arraigo⁹⁷³. Profundizando en esta problemática de la conformación interpretativa del concepto jurídico indeterminado como única solución, se ha de tener en cuenta las sentencias del TS Sala 3ª, Sec. 5ª nº 632/06 y la nº 7514/07 las cuales han definido los elementos que han de conformar el concepto jurídico indeterminado de arraigo. A su vez se expondrá otras tres sentencias de contraste de un TSJ, sobre el mismo concepto, -el arraigo social y su relación con empadronamiento-, luego dos más del TS, en este caso, una revocando una de las sentencias del TSJ y la otra de la Sala de lo Social. Con este análisis comparativo de contraste, patentizo la complejidad no solo entre discrecionalidad y concepto jurídico indeterminado, sino en la propia conformación como solución válida de un concepto jurídico indeterminado repercutiendo esto de una forma u otra en la determinación *prima facie* del actuar de la Administración al momento de adoptar una medida cautelar.

y renunciar a la solución justa del caso, sino que viene obligada a la única decisión correcta a la vista de los hechos acreditados. SSTs, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 303/20, Rec. 871/19, FD 1 y nº 7514/07 de 22-11-2007, Rec. 2469/04.

⁹⁷¹ Cosculluela Montaner, L. (2016). *Manual de Derecho Administrativo...* op. cit., pp. 343-344. Bocanegra Sierra, R. E., & Huergo Lora, A. J., (2001). "Un paso atrás en el control judicial de la discrecionalidad: su confusión con los conceptos jurídicos indeterminados y la dispensa del deber de motivar", *REDA*, (nº 111), pp. 405-428. Realizan los autores un análisis crítico sobre motivación, control judicial y la relación entre discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados concluyendo que la no correcta delimitación e interpretación de los mismo genera la inseguridad jurídica.

⁹⁷² Peces Morate, E. J., (2006). "La tutela judicial de los inmigrantes". Conferencia impartida en Valencia, ICAV, 12-06-2006. Depositada en Biblioteca del ICAV. En este sentido, Peces Morate señaló que de la jurisprudencia consolidada de la Sala 3ª, Sec. 6ª de 8-04-1995, Rec. 7136/91, FJ 2, señala, que "*la simple inclusión de un concepto indeterminado en la norma a aplicar no significa, sin más, que se haya otorgado capacidad a la Administración para decidir con libertad y renunciar a la única solución justa del caso, sino que aquélla ha de adoptar la decisión correcta conforme a los hechos acreditados, y, en consecuencia, no se está, contrariamente a la opinión del Tribunal "a quo" (fundamento jurídico primero de su sentencia), ante una potestad discrecional sino ante el deber de otorgar la dispensa de visado si concurren "razones excepcionales"...*". La inclusión de un concepto jurídico indeterminado en la norma a aplicar no significa, sin más, que se haya otorgado capacidad a la Administración para decidir con libertad y renunciar a la solución justa del caso, sino que aquélla no viene obligada a la única solución correcta según el concepto jurídico indeterminado a la vista de los hechos acreditados, sino que se ha de interpretar el concepto jurídico indeterminado justamente de acuerdo con las circunstancias del caso. Es decir, la unidad de solución justa.

⁹⁷³ SSTs, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 303/20, Rec. 871/19, FD 1 y nº 7514/07 Rec. 2469/04. Con anterioridad STS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 632/06 de 17-02-2006, Rec. 6747/02.

Respecto a las sentencias de los TSJ son: SSTSJCV Sala (Contencioso) Sec. 4ª, nº 115/14 de 13-3-2014, Rec. 207/13 y nº 105/14 de 13-3-2014, Rec. 199/13, las mismas en sus FD 2º, señalan:

“Es el término legal “arraigo” un concepto jurídico indeterminado, a precisar en el momento de la aplicación de la norma, sobre el que se han intentado, con mayor o menor fortuna, diversas definiciones con las que orientar al intérprete jurídico, habiendo además una explicación normativa, la del art. 41.2, del Reglamento de ejecución de la LO 4/2000, aunque limitada a la “situación excepcional de arraigo “. El DRAE, por su lado, recoge como acepciones de arraigo la de “echar o criar raíces” y la de “establecerse de asiento en un lugar, adquiriendo en él bienes, granjerías, parentesco u otras conexiones”. Nuestro Tribunal Supremo ha señalado que los vínculos con el lugar en que se reside, ya sean de tipo económico, social o familiar, son relevantes para apreciar la existencia de arraigo en el territorio (SSTS de 28-12-1998, 4-12-1999 y 20-1-2001). Por lo demás, en otras ocasiones, para resolver cuestiones como la planteada lo más útil es acudir a la doctrina científica clásica sobre los conceptos jurídicos indeterminados, que distingue entre una “zona de certeza” configurada con datos seguros; una “zona intermedia o de incertidumbre” más o menos imprecisa; y una “zona de certeza negativa”, segura por su lado en cuanto a la exclusión del concepto”.

Del mismo Tribunal y Sala, pero en este caso diferente Sección, tenemos otra STSJCV, Sec. 5ª, nº 422/17 de 28-04-2017, Rec. 303/15⁹⁷⁴, la cual venía realizando una interpretación restrictiva sobre los elementos conformadores del arraigo. Téngase en cuenta que el TS revoco dicha sentencia en fecha 27-05-2019⁹⁷⁵, señalando críticamente la línea interpretativa de los diferentes TSJ al respecto, reconociendo, nuestro argumentario anterior, cuando señala que, *“la primera consideración que debemos expresar es la de que el apartado 1 del artículo 130 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, aprobado por Real decreto 557/2011, es un claro ejemplo de una norma oscura que dificulta una respuesta segura a la hora de su aplicación. He ahí la razón de una disparidad de criterios exteriorizada por distintos órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa”.*

La otra sentencia de contraste es, STS Sala 4ª, nº 806/18, de 25-07-2018, Rec. 3335/16, la cual aborda las certificaciones de empadronamiento para acreditar la *“residencia efectiva”* en España, para materia de pretensiones, en su FD, 3º señala la sentencia que dicha Sala se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre el concepto jurídico de *“residencia”*, señalando que, *“pertenece a una familia en la que se encuentra emparentado con los conceptos de “domicilio” y de “estancia”.* Por otra parte, el

⁹⁷⁴ La citada sentencia versa sobre denegación de solicitud de prórroga de autorización de residencia temporal, hijo menor de edad nacionalidad española, la cual ratificaba resolución administrativa Subdelegación del Gobierno en Alicante de fecha 30-10-2013 y SJCA nº 4 de Alicante, nº 70/15 de 19-02-2015 Rec. 218/2014, desestimando el recurso.

⁹⁷⁵ STS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 702/19 de 27-05-2019, Rec. 4461/17. A pesar del carácter crítico del TS al respecto, atendiendo al tema aquí tratado, la citada sentencia tiene varias limitaciones sobre la argumentación de los derechos fundamentales y la relación de estos con la conformación de los elementos a tener en cuenta al definir una solución única en un concepto jurídico indeterminado. Una de ellas, es que a pesar de mencionar y hacer uso del DUE [art. 20.2.a), del TFUE y la jurisprudencia del TJUE, asunto Ruiz Zambrano, C-34/09], no hace uso, ni tan siquiera menciona la CDFUE, como texto vinculante de derechos fundamentales art. 41, así como tampoco menciona la relación de este derecho con los derechos de proteger al menor, (art. 7, 9, 20 y en específico el art. 24 derechos del menor) que se deben articular a través del art. 41 y 47 CDFUE.

sustantivo “residencia” viene acompañado a menudo en las distintas ramas legislativas que lo utilizan de diversos adjetivos: “residencia habitual”, “residencia temporal”, “residencia permanente” o “residencia de larga duración”. Es de notar, además, que la determinación de la residencia en sus diferentes modalidades se puede graduar con cierta elasticidad mediante la aplicación de umbrales o criterios, que no son exactamente los mismos en las distintas ramas o sectores del ordenamiento donde tenga efectividad; no es exactamente igual la residencia a efectos del impuesto de la renta que la residencia a efectos del derecho-deber de empadronamiento en un municipio, o que la residencia a efectos de la legislación de extranjería, o que la residencia a efectos de movilidad geográfica de los trabajadores, o que la residencia a efectos de los derechos de sufragio activo y pasivo. Ahora bien, en todos estos sectores del ordenamiento podemos detectar una nota común en las distintas concreciones del concepto: la residencia implica un asentamiento físico en un mismo lugar y por un tiempo mínimo, superior en cualquier caso a los quince días que dice el RD 625/1985. Aunque no reúna las notas que caracterizan al domicilio, y aunque no sea la “residencia habitual”, la “residencia” simple o residencia sin adjetivos comporta una cierta prolongación temporal; es algo más que una “estancia”. El resultado final de la sentencia es que, da el valor probatorio requerido a las certificaciones de empadronamiento, por entender que acredita la “residencia efectiva”, ya que constituyen medio hábil de acreditar la residencia legal, conforme a los arts. 23 del RD. 357/1991 y art. 16.1 de la Ley 7/1985 antes referidas.

De las siete sentencias citadas se determina la existencia de una relatividad sobre el principio de la unidad de solución justa e incluso sobre el principio de unidad e doctrina. Esto nos remite a retomar y ratificar lo antes expuesto en la primera parte de este trabajo sobre la importancia del diálogo entre tribunales (cuestión prejudicial) y control convencional de las normas del DIDH, el papel del legislador y en su caso, el titular de la potestad reglamentaria, respecto al esclarecimiento de conceptos o actos no claros o conceptos jurídicos indeterminados, así como, la importancia sobre el nuevo Recurso de Casación y el papel del TS como último órgano jurisdiccional interno, ordinario.

1.2-2-c)-La naturaleza jurídica ejecutividad/suspensión, medidas cautelares.

En cuanto al tercer punto de la configuración y naturaleza jurídica del derecho a la buena administración en el Derecho de Extranjería referido a la ejecutividad/suspensión, medidas cautelares de actos administrativos de trámite cualificado⁹⁷⁶, totalmente recurribles e impugnables ha de ser analizado desde dos posiciones en cuanto a los procedimientos llevados a cabo en materia de extranjería: i) desde la concepción como un amplio sistema de poder de policía administrativa/limitativa, actividad material coactiva, o ii) como hemos venido abordando, como una Administración cumplidora de sus funciones del debido proceso/proceso equitativo en correspondencia con el art. 41 CDFUE y art. 6 CEDH, así como con los tratados y convenios de acuerdo con el DIDH, así como de sus propias obligaciones constitucionales (STC Pleno nº 172/20). Esto último en estrecha relación con la clasificación de los actos administrativos antes señalada, ya

⁹⁷⁶ STS Sala 3ª, Sec. 5ª nº 5926/06 de 6-10-2006, Rec. 4465/03. Estima el recurso de casación interpuesto contra ATSM Sala (Contencioso), Sec. 9ª, de 30-01-2003 en el que declara que el recurso contencioso administrativo es inadmisibile por no tener por objeto un acto administrativo impugnabile, (incoación de expediente de expulsión con solicitud de internamiento). La Sala del TS entiende que el acto impugnado inicia un procedimiento sancionador, pero hace algo más, pone una condición para que el juez de instrucción adopte la medida cautelar de internamiento, y esta determinación no es un mero acto que inicia el procedimiento sino una decisión actual de la que depende la interesada.

que como veremos más adelante las medidas cautelares en la materia tratada está dirigidas fundamentalmente a los procedimientos sancionadores, asilo o protección subsidiaria, sin que se haya tratado el resto de las medidas que se puedan aplicar en cualquier otro de los procedimientos mencionados.

Dentro de este análisis del contenido de las garantías del art. 41 CDFUE respecto a nuestro derecho interno cobra singular importancia el nuevo art. 38 y 39 LPACAP, (ejecutividad y efectos de la ejecutividad respectivamente), en relación con art. 21 LO 4/00 (derecho al recurso de los actos y resoluciones administrativas, así como el régimen de ejecutividad de los actos administrativos, el cual es el previsto con carácter general en la legislación vigente, salvo lo dispuesto en esta Ley para la tramitación de expedientes de expulsión con carácter preferente), respecto no sólo a los actos que se generan de las propias autoridades Administrativas intervinientes directamente en la materia, sino incluso de aquellos actos que provienen de otras Administraciones, Inspección de Trabajo, Agencia Tributaria, Administración Penitenciaria, entre otras, (art. 39.5 LPACAP) y la relación de estos actos con los procedimientos de extinción. Cobra aquí el trámite de audiencia o derecho a ser oído una significada importancia, en cuanto a su calificación como omisión invalidante del procedimiento, al no ser estos procesos sancionadores propiamente dichos, pero sí como se ha señalado de una alta carga de gravamen individual. Tal importancia repercute en otros trámites, como acceso al expediente administrativo⁹⁷⁷ inicial de la autoridad remitente o a la exigencia de su requerimiento⁹⁷⁸ a la otra Administración. Situación similar puede suceder en el caso de las expulsiones/condenas penales, para la determinación de otras categorías⁹⁷⁹ como,

⁹⁷⁷ Chaves García, J. R., (2018). *El arte de la guerra...*, op. cit. p. 105, señala que el expediente administrativo es “la pieza central del litigio”. En la presente especialidad no existe una interpretación uniforme sobre este derecho de acceso al expediente, el cual no debe ser solo a los expedientes sancionadores, sino que también debe ser el acceso a todos los expedientes, incluido en los procedimientos de investigación previa (art. 218 ROLEX). Sin embargo, como he señalado no existe una interpretación uniforme al respecto o a cualquier otro expediente que genere un acto de gravamen o afecte a los derechos fundamentales del extranjero, atendiendo a que es una garantía a determinar contra aquellas circunstancias supuestamente no invalidantes. En este sentido STC, Sala 1ª, nº 128/96, de 9-07-1996, BOE nº 194 de 12 - 08-1996 FJ 7-8, interpretación del art 105-b CE en relación con el art. 24 de la misma (acceso al expediente administrativo sancionador a través del derecho a utilizar los medios pertinentes para su defensa). STSJPV, Sala (Contencioso), Sec. 3ª, nº 557/16 de 22-11-2016, Rec. 135/16. “*Las actuaciones previas no son sino las actuaciones policiales de control de identidad y autorizaciones de residencia que, reflejadas en una denuncia dirigida al superior, pueden dar en su caso origen a la incoación o no del expediente y, en el primer caso, al nombramiento de instructor. Todo ello de acuerdo con los arts. 218 y 227 del RD 557/2011*”. STSJM Sala de lo (Contencioso), Sec. 10ª, de 16-02-2016, nº 81/16, Rec. 520/15, en su FD 6 expone “*El art. 218 del Real Decreto 557/2011, acota la finalidad de las actuaciones previas a un objeto preciso y determinado: "para determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen tal iniciación ". Se trata de determinar a través de ellas, por tanto, si procede iniciar o no el procedimiento sancionador, no estando expresamente previstas para precisar mediante qué concreto procedimiento se debe tramitar el expediente*”.

⁹⁷⁸ Córdoba Castroverde, D., (2018). “La jurisprudencia sobre los requerimientos a las Administraciones Públicas. Respuesta de los tribunales”. *RJD* (nº 2). <https://online.elderecho.com>. Recuperado 26-07-2018.

⁹⁷⁹ En este sentido se ha de tener como botón de muestra la diferencia interpretativa de determinadas categorías, como el arraigo, STS Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 1865/19, Rec. 222/19, en ella el alto Tribunal distingue la interpretación del arraigo en cuanto a la jurisdicción penal, art. 89.4 CP y el arraigo administrativo en un expediente procedimiento sancionador de extranjería, art. 57.2 y 57.5.b) LOEX y del art. 12 Directiva 2003/109/CE), RLD, en relación con el art. 77.4 LPACAP, FD 6-10, señalando en esencia que no resultan incompatibles las diferencias interpretativas, a partir de un mismo presupuesto, la existencia de arraigo que resulta ser valorado bajo la protección y persecución de diferentes intereses, por un lado, el del órgano penal

amenaza real, actual, inminencia de riesgo⁹⁸⁰ para el orden público y la seguridad, para extranjeros con residencia normal, o RLD⁹⁸¹ o CUE, (o solicitudes asilo, extradición previa⁹⁸²). Ello en contraste con los informes de Instituciones Penitenciarias (Juntas de Tratamiento), Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, o juzgados de ejecutorias, entre otros, sobre actos de clasificación, revisión de grado, (mantenimiento o regresión de grado), permisos, libertad condicional, beneficios penitenciarios, etc. Siendo dichos actos contrapuestos totalmente contra esa amenaza actual la cual es objetiva.

En ambos tipos de situaciones –las planteadas en el párrafo anterior- teóricamente de acuerdo con el art. 41 CDFUE en relación con el art. 21.2 LO 4/00 procedería en todo caso la adopción de medidas provisionales o dictado la resolución del acto, siendo este impugnado con solicitud de suspensión o solicitud de cualquier otra medida cautelar (mantenimiento del permiso de residencia y autorización para trabajar) hasta que sea dictado la resolución resolviendo el recurso impugnativo, pero la realidad es que esa forma de actuar de la Administración, son hechos aislados. Dicho de otra forma, no hay una interiorización en la Administración interviniente en esta especialidad de cumplimiento de estas garantías de derechos en aras del contenido del derecho a una buena administración.

La acción de impugnación contra el acto administrativo por nulo o anulable (incluidas aquellas irregularidades no invalidantes) o aquellos casos que generen procedimientos de extinción basados en actos o informes de otras administraciones públicas es perfectamente aplicable y viable la solicitud de suspensión de los mismos o de cualquier otra medida cautelar adecuada para garantizar el fin de la resolución administrativa, la cual debe ir dirigida contra el contenido, causa y fin del acto mismo⁹⁸³. Estos y otros,

que persigue determinados fines, quien considera ese arraigo procedente para la no expulsión del extranjero y por otro lado, el de una posterior resolución administrativa de expulsión que a pesar del mismo arraigo no impide la expulsión, ya que los intereses en el procedimiento administrativo sancionador ese arraigo no tiene el mismo papel que el anterior.

⁹⁸⁰ Brandariz García, J. A., & Fernández Bessa, C., (2010). "La construcción de los migrantes como categoría de riesgo: fundamento, funcionalidad y consecuencias para el sistema penal español", en S. Palidda & J. Á. Brandariz (Dir.), A. Iglesias Skulj, J. A. Ramos Vázquez & J. A. Brandariz García. (Coords.). *Criminalización racista de los migrantes en Europa*. (pp. 271-289). Granada: Comares.

⁹⁸¹ Vid. nota 777. STS Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 1125/20, FD 3-4; Sec. 5ª, nº 321/20. Las cuales han modificado la doctrina interpretativa de las sentencias nº 191/19, Rec. 5607/17 y nº 257/19, Rec. 5809/17 que trazaron una doctrina interpretativa restrictiva respecto a los RLD. Al momento de depositar este trabajo están pendientes de solución el Rec. 5237/19, (ATS, Sala 3ª, Sec. 1ª, nº 1189/20, de 12-02-2020), el cual está dirigido a que se interprete el momento de la determinación de la amenaza actual, real, inminente en los RLD, que tengan incoados procedimientos de expulsión del art. 57.2 LO 4/00, en relación con art. 12.3 Directiva 2003/109/CE, RLD, teniendo la condena penal suspendida.

⁹⁸² STS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 78/19, de 29-01-2019, Rec. 4835/17. Denegación de asilo, a una persona cuando se ha autorizado previamente su extradición. Conexión e interrelación de normas jurídicas que están interconectadas, principio de seguridad jurídica, art. 9.3 CE.

⁹⁸³ STS Sala 3ª, Sec. 4ª, nº 1850/03 de 18-03-2003, Rec. 2976/98, FD 3º, la medida cautelar de suspensión no sólo se extiende a la ejecutoriedad del acto administrativo en sentido estricto (impidiendo provisionalmente que pueda ser llevado a efecto mediante una actividad de ejecución), sino al conjunto de sus efectos. Alcanza a los efectos predeterminantes de la resolución definitiva que el acto suspendido pueda producir en otros procedimientos. Estos efectos indirectos del acto administrativo pueden ser tanto o más importante que los derivados directamente de su ejecución, por lo que permite que el acto suspendido judicialmente no pueda producirlos de hacerlo compartiría la frustración del efecto de la medida cautelar acordada y, por ende, de su finalidad de salvaguarda de la eficacia del proceso pendiente sobre su legalidad.

aspecto sobre la suspensión de la ejecución del acto serán tratados detenidamente en los sucesivos capítulos II y III.

Todo lo antes señalado debe estar dirigido a garantizar en su conjunto el respeto del derecho de defensa y del derecho a un proceso equitativo en el marco de cualquier procedimiento administrativo. De no cumplirse lo expuesto, o de cumplirse parcialmente sería el peor comportamiento administrativo posible, es y sería un mal actuar de la Administración; sería en fin un proceso indebido, una deficiente tutela administrativa, inefectiva e ineficaz⁹⁸⁴, que daría paso inevitablemente a la nulidad o anulabilidad en su caso y revisión de los actos administrativos máxime cuando proviene del DUE⁹⁸⁵. Todo ello reforzaría desde esta misma primera etapa el análisis y cumplimiento del presupuesto del *fumus boni iuris*, con intensidad suficiente frente a un *fumus mali iuris*.

1.2-3- Conclusiones parciales.

Las disfunciones antes expuestas no son más que el resultado de un procedimiento administrativo tradicional donde el extranjero en realidad es visto como mero destinatario de la acción administrativa no como una parte interesada activa en el ejercicio de sus derechos subjetivos, donde no sea entorpecido por la observancia de un procedimiento inadecuadamente formulado, donde se revierten las potestades que otorga la Constitución y las leyes a la Administración -que no son privilegios-, sino instrumentos jurídicos para el cumplimiento de sus fines y, en definitiva, para la satisfacción de los intereses generales de forma garantista. Esa actuación administrativa tradicional también se hace extensiva en su fase ejecutiva donde la tutela cautelar suspensiva o aquellas medidas cautelares se juzgan en función de lo antes dicho y de acuerdo con los intereses generales patrimonializados por la Administración y no en función de una tutela Administrativa efectiva y eficaz. Atendiendo a lo anterior se formulan las siguientes conclusiones parciales:

1.- El derecho fundamental a la buena administración del art. 41 CDFUE se encuentra incorporado de forma indirecta nuestro derecho interno a través del art. 103 CE y de la LO 1/08, por lo que tendrá consecuencias jurídico-procesales-sustantivas como derecho subjetivo de los extranjeros debiendo conformar en relación con el art. 24 CE un derecho que corresponde por igual a españoles y extranjeros, debido a su estrecha vinculación o conexión con la condición personal o dignidad, sin posibilidad alguna de distinción, modulación o atemperación de su ejercicio respecto de los extranjero. En este caso con independencia de su situación administrativa, regular o irregular. Estaría dentro de la clasificación *iuspositivista*, grupo primero de los derechos fundamentales inherentes a las personas. Los extranjeros podrán recabar su tutela ante los Tribunales ordinarios por el procedimiento que se esté ventilando al efecto y, en su caso, también podrá tenerse en cuenta el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona (título V de la LJCA).

2.- El acto y procedimiento administrativo en la materia en estudio actualmente hay que verlo desde la concepción de los derechos humanos (DIDH) y fundamentales como eje

⁹⁸⁴ Blanes Rodríguez, E., (2002). “Reflexiones sobre las sanciones a la estancia y entrada ilegales de los extranjeros, previstas en la LO 4/2000 y el principio de legalidad, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, el derecho de audiencia y tutela judicial cautelar”, en J. E. Peces Morate. (Dir.). *Inmigración y Derecho. Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial*. (nº 41), pp. 295-304. Sagarra i Trias, E., (2002). *La legislación sobre extranjería e inmigración...*, op. cit., pp. 170, 275-303.

⁹⁸⁵ Fuentetaja Pastor, J. Á., (2017). “Invalidez y revisión de los actos administrativos...” op. cit., pp. 615.

central del acto, encontrando su vinculación y su desarrollo en el art. 41 y 47 CDFUE, art. 6 y 13 CEDH y 24 CE como tutela administrativa efectiva y eficaz. Sometidos al control por órganos independientes e imparciales y por órganos jurisdiccionales de la jurisdicción contencioso administrativa y no como un acto administrativo que tiene como lugar central el privilegio de la Administración.

Tal concepción aún no tiene la fuerza suficiente en nuestro derecho interno a pesar de la jurisprudencia del TC Pleno nº 172/20, para encontrar la efectividad verdadera en el procedimiento administrativo y dentro de este la suspensión cautelar o la adopción de las medidas cautelares que deben ser eficaces y efectivas para asegurar adecuadamente la resolución final del mismo.

3.- A pesar de todo el esfuerzo de modernización de la Administración, tanto material como en cumplimiento de las garantías y derechos fundamentales aún continúan los juicios de poder y autotutela administrativa coactiva, muchas veces desorbitada. Donde no son efectivos y eficaces el sistema de recursos jerárquico establecidos. Un sistema de recursos reduplicativos donde sigue prevaleciendo la ineffectividad de los mismos, siendo extensivo a la no promoción de oficio de la reconsideración de sus actos. Continúa prevaleciendo el sacrosanto principio de presunción de veracidad de las administraciones expresadas gráficamente en la presente materia en las actas inspecciones de otras administraciones, en los informes que no tienen carácter vinculante como aquellos “pantallazos” de antecedentes policiales, en un ejercicio abusivo de sus potestades administrativas.

4.- El derecho fundamental a una buena administración del art. 41 CDFUE visto desde el ángulo de la tutela administrativa efectiva se convierte en uno de los elementos conformadores, tanto del *periculum in mora*, como del *fumus boni iuris*, siendo uno de sus ejes centrales en el procedimiento administrativo de extranjería en correspondencia con los art. 6.1 y 13 CEDH, lo cual hace que dicho procedimiento, su contenido y alcance de los recursos suspensivos deba ser efectivo y eficaz, ello a su vez extensivo al resto de las medidas cautelares que se puedan adoptar dentro de esté.

1.3- Interés general. Obligaciones positivas.

1.3-1- Consideraciones previas.

La necesidad de proteger los intereses generales y de terceros parte de la idea misma de servicio al interés general o público⁹⁸⁶ que ha gozado a través de la historia de un amplio consenso y de un uso intensivo por parte de los actores políticos y de los poderes públicos. Sin embargo, ese uso excesivo de la cláusula del interés general y de terceros puede haber causado cierto desgaste del concepto, puede haber perdido así una parte de su significado originario y de su sentido primigenio. Ello se sigue extrapolando a nuestros días y se continúa contaminando con nuevos matices y realidades, una muestra elocuente es la materia aquí tratada. Dicha realidad e interpretación histórica señalada, obliga también, a un replanteamiento del marco teórico de la presente categoría, visto desde la perspectiva expuesta.

En cuanto al interés general como se ha definido en la aproximación teórica general se analizará de forma concreta desde el campo del derecho. Esta acotación, tiene su

⁹⁸⁶ Rodríguez-Arana Muñoz, J., (2012). *Interés general...*, op. cit., pp. 11-27, 172-176. Parejo Alfonso, L. J., (1998). “El interés general o público...”, op. cit., pp. 605-607.

significado y expresión en cuanto a la definición de irreversibilidad o irreparabilidad de determinados daños.

Nuestro derecho interno a través de los artículos 1, 9.2⁹⁸⁷, 10, 24 y 103, todos de la CE, constituyen el fundamento del orden público y de la paz social, estableciendo en este punto hacia donde se orienta el interés general en nuestro Estado Social y Democrático de Derecho en la presente disciplina, haciendo que aquel concepto jurídico indeterminado del interés general descrito en la primera parte, se encuentre determinado por esos mismo principios recogidos en la CE. La posible válvula de escape -conceptos jurídicos indeterminados- tiene su propio cierre, en los principios y derechos fundamentales recogidos en la CE, así como en la solución que se defina al efecto.

Se debe recordar de acuerdo con el objetivo que se persigue en este apartado diferenciar el concepto de interés general en su más amplia expresión identificado con el bien común de la sociedad entera, entendida como un cuerpo social, a los conceptos de interés general concretos y correctamente precisados como elementos que integran la materia de estudio. Ello sin obviar que el interés general es un principio dinámico, siendo esta una de sus características más peculiares y que mejor lo define, unido a un destino, a un fin, vinculado siempre a la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos. En esta línea convergen las obligaciones positivas que asumen los Estados en la protección de los derechos humanos y fundamentales⁹⁸⁸.

Los dogmas y categorías negativas que se han levantado respecto a la inmigración hoy en día continúan existiendo, (ello a pesar de los avances que se han materializado). El interés general en la presente disciplina no ha escapado a ello, lo cual repercute en su utilización por las administraciones encargadas de la presente materia. Estas son las que deben hacer efectivo⁹⁸⁹ dichos intereses generales, garantizar su efectividad en correspondencia a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución⁹⁹⁰.

Si partimos de la máxima que la Administración responde a la exigencia constitucional de servir a los intereses generales con “*objetividad*”, además de poder ser “*controlada*” su actuación por el control jurisdiccional a la que está sometida para que esta cumpla con los fines que la justifican, actúe de acuerdo con el principio de proporcionalidad, entonces tendríamos que realizarnos las preguntas investigativas iniciales respecto al interés general en la presente disciplina. En este caso ¿Puede existir una nueva aproximación configurativa de un interés general en la presente disciplina que puede estar integrado entre otros, bajo los principios de los derechos humanos y fundamentales? ¿Se ha de continuar sosteniendo la interpretación de una concepción patrimonializada sobre el interés general por parte de la Administración, visión utilitaria, o como criterio de legalidad, muchas veces vacío de contenido? ¿Por qué en los procedimientos

⁹⁸⁷ Meilán Gil, J.L., (2011). *Categoría jurídica...* op. cit., pp. 181-184 y ss.

⁹⁸⁸ Bouazza Ariño, O., (2019). “Garantía y protección de los Derechos Humanos de los presos y personas con libertad restringida...”, op. cit. pp. 5-6

⁹⁸⁹ Rodríguez-Arana Muñoz, J., (1986). *La suspensión del acto administrativo...* op. cit, 98 y ss. Como señala el profesor Rodríguez-Arana el fundamento constitucional se encuentra en el citado art. 103 CE que alude al principio de eficacia, superando el viejo “dogma multiseccular” del efecto no suspensivo del recurso contencioso, dominado aún por una “determinada concepción de la Administración” que responde, en última instancia, a “consideraciones de tipo político”.

⁹⁹⁰ SSTC, Pleno, nº 25/81, FJ 5; Sala 1ª, nº 18/84, FJ 3; Pleno, nº 53/85, FJ 4.

administrativos de extranjería, no se cumplen o realiza una correcta interpretación de los intereses generales que conforman la propia ley de extranjería?

No es prurito, sino congruencia que el interés general que se configure respecto a la inmigración sea luego interpretado y aplicado de manera congruente y proporcional. Ello es a su vez otro de los objetivos que pretendemos desarrollar en esta parte. La conformación de ese interés general para el Derecho de Extranjería, determinar si existe o no correspondencia con el derecho a la buena administración y los tres aspectos medulares destacados dentro de la misma (acto administrativo, discrecionalidad, ejecutividad/suspensión, en relación con las medidas cautelares).

Es conocido que la Constitución no define el interés general y a su vez lo menciona en varios sus artículos. La Constitución y sus derechos fundamentales son intereses generales permanentes, adquiere así el interés general en nuestro texto constitucional dimensiones de principio general del Derecho, por ende los derechos fundamentales analizados en la primera parte de este trabajo y aquellos otros derechos subjetivos regulados en el capítulo tercero del Título Primero de la Constitución pasan a formar y ser parte de los intereses generales que tiene recogido la LO 4/00 enfocado a un interés general humano de protección a la dignidad humana y social, cuestiones que más adelante desarrollaremos.

La imbricación entre Derecho Extranjería, derechos humanos y fundamentales, así como los derechos sociales fundamentales⁹⁹¹, en unión de lo señalado del art. 103 CE, lleva a un análisis del significado central del interés general en la presente especialidad, visto el interés general como el interés de la comunidad, de la sociedad, del conjunto de todos los ciudadanos extranjeros con independencia de su situación administrativa dentro del Estado Social y Democrático de Derecho bajo la concepción en un Derecho Administrativo moderno. Su evolución y comprensión es mucho más participativa, más transparente, haciendo que la dimensión del interés general no se pueda ver como una categoría jurídica en abstracto, sino que debe ser cada vez una categoría mirada con un mayor grado de concreción, debe ser cada vez más ajustarse a la realidad. Lo anterior hace que su control sea mucho más fácil, especialmente por los órganos jurisdiccionales administrativos o por aquellos órganos independientes e imparciales, evitando así que no se justifique cualquier tipo de actuación Administrativa desmedida, evitando la arbitrariedad de la Administración⁹⁹².

Dicho lo anterior, es necesario entonces señalar en estas consideraciones previas que no debe confundirse intereses generales con interés de la Administración⁹⁹³, son en realidad posiciones contrapuestas. El interés de la Administración puede verse en la materia en estudio desde el ángulo de la patrimonialización o visión utilitaria⁹⁹⁴, de no permitir una inmigración irregular, fin legítimo y correcto, pero falta a su vez la otra parte de ese interés general recogido en la propia LO 4/00, así como del interés individual de los extranjeros, el cual es directamente proporcional con esa parte interés general, los derechos humanos

⁹⁹¹ Rodríguez-Arana Muñoz, J., (2016). *Derecho Administrativo Derechos Sociales...* ” op. cit, pp. 209.

⁹⁹² STC, Pleno, nº 77/85, FJ 29, (principio de neutralidad de la Administración art. 103.1 CE).

⁹⁹³ Nieto García, A., (1991). “La Administración sirve con objetividad...” op. cit., p. 2188.

⁹⁹⁴ Rodríguez-Arana Muñoz, J., (2012). *Interés general,...*, op. cit., pp. 13-14. Como señala el profesor Rodríguez-Arana El interés general no es un cheque en blanco, no es una fórmula abierta que permite el desencadenamiento de las potestades administrativas sin más. (p.15, 183, 192-193).

y fundamentales, los derechos sociales individuales de los extranjeros⁹⁹⁵. El alcance que deba darse al interés general en ese juicio de proporcionalidad debe definirse *prima facie*, ateniendo a la singularidad de cada caso debatido. Esto implica desde luego, un claro desacuerdo con declaraciones dogmáticas, criterios rígidos o uniformes o interpretar el interés general como un criterio de legalidad.

La existencia de un interés general multinivel en la región influye y determina en la materia en estudio, comprendiendo el mismo una migración regulada, organizada, integrada (integración social del extranjero), con objetivos generales y específicos, como la materia de estudiantes e investigadores, u otros dirigidos a procesos económicos e inversionistas. A su vez este interés general multinivel, como no puede ser de otra forma, se proyecta en su contenido en cuanto a los intereses de seguridad nacional, orden público, salud, economía, entre otros.

Todo lo anterior permite asegurar que la expresión interés general no puede ser utilizada como una expresión vacía de contenido, no puede usarse como una cobertura indiscriminada de la Administración en su aplicación. Ello está totalmente contrapuesto respecto al derecho fundamental a una buena administración. Esto confiere, como veremos seguidamente, apreciar que el interés general en la materia en estudio tiene determinadas reservas que admiten modulación de los mismos con los intereses individuales y de terceros, siendo esto un factor determinante en el análisis proporcional en las medidas cautelares y la determinación del daño irreversible.

En cuanto a los intereses de terceros quedan equiparados en este ejercicio de proporcionalidad/razonabilidad al interés general, por tanto, son derechos de intensidad suficientes a que por sí solos pueden hacer surtir sus efectos necesarios. Al estar los mismos en igualdad, equiparados al interés general, incluso en determinados supuestos por encima de dicho interés general, hace que cuando los intereses de terceros estén en unión de los individuales estén doblemente reforzados ante la adopción de una medida cautelar (aspectos ya tratados en la primera parte).

Del análisis de la LO 4/00 podemos extraer los intereses generales que persigue dicha norma. Los mismos se exponen en sentido general y luego de forma expresa y preferente, estando en correspondencia con otros intereses de igual protección. Siendo perfectamente cánones o parámetros de control judicial⁹⁹⁶ de la actuación de la Administración, máxime cuando muchos de los intereses generales que describiremos están en plena correspondencia con los principios rectores de la política social y económica recogida en la Constitución en su Capítulo Tercero del Título Primero y estos a su vez en plena correspondencia con los intereses individuales y de terceros.

1.3-2- Su configuración y naturaleza jurídica en el Derecho de Extranjería como elemento conformador de los presupuestos de las medidas cautelares. Aproximación a su configuración según la LO 4/00.

⁹⁹⁵ Una manifestación concreta de la existencia de una correspondencia entre interés general e interés individual, son las ya mencionadas SSTJUE, Sala 1ª asunto *Ermira Bajratari c. Reino Unido*, C-93/18 y Sala 3ª, asunto *X c. Bélgica*, C-302/18.

⁹⁹⁶ Campos Sánchez-Bordona, M., (2010) “Comentario Artículo 130”, op. cit., SP/DOCT/5240, recuperado 5-04-2018.

De acuerdo con las preguntas de investigación ¿la definición de los intereses generales recogidos en la LO 4/00 se encuentra en correspondencia o no, con el contenido de la norma?

La respuesta en sentido general y por adelantado es sí, la naturaleza jurídica del interés general antes descrito está en correspondencia con LO 4/00, el cual persigue como unos de sus objetivos fundamentales, establecer un marco de derechos y libertades de los extranjeros que garantice a todos el ejercicio pleno de los derechos fundamentales⁹⁹⁷. Pero el análisis debe ir más allá, debe ir a la configuración interna de esa definición teórica general. Debe ir a su forma de utilización e interpretación, el exceso de discrecionalidad, el exceso de celo, o la patrimonialización por parte de la Administración, entrando todo ello en franca contradicción o incongruencia con la naturaleza de ese interés general o de la esencia de la institución concreta. Debe ir a su forma de control jurisdiccional, el cual debe, en principio lo suficientemente efectivo y eficaz; sin que ello quiera decir que el juzgador se convierta o tenga la libertad, en este caso, de quien tiene que determinar las políticas públicas, sino, de pronunciarse en Derecho como le corresponde, a partir de lo que conste en los autos del proceso para decidir en cada caso concreto lo que es justo y proporcional, no lo que es políticamente más conveniente, para la realización del interés general⁹⁹⁸ (cuestiones sobre las que se profundizará en la tercera parte). Estos aspectos, como veremos, se manifiestan concretamente al momento de las solicitudes y adopción de medidas cautelares ante actos de autorizaciones, renovaciones, extinciones o actos sancionadores, entre otros.

El nudo gordiano continúa estando ahí, en la toma de la decisión sobre el acto. Lo que es contradictorio e incongruente es que exista una Administración, denominada moderna, garantista y continúe realizando la utilización e interpretación del interés general con exceso de discrecionalidad, con exceso de celo, o patrimonializando el mismo cuando lo que le corresponde es realizar el análisis proporcional de los intereses en conflicto, teniendo muy presente el derecho a una buena administración, siendo su objetivo fundamental de ser y servir adecuadamente a esos intereses generales.

Lo dicho nos lleva exponer que los intereses generales no tienen que ser identificados con el principio de ejecutividad del acto administrativo propiamente dicho, más todo lo contrario, dicha identificación y consumación que existe entre interés general y ejecutividad del acto administrativo se debería manifestar previamente, a través de la eficacia, por la propia actuación de la Administración en la conformación y tramitación del expediente administrativo en el procedimiento correspondiente. La realidad es que en la presente especialidad lo expuesto presenta sus matizaciones, ello en muchas ocasiones

⁹⁹⁷ STS Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 321/20, Rec. 5364/18, FD 7, apartado C.

⁹⁹⁸ ATS, Sala 3ª, Sec. 1ª, nº 308/91 de 20-07-1991, FD 2 suspensión expulsión, bajo la LO 7/85. En dicho auto se señala, que se procede a la desestimación del recurso de la Abogacía del Estado, ratificando la suspensión de la expulsión, teniendo en cuenta el principio que inspira la propia LO en orden a favorecer la integración de los extranjeros en la sociedad española; las consecuencias y perjuicios de difícil reparación, que de no accederse a la suspensión se producirían para la recurrente; así como la ausencia de razonamientos por parte de la Administración en orden a la perturbación del interés público; entre otros razonamientos. Si lo antes dicho, era así bajo la LO de 1985 y hoy la LO 4/00 es más garantista ¿cómo es posible que en mucha de la jurisprudencia actual se diga lo contrario?, cuando el interés general y el proceso de integración de los extranjeros en la actual LO 4/00 está mejor conformado. En sentido contrario AAN, Sala (Contencioso), Sec. 2ª, nº 361/18, de 3-08-2018, Rec. 119/18, el cual a nuestro entender confunde el interés general de la protección internacional, precisamente con el de control de fronteras y la política migratoria, la potestad de policía.

no sucede así, entonces inevitablemente se identifica y utiliza los intereses generales en el momento de la suspensión, en el momento de ponderar intereses en las medidas cautelares⁹⁹⁹. Ponderación que realiza la Administración donde generalmente no realiza un análisis proporcional y racional del carácter irreversible o de difícil reversibilidad, reparación del daño que se cause. Dichos perjuicios o daños irreversibles son lo que en definitiva se deben sobreponer a los intereses generales.

Visto en esencia la naturaleza jurídica del interés general como elemento conformador de los presupuestos de las medidas cautelares en el Derecho de Extranjería, se analizará seguidamente una aproximación a la conformación de dichos intereses generales internamente de acuerdo con la LO 4/00 y su ROLEX.

1.3-2.a)- Aproximación a su configuración según la LO 4/00.

Señalado lo anterior para realizar la aproximación configurativa interna de acuerdo con la LO 4/00 y su ROLEX hay que expresar que en su construcción no se descarta la perspectiva abstracta teórica dialéctica objetiva, pero sí se aleja de la falacia dialéctica¹⁰⁰⁰, para así poder sostener en primer lugar, su propia aproximación a la teoría cautelar antes enunciada, en segundo lugar, en correspondencia con la definición del concepto de medidas cautelares para la materia de extranjería y en tercer lugar, la convergencia, simetría, armonía entre interés general y de terceros con intereses individuales, como uno de los elementos a tener en cuenta en los presupuestos de las medidas cautelares, la proporcionalidad de dichos intereses.

Parecería fácil decir rápidamente que el interés general de la LO 4/00 es el señalado en su art. 2 *bis* -política migratoria- y 2 *ter* -integración de los inmigrantes-, debido precisamente a que se encuentra legalmente tasado en dicha ley y en su ROLEX. En un sentido estricto sería así, tener una inmigración, legal, ordenada, selectiva en determinados supuestos, cualificada y que no sea atentatorio al orden público, la seguridad nacional y ciudadana y a la salud pública. En un sentido más amplio lo constituyen una variedad de circunstancias, amplitud que por lo que se explicará a continuación comprende desde el respaldo en los Tratados Internacionales y Convenciones inicialmente expuestos, el DUE y en nuestra Constitución propiamente dicha.

Como se señaló en la primera parte los derechos fundamentales de los extranjeros responden a una clasificación *iuspositivista*, unos derechos son inherentes a la persona y otros responden a una configuración legal. Estos requieren en ese sentido que los poderes públicos desarrollen una actividad positiva para hacer reales y efectivos dichos derechos. La propia LO 4/00, en su art. 2 *ter*, señala la obligación de los poderes públicos de promover la integración de los extranjeros en la sociedad española, dando paso así al desarrollo de dicha definición general de configuración.

Las razones de interés general que seguidamente describiremos nos permitirán confirmar las antes mencionadas, desviación de poder o interdicción de la arbitrariedad de la Administración, así como la necesidad de un mayor control efectivo y eficaz de la jurisdicción ordinaria y constitucional sobre esas potestades regladas o la

⁹⁹⁹ Rivero Ysern, E., Rodríguez-Arana Muñoz, J., (2012). *Con miras al Interés...*, op. cit., pp.158-181.

¹⁰⁰⁰ Santamaría Pastor, J. A., (2010). *La Ley reguladora de la Jurisdicción...*, op. cit., pp. 1271, 1277. García De Enterría Martínez-Carande, E., (2008). “De nuevo sobre las medidas cautelares...”, op. cit., pp. 1459-1472.

discrecionalidad, o la interpretación de la solución única o más justa de los conceptos jurídicos indeterminados. Se pretende como se señaló *ut supra* que la descripción del interés general tenga un soporte objetivo, a pesar de que se abarcarán hechos muy variados y de significación muy diferente. Como se observará a continuación la configuración del interés general pasa por hechos puramente materiales, representativos y relacionados con la necesidad de la defensa y la tutela judicial efectiva, así como del resto de derechos humanos y fundamentales.

Necesariamente para la configuración del interés general en la actual LO 4/00 hay que abordarla desde sus antecedentes, LO 7/85 la cual en su Preámbulo definía, entre otros aspectos:

- 1.- Establecer las mayores garantías jurídicas, que ciertamente sólo ceden ante exigencias de la seguridad pública claramente definidas.
- 2.- Seguridad jurídica respecto a las situaciones de legalidad de los extranjeros, como punto de partida, no sólo para el pleno ejercicio de los derechos y libertades, a que antes se alude, sino para un correcto tratamiento de la extranjería.
- 3.- Se diferencia, con absoluta claridad, las situaciones de legalidad de las de ilegalidad. Por ello, la Ley asegura la plenitud de los derechos y las garantías para su ejercicio respecto de los extranjeros que se hallen legalmente en España. Y al propio tiempo, y en prevención de las alteraciones que pudieran en su caso producirse, respecto de la convivencia social, por la presencia de extranjeros en términos no legales en España, desarrolla las medidas específicas para impedir tales situaciones.
- 4.- Favorecer la integración de los extranjeros en la sociedad española. (Se entiende que los legales a partir de la propia definición dada en el punto anterior).
- 5.- El adecuado tratamiento de la inmigración.
- 6.- Alcanzar la regulación de la permanencia de los extranjeros.

Su sucesora la LO 4/00 no tiene Exposición de Motivos, ni Preámbulo¹⁰⁰¹ (no es objeto de análisis la técnica¹⁰⁰² normativa legislativa¹⁰⁰³), para ver su formación y debate, debemos remitirnos al debate parlamentario (cuestión que tampoco es objetivo de este trabajo), por lo que la búsqueda del interés general hay que hacerlo desde el propio

¹⁰⁰¹ Santaolalla López, F., (1992). “Exposiciones de Motivos de las Leyes: Motivos para su eliminación”. *REDC*, (nº 33), pp. 47-64. Díez-Picazo y Ponce de León, L., (1992). “Los preámbulos de las leyes. (En torno a la motivación y a la causa de las disposiciones normativas)”, en VV.AA. *Anuario de Derecho Civil*. (Vol. XLV, nº 2, pp. 501-534). Madrid: Ministerio Justicia y Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

¹⁰⁰² Resolución de 28-07-2005, BOE nº 180 de 29-7-2005, Acuerdo del Consejo de Ministros de 22-07-2005, Directrices de Técnica Normativa. El contenido de la parte expositiva de un anteproyecto de Ley cumplirá la función de describir su contenido, indicando su objeto y finalidad, sus antecedentes y las competencias y habilitaciones en cuyo ejercicio se dicta. Si es preciso, resumirá sucintamente el contenido de la disposición, a fin de lograr una mejor comprensión del texto, pero no contendrá partes del texto del articulado. Se evitarán las exhortaciones, las declaraciones didácticas o laudatorias u otras análogas.

¹⁰⁰³ STC, Pleno, nº 36/81, de 12-11-1981, BOE nº 277 de 19-11-1981, FJ 7; Pleno, nº 150/90, de 4-10-1990, BOE nº 266 de 06-11-1990, FJ 2; Sala 2ª, nº 90/09, 20-04-2009, BOE nº 111 de 07-05-2009, FJ 6; Pleno, nº 173/98, de 23-07-1998, BOE nº 197 de 18-08-1998, FJ 4; Pleno, nº 116/99, de 17-06-1999, BOE nº 162 de 08-07-1999, FJ 2 y Pleno, nº 222/06, de 6-07-2006, BOE nº 185 de 04-08-2006, FJ 8. Todas declaran de una forma u otra que los preámbulos o exposiciones de motivos de las leyes no tiene valor normativo, aunque son un elemento para tener en cuenta en la interpretación de las mismas, aunque no pueden ser objeto de un recurso de inconstitucionalidad.

articulado de la ley, en sus disposiciones o principios generales. En las sucesivas reformas de la LO 4/00, en algunas¹⁰⁰⁴ se han realizado Exposición de Motivos y en otros Preámbulos. Nos aproximaremos así a la configuración del interés general que genera la LO 4/00 y su ROLEX, desde la perspectiva teórica dialéctica objetiva.

En esencia la LO 4/00 previó un régimen jurídico superior a la anterior, se perfeccionaron las diferentes situaciones jurídicas de los extranjeros donde la premisa fundamental era establecer un régimen de permisos que incentiven a los extranjeros a entrar¹⁰⁰⁵ y residir en nuestro país dentro del marco de la regularidad, frente a la entrada y estancia irregular.

El fin general era la migración regular, la ordenación de los flujos migratorios laborales, de acuerdo con las necesidades de la situación nacional del empleo, la lucha contra la inmigración irregular y la persecución del tráfico ilícito de personas, entre otros. Sus reformas y contrarreformas han dado lugar a un variopinto logarismo de situaciones, inconstitucionalidades, anulaciones y derogaciones. Ya la LO 2/09, expone con más claridad los fines y objetivos de esta.

1.3-2.a-1)- Configuración de los intereses generales según la LO 4/00.

De las diferentes LO, de su propio contenido se referiré e infiere las bases, finalidad, principios y límites inspiradores de su parte dispositiva, de sus objetivos básicos que se puede definir los siguientes intereses generales:

1.- La normativa forma parte de un planteamiento global y coordinado en el tratamiento del fenómeno migratorio en España, que contempla desde una visión amplia todos los aspectos vinculados al mismo, y por ello, no sólo desde una única perspectiva, como pueda ser la del control de flujos migratorios, la de la integración de los residentes extranjeros, o la del codesarrollo de los países de origen, sino todas ellas conjuntamente.

2.- Reconocer a los extranjeros la máxima cota de derechos y libertades, entre ellos, la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Criterio interpretativo general. Se ha perseguido cumplir el mandato de la CE del art. 13. Se ha conjugado este mandato constitucional con los compromisos internacionales adquiridos por España, especialmente como EM de la UE. Se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce la LO 4/00 en condiciones de igualdad con los españoles. Establecer un marco de derechos y libertades de los extranjeros que garantice a todos los ejercicios plenos de los derechos fundamentales para lograr a efectividad del principio de no discriminación.

3.- Garantizar un trato justo a los nacionales de terceros países que residieran legalmente en el territorio nacional. Una política de integración debe encaminarse a conceder a estos residentes legales y aquellos que lleguen a la condición de RLD, derechos y obligaciones comparables a los de los CUE, así como a fomentar la ausencia de discriminación en la

¹⁰⁰⁴ La primera Exposición de Motivos la encontramos en la LO 8/00 de 22-12-00. Luego la LO 11/03, de 29-09-2003, que reforma la LO 8/00, cuenta con una Exposición de Motivos, está a su vez reformada por la LO 14/03, de 20-11-2003, que también cuenta con una Exposición de Motivos. Más tarde la LO 2/09, de 11-12-2009, que modifica la LO 14/03 y la LO 10/11, de 27-07-2011, ambas cuentan con sendos Preámbulos. A partir de todas ellas, de las declaraciones de inconstitucionalidad y anulación de parte de su articulado conformamos los intereses generales en la presente especialidad.

¹⁰⁰⁵ Belgrano Ledesma, M., Puig Pellicer, J. R., Adam Muñoz, M. D., & Gutiérrez Castillo, V., (2013). "Régimen jurídico de los extranjeros. De la entrada y salida de territorio español", en VV.AA. P. Ágüelo Navarro. (Dir.). *Comentarios a la Ley de Extranjería. Referencias normativas, jurisprudencia, comentarios.* (pp. 166-203). Madrid: Colex.

vida económica, social y cultural y al desarrollo de medidas contra el racismo y la xenofobia.

4.- Relativo al régimen jurídico de las situaciones individualizadas de los extranjeros, la premisa que ha conformado las modificaciones efectuadas a la LO 4/00 sobre su articulado, ha sido la de establecer un régimen de situaciones y permisos que incentiven a los extranjeros a entrar y residir en nuestro país dentro del marco de la regularidad, frente a la entrada y estancia irregular.

5.- Medidas relativas a la lucha contra la inmigración ilegal y tráfico ilícito de personas mejora de los mecanismos para evitar ambas situaciones. Aumentar la eficacia de la lucha contra ambas, reforzando los medios e instrumentos de control y los sancionadores, especialmente por lo que se refiere a quienes faciliten el acceso o permanencia de la inmigración ilegal en España, agravando el régimen sancionador en este caso y, reforzando los procedimientos de devolución y retornos forzosos en frontera de los extranjeros que han accedido ilegalmente a nuestro país.

6.- Proporcionar soluciones efectivas positivas a los nuevos problemas que se plantean en la inmigración. Reforzar la integración como uno de los ejes centrales de la política de inmigración que teniendo en cuenta el acervo de la EU en materia de inmigración y asilo, apuesta por lograr un marco de convivencia de identidades y culturas.

7.- Los poderes públicos tienen la obligación de la defensa de los derechos humanos y fundamentales, deben favorecer la plena integración de los inmigrantes y garantizar una convivencia armoniosa entre estos y de ellos con el resto de los nacionales.

8.- Perfeccionar el sistema de canalización legal y ordenada de los flujos migratorios laborales y personal altamente calificado, reforzando la vinculación de la capacidad de acogida de trabajadores inmigrantes a las necesidades del mercado de trabajo, garantizando la igualdad de trato en las condiciones laborales y de Seguridad Social¹⁰⁰⁶.

9.- Adaptar la normativa a las competencias de ejecución laboral previstas en los Estatutos de Autonomía que inciden en el régimen de autorización inicial de trabajo, así como potenciar la coordinación de las actuaciones de las Administraciones Públicas con competencias que asimismo inciden en materia de inmigración y reforzar la cooperación entre ellas con el fin de prestar un servicio más eficaz y de mejor calidad a los ciudadanos.

10.- Reforzar e institucionalizar el diálogo con las organizaciones sindicales y empresariales, así como con las organizaciones de inmigrantes en la definición y desarrollo de la política migratoria.

11.- Protección a las mujeres extranjeras víctimas de violencia de género que estén en situación de irregularidad y denuncien a su agresor serán objeto de un expediente administrativo sancionador por encontrarse de forma irregular en nuestro país, que quedará suspendido hasta la resolución del procedimiento penal.

12.- Persecución de la trata de seres humanos y a su vez protección de las víctimas de trata de seres humanos.

1.3-2.a-2)- Configuración de los intereses individuales según la LO 4/00.

¹⁰⁰⁶ Informe Defensor del Pueblo (2020). *La contribución de la inmigración a la economía española*, pp.101-121.

Sobre la misma base de lo anterior se pueden definir los siguientes intereses individuales de los interesados, en este caso de los extranjeros. Estos serían

1.- Obtener y disfrutar constitucionalmente de acuerdo al art. 13 en relación con el art. 10 ambos de la CE de los derechos y libertades públicas fundamentales que garantiza el Título I de la CE. La propia defensa de sus derechos humanos relacionados con la dignidad y el desarrollo de la personalidad.

2.- Establecerse en un régimen de situaciones y permisos que le permitan su regularidad de entrar y residir en nuestro país dentro del marco de la regularidad, frente a la entrada y estancia irregular.

3.- Obtener la autorización para trabajar, contribuir así al sistema social y tributario de nuestro país. Adaptarse a las normativas y competencias de ejecución laboral previstas en los Estatutos de Autonomía y obtener un trabajo legal y digno.

4.- No ser víctimas de la explotación laboral, ni víctima de trata de seres humanos para la esclavitud laboral y sexual. No ser víctimas de la inmigración ilegal, trata de personas, redes organizadas de tráfico de personas. Ser protegidos como víctimas de trata de seres humanos. Están a favor y mejorar de los mecanismos para evitar la inmigración ilegal.

5.- Reforzar e institucionalizar su participación con las organizaciones, políticas, sociales, sindicales y empresariales.

6.- No ser víctimas las mujeres extranjeras de violencia de género.

7.- Concretamente en cuanto a la explotación y esclavitud sexual, las mujeres no desean ser víctimas de ello y que sean denunciadas y luego objeto de un expediente administrativo sancionador por encontrarse de forma irregular en nuestro país.

1.3-2.a-3)- Identidad de ambas configuraciones.

Estamos ante un interés general que tiene dos representaciones diferentes que están a su vez indisolublemente unidas, cumplen el principio de identidad¹⁰⁰⁷, complementación, convergencia, armonía o sinergia. Analizado así, en sentido general no afectarían al Estado Democrático y Social de Derecho. Son dos realidades distintas, pero con identidades inseparables, dos realidades complementarias y convergentes, responden finalmente a un interés general del Derecho Administrativo dinámico¹⁰⁰⁸ de Extranjería, marcado por un ordenamiento jurídico en sentido positivo y garantista¹⁰⁰⁹, en correspondencia, con todos los instrumentos internacionales, regionales, declaraciones de organizaciones, con el DUE. Como señala RODRÍGUEZ-ARANA, es un interés general

¹⁰⁰⁷ ATS, Sala 3ª, Sec. 4ª, nº 2446/2020, RJ 4-b).

¹⁰⁰⁸ Un botón de muestra de ese dinamismo o variabilidad al momento de determinar el interés general lo tenemos en la comparación de la STS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 7658/04, Rec. 6922/02, FD 5, respecto a la no apreciación de la compra de un bien inmueble como elemento de entidad bastante para afirmar que el interés particular debe prevalecer sobre el general, o para considerar que el recurso perdería su finalidad legítima de no adoptarse la medida cautelar solicitada, con lo dispuesto en el art 61 y ss. de la Ley 14/13, de 27-09-2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, BOE nº 233, de 28-09-2013, facilitación de entrada y permanencia en España por razones de interés económico, visado de residencia para inversores, art. 62. b) *La adquisición de bienes inmuebles en España con una inversión de valor igual o superior a 500.000 euros por cada solicitante.*

¹⁰⁰⁹ Sáinz Moreno, F., (1977). “Sobre el interés público...”, op. cit., pp. 439-454. STC Sala 2ª, nº 61/1984, de 16-05-1984, BOE nº 146 de 19-06-1984, FJ3; STC, Sala 1ª, nº 34/95, de 6-02-1995, BOE nº 59 de 10-03-1995, FJ 3.

visto desde un pensamiento compatible y complementario, donde es posible encontrar la argumentación que salve la aparente contradicción entre el interés general de la LO 4/00 y el interés individual de los extranjeros. Lo anterior se hace extensivo a los intereses de terceros. Esta identidad lo fundamentamos en los siguientes razonamientos:

1.- El extranjero sus intereses individuales como hemos observado son convergentes con el interés general en un sentido amplio, basado sobre la Constitución, los derechos humanos y fundamentales, la dignidad humana de las personas y el ordenamiento jurídico de forma integral con los valores del Estado social y Democrático de Derecho.

2.- El principio dinámico del interés general está determinado por su fin. En la materia de extranjería el fin general es tener una inmigración regulada e integrada socialmente, es el mismo fin del extranjero, integrarse en la sociedad de forma regular.

3.- La propia condición habilitante del interés general hace también convergente ambos intereses. El interés general como límite del quehacer jurídico administrativo en su potestad, actividad y función administrativa, evitando la desviación de poder o interdicción a la arbitrariedad sobre los más vulnerables, el extranjero.

La identidad y convergencia hacen en algunos supuestos desaparecer y en otros atemperar determinados dogmas sociales y jurídicos, entre ellos, inmigración ilegal, inmigrante indeseado, migración y seguridad nacional. De ser apreciado o interpretado de forma contraria, se vaciaría de contenido y sería ilusorio todo lo expuesto y lo que se expondrá. Dicha manifestación de dinamismo, identidad y convergencia se expresa en innumerables ejemplos, como el ya señalado muchos de carácter negativo como los rechazos en frontera (las devoluciones en caliente), superado precisamente por una interpretación Constitucional (STC Pleno nº 172/20). Otro botón de muestras serían dos situaciones contrapuestas. El reciente RDL 11/18 de 31-08-2018¹⁰¹⁰ que traspone la Directiva (UE) 2016/801 de 11-05-2016 facilita el proceso de acceso y movilidad estudiantil, así como su incorporación al mercado de trabajo y proyectos de emprendedores (un dinamismo positivo).

Lo expuesto nos lleva a ratificar la aproximación teórica en lo relativo a la diferenciación de los intereses generarles en la presente especialidad de acuerdo con cada supuesto. En aquellos casos donde existan situaciones de identidad de los intereses generales, específicos e inmediatos con los de los interesados se han de tener en cuenta con una particular importancia la función de los intereses generales como límites de la actuación de administrativa, quienes junto a la intensidad del *fumus boni iuris* han de determinar la medida cautelar más adecuada.

1.3-3- Conclusiones parciales.

En este sentido se ratifican las conclusiones expuestas al respecto en la primera parte (acápite 6.3, conclusión nº 6), precisando además que:

1.- En sentido general una vez realizada la aproximación a la configuración de los intereses generales/terceros e individuales en la materia en estudio se constata que existe

¹⁰¹⁰ Real Decreto-ley 11/18, de 31-08-2018, de transposición de directivas en materia de protección de los compromisos por pensiones con los trabajadores, prevención del blanqueo de capitales y requisitos de entrada y residencia de nacionales de países terceros y por el que se modifica la Ley 39/2015. BOE nº 214 de 4-09-2018.

un cumplimiento general al principio de identidad, complementación, convergencia simetría, sinergia y armonía entre los mismos. Esto conduce a una nivelación, a un equilibrio perjuicios/beneficios, entre los intereses generales y los específicos e inmediatos de los interesados, donde no exista un sacrificio indirecto de un derecho fundamental sobre otro. Dicho equilibrio de proporcionalidad/razonabilidad junto al presupuesto del *fumus boni iuris*, determinará la decisión de concesión o denegación de la medida cautelar.

2. La utilización del interés general como principio de control de la legalidad pierde su efectividad y eficacia cuando es utilizado como principio vacío de contenido. Ello es contrapuesto al derecho de una buena administración.

3.-De acuerdo con las aproximaciones configurativas dadas de los intereses generales/terceros e individuales, hacen ratificar la conformación de la aproximación teórica general para las medidas cautelares en el Derecho de Extranjería y de su concepto.

1.-4- Legitimación.

1.4-1- Consideraciones previas.

La legitimación en el procedimiento administrativo de todos los titulares de derecho subjetivo e intereses legítimos reviste una significativa importancia, está a su vez repercute en aquellos legitimados en la solicitud de medidas cautelares en dicho procedimiento. Se analizará de forma específica la legitimación, comenzando por su naturaleza jurídica, legitimación de las asociaciones, Ministerio Fiscal, con especial referencia a los MENAS o NNA No acompañados, art. 35 LO 4/00, respecto a sus expulsiones, devoluciones, repatriación y los conflictos de intereses de estos con el Fiscal (determinación de la edad e internamientos en CIE¹⁰¹¹) y sus tutores. A su vez sobre aquellos menores legitimados para actuar como interesados contra aquellos actos que afecten a sus progenitores y familiares o intereses económicos. Seguidamente se tratará la misma problemática, en este caso, respecto a terceros interesados, cónyuges, hijos mayores o de los menores de edad, ascendientes, hermanos, empresarios, asociaciones, miembros de la familia extensa y su capacidad de obrar o legal para actuar en defensa de sus propios derechos e intereses (téngase en cuenta aquellos actos que sin ser sancionadores generan un gravamen que les pueden afectar directamente). Por último, y no menos escabroso, abordare la situación de un extranjero legitimado/ interesado, encontrándose en situación de privación de libertad, (en centro penitenciario o en CIE), para que pueda ejercitar las acciones correspondientes en vía administrativa.

En el procedimiento administrativo de extranjería existe un *quid* residual en cuanto a la legitimación de aquellos interesados no solicitantes directos o sobre los que no recae el acto directamente, está cierta inefectividad residual sobre los derechos e intereses legítimos de esos terceros interesados en el momento de la adopción de las decisiones de la Administración las cuales no son notificadas, también está presente en lo relativo a la adopción de las medidas cautelares de oficio y respecto a aquellas que puedan ser

¹⁰¹¹ Informe Anual 2019, Defensor del Pueblo. (2020 Vol. I. Informe de gestión), pp. 198-199, 241. Dictamen del CDN de 12-02-2019, op. cit., determinación de la edad en los rechazos en frontera, devoluciones sumarias. En este sentido sobre el internamiento de menores se debe tener en cuenta SSTEDH, Sec. 2ª, de 13-12-2011, asunto M Kanagaratnam y otros, c. Bélgica, nº 15297/09, apdo. 40-41, 60-64 y la jurisprudencia allí citada y Sec. 2ª de 19-01-2010, asunto Muskhadzhiyeva y otros c. Bélgica, nº 41442/07, apdo. 25-35, 58, 63. STJUE Sala 1ª de 14-01-2021, asunto TQ (MENAS) c. Países Bajos, C-441/19, apdo 60, 64-68.

solicitadas por la parte. En este sentido se puede exponer una lista de situaciones, pero nos referiremos (p. ej.), las expulsiones en los casos que exista una familia, esposa e hijos, máxime si estos son CUE o pertenecen a un país firmante de la CIPDTMF, atentando contra las garantías de sus derechos e intereses legítimos en relación con la tutela cautelar administrativa efectiva y eficaz. Se expuso anteriormente en la aproximación teórica general de las medidas cautelares que los intereses de tercero según refiere la propia doctrina y la jurisprudencia, estos quedan equiparados en este ejercicio de proporcionalidad al interés general, por lo que llegan a constituir una proporcionalidad reforzada.

1.4-2- Su configuración y naturaleza jurídica.

La Disposición Adicional Segunda del ROLEX señala que en lo referente a la normativa aplicable a los procedimientos de extranjería en lo no previsto en el mismo se regirá por la LPACAP¹⁰¹², esto como he expuesto se hace extensivo a los procedimientos del RD 240/07. La legitimación y la capacidad de obrar son aspectos que no están regulados explícitamente, ni por la LO 4/00, ni por el ROLEX, por tanto, nos tenemos que remite al procedimiento común.

De forma concreta la Disposición Adicional Octava del ROLEX regula la Legitimación y representación, la cual remite a la Disposición Adicional Tercera de la LO 4/00, Lugares de presentación de las solicitudes y exigencia de comparecencia personal, especificando que *“cuando el sujeto legitimado se encuentre en territorio español habrá de presentar personalmente las solicitudes relativas a las autorizaciones de residencia y de trabajo en los registros de los órganos competentes para su tramitación. Igualmente, en los procedimientos en los que el sujeto legitimado fuese un empleador, las solicitudes podrán ser presentadas por éste, o por quien válidamente ostente la representación legal empresarial. Reglamentariamente se podrán establecer excepciones a la presentación ante el órgano competente para su tramitación o a la necesidad de presentación personal de solicitudes”*. Mientras que en su apartado 2 señala que si el *“sujeto legitimado se encuentre en territorio extranjero, la presentación de solicitudes de visado y su recogida se realizarán personalmente ante la misión diplomática u oficina consular en cuya demarcación aquél resida.”* (El apartado 3 se refiere no se requerirá la comparecencia personal en los procedimientos de contratación colectiva de trabajadores, en los supuestos contemplados en un convenio o acuerdo internacional).

La redacción de la Disposición Adicional Octava del ROLEX es muy similar a la señalada Disposición Adicional Tercera de la LO 4/00, ampliando su contenido en lo referente a la presentación electrónica. Sin embargo, ambas Disposiciones no exponen nada más allá de lo aquí señalado, sin regular lo referente a la legitimación de los MENAS o NNA No acompañados, terceros interesados antes mencionados, cónyuge, hijos, miembros de la familia extensa o de las personas detenidas en un CIE.

A su vez el art. 20-3 LO 4/00 señala que en los procedimientos administrativos de extranjería estarán legitimadas para intervenir como interesadas las organizaciones constituidas legalmente en España para la defensa de los inmigrantes, expresamente designadas por éstos. Seguidamente en el apartado 4 se expone que también estarán

¹⁰¹² Palomar Olmeda A., (2020). “El procedimiento especial en materia de derechos de los extranjeros...”, op. cit., pp. 467- 497.

legitimadas para intervenir en fase jurisdiccional las entidades que resulten afectadas en los términos previstos por el artículo 19.1.b) LJCA.

En la actualidad, y a pesar de la nueva redacción dada por la LPACAP, en su art. 4 regula el *Concepto de interesado*, (ex, art. 31 Ley 30/92). *Se consideran interesados en el procedimiento administrativo:*

a) *Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.*

b) *Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.*

c) *Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.*

2. *Las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales serán titulares de intereses legítimos colectivos en los términos que la Ley reconozca.*

3. *Cuando la condición de interesado derivase de alguna relación jurídica transmisible, el derecho-habiente sucederá en tal condición cualquiera que sea el estado del procedimiento.”*

A su vez la LPACAP en su art. 7 hace referencia a la pluralidad de interesados, mientras que el art. 8 regula los nuevos interesados en el procedimiento. De ambos artículos se interpreta claramente que cuando figuren varios interesados, las actuaciones a que den lugar se efectuarán con el representante o el interesado que expresamente hayan señalado, y, en su defecto, con el que figure en primer término, asimismo, si durante la instrucción de un procedimiento que no haya tenido publicidad, se advierte la existencia de personas que sean titulares de derechos o intereses legítimos y directos cuya identificación resulte del expediente y que puedan resultar afectados por la resolución que se dicte, se comunicará a dichas personas la tramitación del procedimiento.

La LPACAP continúa manteniendo el criterio existente respecto de los interesados directos legitimados, son aquellos que responden atendiendo al derecho subjetivo y al interés legítimo de la relación jurídica existente (utilidad sustancial directa, inmediata), así como que también están legitimados aquellos sujetos cuyos derechos subjetivos o intereses legítimos (individuales o colectivos) pueden verse afectados (beneficiados o perjudicados) por el procedimiento (utilidad sustancial mediata o eventual o carácter utilidad instrumental o, como dice la ley, que “*puedan resultar afectados por la resolución*”. Respecto a estos últimos fundamentalmente se ha de tener en cuenta que no basta tener un interés genérico en que se cumpla la legalidad, ni la simple condición de ciudadano/extranjero, sino que es necesaria la condición personal de derechos subjetivos o intereses legítimos en correspondencia con la realización del interés general.

Lo anterior lleva a corresponder que generalmente el presentador de una solicitud ante la Administración siempre será interesado y por tanto, la administración esta última instancia tiene que darle todas las oportunidades de participación en el procedimiento que prevea la ley para ellos. El resto de aquellos que se consideren titulares de intereses legítimos interesados, sólo se convertirán en verdaderos interesados, si son ellos lo que promueven el procedimiento o si, ya iniciado este, se persona en él.

Esta última condición de interesados legítimamente es fundamental para los aspectos que abordaremos a continuación, pues determina el nacimiento de una serie de derechos y facultades que la ley le atribuye a lo largo del procedimiento para defender sus pretensiones. La actual LPACAP en el art. 53 atribuye nuevos derechos a los interesados, que no son más que una expresión, una manifestación en parte del derecho fundamental a buena administración. Este art. 53 se debe interpretar en estrecha relación con el art. 13 de la misma norma (Derechos de las personas en sus relaciones con las Administraciones Públicas).

Sobre los nuevos derechos que se les atribuyen a los interesados, destacamos en los que aquí nos interesa:

- a) *conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados; el sentido del silencio administrativo que corresponda, en caso de que la Administración no dicte ni notifique resolución expresa en plazo; el órgano competente para su instrucción, en su caso, y resolución; y los actos de trámite dictados. Asimismo, también tendrán derecho a acceder y a obtener copia de los documentos contenidos en los citados procedimientos.*
- e) *A formular alegaciones, utilizar los medios de defensa admitidos por el Ordenamiento Jurídico, y a aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia, que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución.*
- g) *A actuar asistidos de asesor cuando lo consideren conveniente en defensa de sus intereses.*
- i) *Cualesquiera otros que les reconozcan la Constitución y las leyes.*

A su vez los interesados son los que están legitimados para impugnar y revisar los actos administrativos a través de los correspondientes recursos administrativos arts. 106 y 112 de la LPACAP (ex art. 102 y 107 Ley 30/92, revisión de disposiciones y actos nulos, recursos administrativos, respectivamente), en relación con el art. 19.1-a) y b) LJCA.

Se desprende de todo lo antes dicho que si en el expediente administrativo se advierten la presencia de otros titulares de derechos subjetivos o intereses legítimos, terceros interesados ha de serle comunicada la tramitación del procedimiento, sin embargo, ello sigue siendo una omisión en los procedimientos de extranjería. La denominada llamada de todas aquellas personas que pudieran resultar afectadas de manera directa por el resultado de un acto administrativo, en sentido general es un incumplimiento constante de las administraciones implicadas en esta materia en estudio. Me refiero, (p. ej.), a familiares de primer grado, cónyuges o hijos menores¹⁰¹³ y mayores de edad, ascendentes, familia extensa, o empresarios o empleadores, que ven afectados los derechos adquiridos como interesados a través del titular, o que se vean afectados sus intereses económicos, entre otros.

Lo anterior nos remite obligatoriamente al art. 3 LPACAP, Capacidad de obrar:

- “a) Las personas físicas o jurídicas que ostenten capacidad de obrar con arreglo a las normas civiles.*
- b) Los menores de edad para el ejercicio y defensa de aquellos de sus derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico sin la*

¹⁰¹³ STSJN Sala (Contencioso), Sec.1ª, nº 898/04 de 27-9-2004, Rec. 1125/02.

asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela. Se exceptúa el supuesto de los menores incapacitados, cuando la extensión de la incapacitación afecte al ejercicio y defensa de los derechos o intereses de que se trate.”

La capacidad de obra concretamente en cuanto a los legitimados por sus intereses hace realizar una distinción. El inciso a) del art. 3 citado no revela mayores complicaciones en cuanto al tema abordado, pues de tener la capacidad de obrar de acuerdo con las normas civiles art. 29 (nacimiento determina la personalidad) y art. 30 CC, (capacidad jurídica), en relación con el art. 200 (causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma) y 322 del CC (capacidad plena), es decir, la aptitud para el ejercicio de los derechos subjetivos y de los deberes jurídicos de los que se es titular, que dependerá de la situación personal de cada uno. En igual sentido en cuanto a las personas jurídicas. En lo que se refiere al inciso b) menores lo abordare a continuación de forma independiente atendiendo a sus particularidades concretas.

1.4-2.a)- Asociaciones.

El art. 20-3 LO 4/00 regula que las organizaciones constituidas legalmente en España para la defensa de los inmigrantes, ONG, asociaciones, expresamente designadas por éstos, están legitimadas para representar e intervenir como interesadas de los mismos en los procedimientos administrativos de extranjería. Seguidamente en el apartado 4 se expone que también estarán legitimadas para intervenir en fase jurisdiccional las entidades que resulten afectadas en los términos previstos por el artículo 19.1.b) LJCA. (Cuestiones que se profundizaran en la tercera parte capítulo II).

1.4-2.b)- Ministerio Fiscal.

El Ministerio Fiscal de acuerdo con el art. 124 CE y a su actual Estatuto Orgánico unido a un grupo de instrucciones y circulares regula la actividad del Fiscal en los procedimientos de extranjería en sentido general¹⁰¹⁴. Concretamente y en lo que en este acápite corresponde, procedimiento administrativo, la labor del Fiscal se proyecta sobre las siguientes materias, dictaminar de acuerdo con el art. 57.7 LO 4/00, oportunidad, sobre autorización de expulsión administrativa sobre existencia de proceso penal. En aquellos supuestos del art. 59.4 LO 4/00 (colaboración contra redes organizadas). En temas de MENAS predeterminación de la edad (diligencias pre-procesales falta de previsión legal respecto a recurso directo contra Decreto de determinación edad)¹⁰¹⁵, retornos coactivos en fronteras, devoluciones ya sean individuales o colectivas, menores víctimas de trata (art.59.5 y 59-bis.5 LO 4/00), repatriación, internamientos en CIE en todos ellos deberá velar por el interés superior de menor. (Estos aspectos serán retomados en la tercera parte capítulo II).

1.4-2.c)- Especial referencia a los Menores no acompañados.

¹⁰¹⁴ Sánchez-Covisa Villa, J., (2008). “Ministerio Fiscal, extranjería e inmigración”, en M. Balado Ruíz Gallego. (Coord.). *Inmigración, Estado y Derecho. Perspectivas desde el siglo XXI*. (pp.377-402). Barcelona: Bosch. Instrucción 5/07 FGE, que desarrolla y desglosa los criterios introducidos al respecto por la Circular 2/06, de 27 de julio sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España. Memorias de la FGE de 2019, pp. 814-848.

¹⁰¹⁵ ATC, Sala 2ª, nº 151/13, de 8-07-2010, BOE nº 183 de 01-08-2013, FJ 4-5; Sala 1ª, nº 172/13, de 9-09-2013, BOE nº 242 de 09-10-2013, FJ 4-5, (falta de previsión legal respecto a recurso directo contra Decreto de determinación edad).

He mencionado con anterioridad los MENAS o NNA (niñas o niños no acompañados) y dentro de ellos los supuestos de menores víctimas de trata (art. 59.5 y 59 Bis. 5), retornos coactivos menores en frontera, devolución o expulsión¹⁰¹⁶ de estos. Las obligaciones positivas de los Estados respecto a estos tipos de menores, por otro lado, se ha expuesto el tema de conflicto de intereses de estos con el Fiscal y sus tutores en cuanto a la repatriación y la determinación de la edad¹⁰¹⁷. Seguidamente a través del análisis de la legitimación se abordará algunas de las manifestaciones de las disfunciones entre legitimación de los menores ante determinados actos de la Administración, como el tramites de audiencia o derecho a ser oídos¹⁰¹⁸, o sea el cumplimiento del debido proceso y su repercusión en los supuestos de una solicitud de medida cautelar y su adopción.

El apartado b) del art. 3 LPACAP (capacidad de obrar de los menores para el ejercicio y defensa de sus derechos e intereses) en el área temática encierra ciertas complejidades. Las mismas se manifiestan fundamentalmente en tres etapas: i) de manera inicial, en su arribo o llegada (con independencia y la forma en que sea) de los MENAS o NNA No acompañados, determinación de la edad, derecho a ser oídos y los Decretos del Ministerio Fiscal¹⁰¹⁹, ii) luego en esa misma etapa inicial pero un poco más avanzada, su retorno coactivo en frontera, internamiento en CIE, devolución o expulsión, repatriación o así como los conflictos derivados de estos aspectos con sus propios tutores); iii) una tercera etapa, cuando los MENAS ya son tutelados se producen otros tipos de distorsiones legales y conflicto de intereses, entre los intereses legítimos del menor y la entidad tutelar¹⁰²⁰,

¹⁰¹⁶ Ruiz Legazpi, A., (2011). *La expulsión de menores extranjeros. Límites Constitucionales*. Madrid: CEPC, pp. 200-298.

¹⁰¹⁷ López de los Mozos Díaz-Madroñero, A., (2013). “La nueva Legislación en materia de repatriación de Menores Extranjeros No Acompañados”. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, (nº 21), pp. 157-180 Armenteros León, M., (2011). “La regulación del procedimiento de repatriación de los menores extranjeros en el nuevo reglamento de extranjería”. *Diario La Ley* (Estudios doctrinales), (nº 7679), p. 5.

¹⁰¹⁸ ATC, Sec. 2ª, nº 372/07, FJ 2-3.

¹⁰¹⁹ En este sentido, las Memorias de la FGE en el periodo de 2015-2019, en lo que nos interesa de las mismas los Capítulos referidos a Fiscales coordinadores y delegados para materias específicas, Punto Extranjería, y su Instrucción 6/04, de 26-11-2004, sobre tratamiento jurídico de los menores extranjeros inmigrantes no acompañados. Dictamen 5/14 de la Unidad de menores de la FGE, sobre protección de menores extranjeros que acceden irregularmente al territorio en compañía de personas sin vínculo acreditado de parentesco y/o en riesgo de victimización. Circular 9/15, sobre la Intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de La Jurisdicción Voluntaria. 6.1. Habilitación para comparecer en juicio y nombramiento del defensor judicial. Conclusión 23, interpretación de los arts. 29 LJV y 8 y 9 LEC 1/2000. Los procesos de nombramiento de defensor judicial están matizados por las notas de provisionalidad, subsidiariedad y temporalidad. Evitarse actuaciones meramente formales que puedan causar indefensión, aun cuando tiendan a agilizar el procedimiento.

¹⁰²⁰ En este tipo de supuestos también se hace necesario el nombramiento de un defensor judicial. Concretamente sobre los MENAS, nos debemos remitir a lo regulado en el art. 35 LO 4/00, en relación con el art. 189 y ss. ROLEX. El art. 35 LO 4/00 en su apartado 6, señala: “6.- A los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años se les reconocerá capacidad para actuar en el procedimiento de repatriación previsto en este artículo, así como en el orden jurisdiccional contencioso administrativo por el mismo objeto, pudiendo intervenir personalmente o a través del representante que designen”. Cuando se trate de menores de dieciséis años, con juicio suficiente, que hubieran manifestado una voluntad contraria a la de quien ostenta su tutela o representación, se suspenderá el curso del procedimiento, hasta el nombramiento del defensor judicial que les represente”. Instrucción 1/07, de 15-03-2007, de la FGE, sobre actuaciones jurisdiccionales e intimidad de menores. En este sentido es necesario tener presente los siguientes artículos del CC art. 221. 2º (tutela, conflicto de intereses), art. 224 (la tutela, estará en correspondencia con el interés y benéfico del menor, salvo que el beneficio del menor o incapacitado exija otra cosa), art. 249 y 256 (cuando exista remoción de tutor o excusa del tutor, nombramiento al tutelado de un defensor judicial), art.

entre ellos, derecho a la solicitud de la autorización de residencia (art. 196 ROLEX), sus renovaciones, derecho a la solicitud de nacionalidad, entre otros. Es decir, en estas etapas se configuran una serie de supuestos en que el menor encuentra dificultades para la protección y el ejercicio de sus derechos subjetivos y deberes jurídicos. Ello precisa de un representante legal, o defensor judicial¹⁰²¹ que ejercite los derechos y deberes de los cuales es titular¹⁰²².

Si bien es cierto que el art. 9 y 10 LOPJM¹⁰²³, prevé entre las medidas para facilitar el ejercicio de los derechos de los menores poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las situaciones que considere que atentan contra sus derechos, con el fin de que éste promueva las acciones oportunas. Ello visto así podría propiciar que fuera el mismo Ministerio Fiscal el que interpusiera el recurso en caso de estimar que el interés del menor exija, (p. ej.), la permanencia en España, o cualquier otro procedimiento en representación del menor. Sin embargo, en los procedimientos entunicados como el de la determinación de la edad de estos se dan situaciones en las que el Ministerio Fiscal al declarar la mayoría de edad atenta contra ese interés del menor de la permanecer en España. En este preciso momento entra en una cuerda floja la capacidad de obrar del presunto menor. Por un lado, un Decreto declarando su mayoría de edad lo priva de los derechos de la CoDN, art. 12¹⁰²⁴, art. 24 CDFUE, art. 15 Carta Europea de los Derechos del Niño¹⁰²⁵, así como de los derechos del Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños¹⁰²⁶, arts. 3 Derecho a ser informado y a expresar su opinión en los procedimientos, art. 4. Derecho a solicitar la designación de un representante especial y art. 6 Proceso de

267 (el tutor es el representante del menor o incapacitado salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la Ley o de la sentencia de incapacitación).

¹⁰²¹ Art. 163 y art. 299 y ss. del CC, intereses opuesto-padres hijos, nombramiento defensor judicial, en relación con el art. 7.1, 2 y art 8, ambos de la LEC.

¹⁰²² En este sentido una vez más se muestra de acuerdo con las sentencias que se expondrán la diversidad de criterios de una misma Sala y diferentes Secciones Contenciosa de un TSJ. Todas abordan la capacidad procesal del menor y la solicitud de medidas cautelarisima ante una repatriación, nombramiento de defensor judicial. SSTSJ Sala (Contencioso), Sec. 9ª, nº 1470/09 de 22-10-2009, Rec. 1137/08; Sec. 9ª, nº 388/08 de 25-03-2008, Rec. 679/07; Sec. 6ª, nº 1517/07 de 4-12-2007, Rec. 651/07; nº 1380/07, de 6-11-2007, Rec. 243/07 y nº 930/07 de 10-7-2007, Rec. 53/07; Sec. 2ª, nº 1221/08 de 19-6-2008, Rec. 107/08, todas ellas de una forma u otra señalan las contradicciones de intereses entre los menores y la entidad que ha asumido la tutela de los mimos y el Ministerio Fiscal, al ser la entidad tutelar y el Fiscal partidarios de la repatriación, debiendo el juzgado de instancia contencioso-administrativo proceder al nombramiento de defensor judicial. Criterio diferente Sec. 8ª, del mismo TSJM Sala (Contencioso) nº 1413/08 de 23-7-2008, Rec. 569/08, dicha Sección estima el recurso de apelación por la falta de capacidad procesal del "recurrente menor", pues dada su situación de menor no emancipado sujeto a tutela de la Comunidad Autónoma, no puede otorgar apoderamiento de clase alguna para recurrir la Resolución de la Delegación del Gobierno que acordó su repatriación.

¹⁰²³ Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, BOE nº 15 de 17-01-1996 (en lo sucesivo LOPJM). Modificado por la LO 8/15, de 22-07-2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, BOE nº 175 de 23-07-2015; así como las respectivas leyes sobre menores en las respectiva CCAA, ((p. ej.), en Madrid el art. 3 Ley 6/95, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia en la Comunidad de Madrid, o art. 3 de la Ley 12/08, de 3-07-2008, de la Generalitat Valenciana, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunitat Valenciana DOGV nº 5803 de 10-07-2008).

¹⁰²⁴ Observación General nº 12 del CDN (2009): *El derecho del niño a ser escuchado*.

¹⁰²⁵ DOCE nº C 241, de 21 de septiembre de 1992.

¹⁰²⁶ Instrumento de ratificación BOE nº 45 de 21-02-2015, entro en vigor para España el 1-04-2015.

decisión, papel de las autoridades judiciales y por otro, si ha de ser nombrado un defensor judicial.

En todo caso, en todos aquellos supuestos donde existan menores o sean afectados derechos del interés superior del menor, su intimidad y vida privada¹⁰²⁷, ya sean procesos de internamientos¹⁰²⁸, retornos forzosos, sancionadores/devoluciones/repatriaciones propiamente dichos, o todos aquellos de gravamen, o aquellos que afecten derechos subjetivos adquiridos, la Administración deberá proceder a la audiencia del menor al considerarse un derecho¹⁰²⁹, una obligación¹⁰³⁰, para valorar cambios de circunstancias, atendiendo entre otros razonamientos a la doctrina constitucional y la jurisprudencia de la Sala 1ª del TS, las cuales han señalado que, en los procedimientos sobre protección de menores en los que el interés del menor es prioritario, no rige el principio de perpetuación de la acción, permitiendo, de esta manera que, en vía de recurso, se pueda contemplar los cambios de circunstancias producidos con posterioridad¹⁰³¹.

Expuesto lo anterior, se denota en el actuar de la Administración una tendencia a la vulneración del debido proceso, de un derecho a una buena administración, del derecho a ser oído el menor. Estas situaciones vienen a reforzar el criterio que se viene sosteniendo, que ante vulneraciones de tal calado, ha de primar la intensidad del *fumus boni iuris* ante el mal actuar de la Administración (*fumus mali iuris*), se debilita así el interés general y la ejecutoriedad del acto administrativo, pierde su fuerza rectora el *periculum in mora*, se fortalece la interpretación del principio más favorable del ciudadano¹⁰³².

1.4-2. d)- Especial referencia a los terceros interesados.

Seguidamente se tratará la misma problemática, en este caso, respecto a terceros interesados, cónyuges o persona unida por análoga relación de afectividad¹⁰³³, hijos

¹⁰²⁷ Instrucción 1/07, de 15-03-2007, FGE, sobre actuaciones jurisdiccionales e intimidad de menores.

¹⁰²⁸ Solicitud al TEDH Sec. 1ª nº 5797/17 de Ousainou Darboe y Moussa Camara c. Italia de fecha 18-01-2017. STEDH, Sec. 1ª de 15-03-2016, asunto Sh. D. y otros c. Grecia, nº 14165/16, apdo. 3 y 69 y asunto Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica.

¹⁰²⁹ Pérez Salazar-Resano, M., (2005). “Patria Potestad”, en P. González Poveda, & P. González Vicente, *Tratado de Derecho de Familia*, Madrid: Sepín. pp. 204 y ss.

¹⁰³⁰ STC, Sala 1ª, nº 17/06 de 30-1-2006, BOE 51/06, de 1-03-2006. Derecho del menor a ser oído.

¹⁰³¹ SSTC, Sala 1ª, nº 75/05, FJ 4-9; Sala 2ª, nº 58/08, de 28-04-2008, BOE nº 135 de 04-06-2008 y STS, Sala 1ª, Sec. 1ª, nº 565/09, de 31-07-2009, Rec. 247/07, FD 5.

¹⁰³² García de Enterría, E., (1963). “El principio de interpretación más favorable del administrado al enjuiciamiento jurisdiccional de los actos administrativos”. *RAP*, (nº 42), pp. 267-294, p. 283.

¹⁰³³ STS, Sala 3ª, Sec. 3ª, nº 4855/12 de 29-6-2012, Rec. 5805/11, FD 3 “...*Es indudable la legitimación y procedencia del ejercicio de esta segunda acción, de acuerdo con lo establecido en el art. 31.2 de la Ley de la Jurisdicción.*”. STSJM Sala (Contencioso), Sec. 1ª, nº 801/14 de 27-11-2014, Rec. 494/14, falta legitimación, en el supuesto de autos quien invita no demuestra una relación de pareja de hecho asimilable a una relación conyugal que determinaría ese especial interés del que venimos hablando y de la legitimación, siendo el recurso inadmisibile al amparo del art. 51.1 b) LJCA.

mayores o de los menores de edad, ascendientes¹⁰³⁴, hermanos¹⁰³⁵, miembros de la familia extensa y empresarios¹⁰³⁶. Su capacidad de obrar o legal para actuar en defensa de sus propios derechos e intereses (téngase en cuenta aquellos actos de gravamen que les pueden afectar directamente).

Respecto a estos terceros generalmente existe como se ha señalado más arriba una ineffectividad que va más allá de lo residual, al no ser tenidos en cuenta, en los procedimientos en estudio, atentando contra las garantías de sus derechos e intereses legítimos de terceros en relación con la tutela cautelar administrativa efectiva y eficaz. Es decir, la problemática se centra cuando el titular afectado por el acto administrativo directo solicitado se aquieta o aparta del proceso administrativo e incluso no recurre a la vía contenciosa (cuestión que abordare más adelante), sin embargo, estos terceros legitimados y con interés desean accionar en correspondencia con el principio *pro actione*. En este sentido se ha de tener presente lo ya expuesto, la correspondencia entre interés general y de terceros, por tanto, dichos terceros interesados y legitimados pueden interponer los recursos que consideren necesario en el procedimiento administrativo, solicitando la suspensión del acto y las medidas cautelares que consideren de su interés.

1.4-2. e)- Especial referencia a los extranjeros privados de libertad.

Por último, se ha de tratar la legitimación y la capacidad de obrar relativa al extranjero legitimado/interesado que encontrándose en situación de privación de libertad (esta situación puede abarcar todas aquellas situaciones de limitaciones de la libertad, desde las detenciones en fronteras, detenciones en comisarías por 72 horas, hasta los extranjeros que están en CIE y aquellos privados de libertad en cumplimiento de condenas¹⁰³⁷), quiera y pueda ejercitar las acciones correspondientes en vía administrativa, con las respectivas solicitudes de actos o medidas cautelares (se analizará en la tercera parte esta especial

¹⁰³⁴ STSJM, Sala (Contencioso), Sec. 1ª, nº 307/18 de 19-04-2018, Rec. 924/17. Denegación visado. Recurrente padre, solicitante visado hija. Legitimación activa del padre. Se opone la Administración al amparo de los art. 19 y 69 LJCA, inadmisibilidad del recurso por falta de legitimación del recurrente, no es la persona que ostenta el interés legítimo, siendo que el recurso debería haber sido presentado por la propia solicitante del visado, teniendo capacidad jurídica y de obrar suficiente para poder actuar ante esta jurisdicción. STSJM, Sala (Contencioso), Sec. 1ª, nº 506/17 de 26-06-2017, Rec. 1186/16. Denegación visado, legitimación ascendiente. STS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 7614/10 de 17-12-2010, Rec. 3721/07. Denegación visado padre hijo este motivo de casación debe prosperar porque la legitimación procesal regulada en el art. 19.1.a) LJCA es una condición de la admisibilidad del proceso (y no de la validez jurídica de la pretensión en él deducida), que equivale a la titularidad potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica (sea ésta de carácter material o moral) por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría de prosperar.

¹⁰³⁵ STS, Sala 3ª, Sec. 3ª, nº 39/17 de 17-01-2017, Rec. 2695/15. Legitimación activa. La recurrente ostenta interés legítimo para que a su hermana se le otorgue el visado, y tiene legitimación para impugnar la decisión denegatoria.

¹⁰³⁶ STSJA (Sede Granada), Sala (Contencioso), Sec. 1ª, nº 2777/11 de 31-10-2011, Rec. 2469/03. Legitimación activa. El Abogado del Estado entiende que el extranjero no está legitimado para accionar como interesado cuando el legitimado principal que hizo la solicitud (el empresario) no lo hace; cuyo consentimiento con la denegación dictada se entiende que constituiría motivo suficiente para confirmar el acto impugnado. Claramente, en el presente caso, se ha de considerar "interesado" tanto al empresario que efectúa la solicitud del permiso de trabajo para el extranjero que pretende contratar en el puesto de trabajo ofertado, como al propio extranjero cuyo permiso de trabajo es denegado; e incluso, ha de considerarse que es la esfera jurídica de éste último la más afectada por la resolución administrativa recurrida.

¹⁰³⁷ Almeida Herrero, C., Carretero Trigo, M., (2019). "Extranjeros en prisión. El papel de la expulsión" *Revista Crítica Penal y Poder*, nº 18, OSPDH. Universidad de Barcelona, pp. 94-102.

circunstancias en relación con la especial urgencia, art. 135 LJCA). Aspectos que tienen en la práctica forense serias limitaciones.

Para ello debemos remitirnos primeramente al art. 22.3 LO 4/00, el cual permite que los extranjeros pueden expresar su voluntad de interponer el recurso o ejercitar la acción correspondiente en vía jurisdiccional contra actos concretos de denegación de entrada, devolución o expulsión. A su vez el art. 223 del ROLEX -Manifestación de la voluntad de recurrir-, señala que en el caso de que el extranjero se hallase privado de libertad podrá manifestar su voluntad de interponer recurso contencioso-administrativo o ejercitar la acción correspondiente contra la resolución de expulsión ante el Delegado o Subdelegado del Gobierno competente o el Director del CIE bajo cuyo control se encuentre, que lo harán constar en acta que se incorporará al expediente. Bien, si ello es posible para la vía jurisdiccional, claro está, que es posible ejercitar dicha acción de recursos primeramente en el propio procedimiento administrativo (art. 21.1 LO 4/00).

La problemática no solo se centra en los supuestos de procesos antes citados, sino, contra actos de otra índole, como denegaciones de renovación de autorización de residencia o RLD, de arraigos y otras solicitudes personales, como (p. ej.), solicitudes de renovación de pasaporte, etc. La LO 4/00 y su ROLEX no exponen nada al respecto. En este sentido por el propio alcance del art. 24 CE en relación con los arts. 20-21 de la propia LO 4/00, siempre y en todo caso, se deberá realizar en la misma forma que la anterior, ante el funcionario público que reglamentariamente se determinen, es decir, en los supuestos de estar el extranjero en un CIE, ante el Director del mismo, de estar en un centro penitenciario, en quien la Dirección del Centro Penitenciario designe. La cuestión repercute precisamente en el tipo y naturaliza jurídica de los actos (renovación, arraigos, renovación pasaportes, iniciales de TFCUE por matrimonio o parejas de hecho), que ante todo, puede hacer cambiar la situación del internamiento (cambio de circunstancias, cuestiones de fondo que pueden hacer el levantamiento o modificación de la medida cautelar) y en otro sentido, en los plazos, efectividad y eficacia del recurso presentado por el interno, la accesibilidad real, la disponibilidad, en las dilaciones o trabas administrativas arbitrarias o actos de omisiones.

1.4-3- Conclusiones parciales.

1.- El derecho a una buena administración, al procedimiento debido, a un proceso equitativo, a una tutela administrativa eficaz y efectiva, conlleva garantizar en la tramitación del procedimiento que aparezcan todos los titulares de los derechos subjetivos o con intereses legítimos, -ya sean los directos, indirectos o terceros-, que se les comuniquen o notifiquen los actos administrativos correspondientes para que tuvieran la oportunidad de personarse y presentar las alegaciones correspondientes en defensa de sus derechos e intereses subjetivos. La llamada al procedimiento de todos los titulares de derechos subjetivos e intereses legítimos en los procedimientos administrativos de extranjería tiene deficiencias al no encontrarse regulado de forma explícita dicha participación de interesados indirectos o terceros en la LO 4/00 y su ROLEX, debiendo auxiliarse de la LPACAP.

2.- De acuerdo con que los intereses de terceros quedan equiparados en este ejercicio de proporcionalidad al interés general hace que los mismos refuercen doblemente los intereses individuales al estar aquellos generalmente en correspondencia con estos últimos. Esto hace ratificar que el llamado de los terceros interesados al procedimiento administrativo sea un requisito importante en la aproximación teórica general de las

medidas cautelares en la presente especialidad. EL análisis proporcional de los intereses legítimos de terceros coadyuva directamente en la adopción de la medida cautelar.

3.- La capacidad de obrar de los menores de edad que tengan derechos subjetivos e intereses legítimos en cualquier procedimiento administrativo de la presente especialidad hace que estén legitimados para ser oídos con todas las garantías y con toda su capacidad de obrar, esto a través de sus progenitores, tutores, representantes legales o defensores judiciales. Interponiendo recursos, para el ejercicio y defensa de sus propios derechos e intereses y de aquellos intereses y derechos que puedan verse afectados por el ordenamiento jurídico-administrativo, con respecto a su familia y de él mismo. En todo caso estar legitimados y con capacidad para la solicitud de medidas cautelares, en la presente vía administrativa. En aquellos supuestos que existan conflictos de intereses entre los menores, sus presentantes, tutores o Ministerio Fiscal conllevará al nombramiento de un defensor judicial.

4.- Los extranjeros privados de libertad, interesados/legitimados presentan dificultades de accesibilidad y disponibilidad real de acceso a los recursos administrativos suspensivos y solicitudes de medidas cautelares, con efectos de eficacia y efectividad. Se presentan trabas dilatorias para el ejercicio de sus derechos y defensas de sus intereses con todas las garantías de una buena administración y procedimiento debido, a una tutela cautelar administrativa eficaz y efectiva. Dichas dilaciones o trabas administrativas arbitrarias o actos de omisiones se agudizan en supuestos de renovación de autorizaciones de residencia o RLD, arraigos, iniciales de TFCUE, etc., que pueden hacer cambiar la situación del internamiento o privación de libertad, al ser cuestiones de cambio de circunstancias, cuestiones de fondo, que pueden hacer el levantamiento o modificación de la medida cautelar.

CAPITULO-II.- Las medidas provisionales o cautelares. Suspensión de la ejecución de los actos impugnados en vía administrativa en el Derecho Extranjería. Régimen General y Régimen de Ciudadanos de la Unión y sus familiares.

2.1- Consideraciones previas.

Acotadas las cuestiones anteriores nos permite abordar las medidas provisionales o cautelares en el procedimiento administrativo en el ámbito del Derecho de Extranjería y contrastar si la aproximación teórica general propuesta para dichas medidas es adecuada o alejada del comportamiento de las medidas en la práctica forense administrativa. A su vez se determinará si los recursos administrativos que se interponen son suspensivos, efectivos, eficaces y si existen pronunciamientos sobre la suspensión automática de los mismos, esto último en correspondencia con el art. 13 CEDH y 47 CDFUE. La necesidad de la existencia de un recurso efectivo y eficaz, de calidad, rapidez, accesibilidad real, disponibilidad, especialmente en el sentido de que su ejercicio no debe ser obstaculizado de manera arbitraria por actos u omisiones de las autoridades estatales, es a su vez uno de los aspectos a profundizar en este capítulo¹⁰³⁸. Por demás se determinará si los recursos

¹⁰³⁸ Vaquer Caballería, M., (2020). “Los procedimientos impugnatorios: recursos administrativos...”, op. cit., pp. 501-574, señala el autor la dificultad de probar aun sin soporte empírico, pues no dispone de estadísticas sobre si los recursos administrativos son efectivos en su función revisora o ha aumentado la función impugnatoria como carga para el ciudadano, señalando que de ser cierta su hipótesis sobre la ineffectividad de los recursos administrativos, señala varias propuestas, ente ellas, la ampliación del campo de la suspensión automática, pp. 555, 558-560, 566-567. Con criterio contrario Teso Gamella, M. P., (2007). *Medidas Cautelares*,..., op. cit., pp. 33 y 39. El principio de eficacia de la actuación administrativa,

existentes y la solución que se le da a los mismos por la Administración prevén el riesgo o daño irreversible que puede producir la ejecución del acto. Todo el análisis que se realizará será bajo el paraguas de los derechos humanos y fundamentales antes estudiados. En estrecha relación con lo dicho se encuentra lo establecido en el art. 20 y 21 LO 4/00 y la Disposición adicional decimocuarta del ROLEX, referente a los Recursos¹⁰³⁹.

Precisados los objetivos del presente capítulo los cuales se encuentran en correspondencia con las preguntas de investigación formuladas se ha de señalar que las medidas provisionales se encuentran reguladas en el art. 56 LPACAP y las denominadas medidas cautelares de suspensión, contempladas, tanto en el art. 108, procedimiento de revisión de oficio, y art. 117 ambos de la LPACAP. Conformando todas partes del mismo género de las medidas cautelares. Manteniendo las mismas los principios de proporcionalidad, efectividad y menor onerosidad, prohibiéndose adoptar aquellas medidas provisionales que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes; así como la exigencia de la motivación. Sin que ello quiera decir que no se puedan tomar cuantas medidas se requieran o sean necesarias para asegurar la protección del interés general o de terceros y la eficacia de la resolución o el acto administrativo. Caracterizándose además en que se pueden dictar antes de la iniciación del procedimiento administrativo en los casos de urgencia inaplazable y para la protección provisional de los intereses implicados las cuales deberán ser confirmadas, modificadas o levantadas en el acuerdo de iniciación del procedimiento. También podrán ser adoptadas una vez iniciado el procedimiento por el órgano administrativo competente e incluso posterior al dictado de la resolución administrativa. En todo caso las medidas se podrán adoptar a solicitud de parte o de oficio y han de ser motivadas y proporcionales.

Se ha señalado que la Disposición adicional segunda del ROLEX expone que en lo referente a la normativa aplicable a los procedimientos de extranjería en lo no previsto en el mismo se regirá por la LPACAP. A su vez el art. 21-2 LO 4/00 señala que el régimen de ejecutividad de los actos administrativos dictados en la misma será el previsto con carácter general en la legislación vigente, salvo lo dispuesto en esta Ley para la tramitación de expedientes de expulsión con carácter o procedimiento preferente (única excepción, la que nos acompañará en todo el análisis que realicemos sobre la suspensión y la solicitud de medidas provisionales o cautelares en la materia de estudio). Por tanto, de forma general del art. 21.1 LO 4/00 se interpreta que todos los actos y resoluciones administrativas son recurribles con arreglo a lo dispuesto en las leyes. Una segunda lectura, es la que nos interesa sobre la ejecutividad de dichos actos, -art. 21.2 LO 4/00- los actos administrativos en materia de extranjería producirán sus efectos desde la fecha

el principio de ejecutividad art. 103.1 CE hacen que la impugnación del acto administrativo en vía administrativa o en sede jurisdiccional no produce la suspensión automática de la ejecución del acto recurrido, con la excepción del procedimiento sancionador por lo que la interposición de un recurso administrativo supone la suspensión automática de la eficacia de la sanción impuesta, (p. ej.), en materia tributaria, que como señala la autora *“tiene un tratamiento privilegiado”*, p. 256.

¹⁰³⁹ La Disposición adicional decimocuarta del ROLEX recoge los efectos de los recursos. Para una mejor comprensión de los efectos de dichos recursos, tanto, en vía administrativa y luego la jurisdiccional (ex art. 25 LJCA), debe precisarse que las resoluciones sobre concesión o denegación de visados, prórrogas de estancia o autorizaciones de residencia y de trabajo, sanciones administrativas y expulsiones de extranjeros pondrán fin a la vía administrativa. Se exceptúan las resoluciones sobre denegación de entrada y devolución, las cuales no agotan la vía administrativa (recurso alzada), así como los asuntos derivados de solicitudes de CUE y sus familiares. En cuanto a la ejecutividad de los actos, todos son suspendidos de acuerdo con la ley, excepto los expedientes de expulsión con carácter preferente.

en que se dicten, podrán ser suspendidos, esto en relación con los arts. 38 y 39 LPACAP donde se estipula la ejecutividad y efectos del acto, así como el art. 98 –ejecutoriedad¹⁰⁴⁰- ; salvo en lo que respecta a los procedimientos sancionadores preferentes que tienen una ejecutividad inmediata¹⁰⁴¹, como se regula de acuerdo con la LO 4/00 y al ROLEX art. 216.1 normativa aplicable en la potestad sancionadora remitiendo a la LPACAP.

En igual sentido es destacable mencionar en estas consideraciones previas el art. 22.3 LO 4/00, referente al “*Derecho a la asistencia jurídica gratuita*”, en lo relativo a su expresión, “*constancia expresa de la voluntad de interponer el recurso o ejercitar la acción correspondiente...*”. Ello comparado y en relación con los siguientes artículos de la LPACAP, -arts. 56.2 en lo relativo a la “*urgencia inaplazable*”, art. 90.3 “-*si el interesado manifiesta a la Administración su intención de interponer recurso contencioso-administrativo*”- y art. 98.1.b) -“*Se trate de una resolución de un procedimiento de naturaleza sancionadora contra la que quepa algún recurso en vía administrativa, incluido el potestativo de reposición*”-, permite realizar una interpretación sistemática hermenéutica que nos conduce a señalar la existencia de una correspondencia e interconexión entre todos los artículos que posibilita continuar sosteniendo el criterio de que los actos administrativos dictados en la presente materia pueden en el propio procedimiento administrativo solicitarse la medida cautelar con efecto suspensivo automático¹⁰⁴² o cualquier otra medida de las permitidas en ley, requiriéndose para ello una resolución prospectiva y una Administración a la altura de los principios y derechos antes estudiados (no se debe olvidar que el art. 112.2 LPACAP permite que las leyes sectoriales puedan sustituir los recursos de alzada y reposición por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o Comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas). Lo antes señalado tendrá una excepción por imperativo legal, las expulsiones del procedimiento preferente (el cual como veremos en la tercera parte solo podrá ser suspendido a través de las medidas del art. 135 LJCA).

A su vez existe otra dos limitaciones: i) el art. 90.3 LPACAP está configurado solo es para los procedimientos sancionadores, no previendo el resto de procedimientos que generen fuertes gravámenes, como retornos coactivos en frontera, denegación de entrada, devoluciones o devoluciones colectivas y ii) en todo caso las suspensiones que se adopten tiene un efecto limitado en el tiempo, solo tienen su efecto suspensivo hasta que se interponga el correspondiente recurso contencioso administrativo.

¹⁰⁴⁰ La fórmula general de que los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo serán inminentemente ejecutivos con arreglo a lo dispuesto en dicha Ley, arts. 38, 39, 64, 85, 89 y 90, 98, todos LPACAP, esto es -acuerdo de iniciación en los procedimientos de naturaleza sancionadora, terminación procedimientos, propuesta de resolución y especialidades de la resolución en dichos procedimientos, respectivamente-. Ante ello, el inciso 2. e) art. 64 regula las “*Medidas de carácter provisional que se hayan acordado por el órgano competente para iniciar el procedimiento sancionador, sin perjuicio de las que se puedan adoptar durante el mismo de conformidad con el artículo 56*”.

¹⁰⁴¹ La diferencia entre procedimiento preferente y ordinario es significativa, ya que el segundo permite formas de impugnación en el procedimiento administrativo con solicitud de actos de suspensión o medidas cautelares, los plazos de caducidad son diferentes, posibilidad de salir voluntariamente con la consiguiente eliminación de la prohibición de entrada (posibilidad de salida voluntaria y no prohibición de retorno), incluso imposibilita el internamiento y otras garantías, como la nulidad o anulabilidad según el caso.

¹⁰⁴² Rebollo Puig, M. (2017). “La Ejecutividad de las Sanciones tras la nueva...”, op, cit., p. 1348.

Estas consideraciones previas en sentido general también son de aplicación a las suspensiones en el Régimen Ciudadanos de la Unión y sus familiares, aunque como se analizara en el punto 2.4 tiene sus especificidades.

2.2 - El art. 56 Ley 39/15. Medidas provisionales. Art. 61 LO 4/00.

Las medidas provisionales del art. 56 LPACAP cumplen las características fundamentales de las medidas cautelares, instrumentalidad, accesoriedad, provisionalidad o temporalidad, variabilidad, discrecionalidad, verosimilitud, recurribilidad, dirigidas a asegurar la eficacia de la resolución. Respecto de ellas, concretamente analizaré dos cuestiones que se interrelacionan estrechamente con el art. 61 LO 4/00: i) lo relativo a la urgencia, se ha de destacar la “*urgencia inaplazable*” para aquellas medidas a tomar antes de la iniciación del procedimiento administrativo; y ii) lo relativo al catálogo o elenco de medidas cautelares y el *numerus apertus* de ellas.

En cuanto al primer punto, la “*urgencia inaplazable*” hay que señalar que el apartado 2 del art. 56 LPACAP recoge dicha definición que no es más que una expresión manifiesta de la doctrina jurisprudencial. En cuanto al contenido de la urgencia “*inaplazable*” para la protección provisional de los intereses implicados¹⁰⁴³ el legislador no entro en mayores consideraciones¹⁰⁴⁴, junto a la urgencia agrego el adjetivo “*inaplazable*”, sin más. Entiendo que el legislador ha querido resaltar, escalonadamente, introduciendo un *plus* a dicha urgencia, un *plus* de mayor de necesidad, intensidad de la urgencia misma, al introducir el adjetivo inaplazable. Gramaticalmente urgencia e inaplazable son sinónimos, por lo tanto, entendemos que da una especie de clasificación a la urgencia, pudiéndose distinguir entre aquellos casos de urgencia inminente, inaplazable, apremiante, perentoria, ante la inminencia del riesgo o daño irreversible a aquellos casos en que la urgencia es de una menor intensidad, puede entonces tener un plazo de tiempo para su ejecución que precisamente pueda ser aplazable.

Lo anterior nos conduce a profundizar en la interpretación y alcance de la urgencia inaplazable en sí misma. Se introducen en el citado apartado 2 del art. 56 LPACAP otros elementos importantes e innovadores, que juntos a la propia urgencia inaplazable hacen realizar la siguiente proyección de análisis: se encuentran presente en el artículo en estudio, la proporcionalidad y la motivación; estos tres requisitos integradores del artículo en cuestión responde a las garantías del debido proceso, a la tutela administrativa efectiva, como antesala de la tutela judicial efectiva. Estos requisitos están en reciprocidad con la doctrina y jurisprudencia consolidada del TEDH y TJUE respecto del art. 6 y art. 13 CEDH y art. 47 CDFUE respectivamente, a su vez en lo que aquí nos concierne, también están en conexión con la previsibilidad del daño irreparable o irreversible. Sin embargo, a pesar de ello el legislador no configuro la suspensión automática, lo cual hace replantear la interpretación gramatical de “*urgencia inaplazable*” por una interpretación sistemático-hermenéutica y axiológica del alcance de dicha urgencia junto a la proporcionalidad, la motivación y los daños irreversible. Del resultado de dicha interpretación hace aseverar que tras una resolución prospectiva y una Administración a la altura de los principios y

¹⁰⁴³ Téngase en cuenta que el concepto empleado es muy similar al existente en la LJCA en su art. 135 especial urgencia.

¹⁰⁴⁴ Vid. nota 804. A su vez el Dictamen 275/15 del Consejo de Estado en su capítulo IV. Observaciones particulares, punto 17) hace mención al art. 83. Medidas provisionales del anteproyecto de la LPAC, sin realizar mayores consideraciones, solo aquellas referentes al elenco de medidas provisionales que pueden adoptarse.

derechos estudiados dicha “urgencia inaplazable” puede alcanzar la suspensión automática de supuestos donde esté en peligro la vida, o existan pruebas de malos tratos, explotación laboral, sexual, trata de personas, interés superior del menor, internamientos o detenciones en 72 horas para la ejecutividad de las resoluciones de expulsión ya firmes (causado estado), provenientes de procedimientos ordinarios o preferentes y aquellas que surjan de los procedimientos preferentes aun en trámite pero que se pretenda ejecutar el acto de acuerdo con las características distintivas del citado procedimiento. Lo expuesto está en consonancia con la interpretación constitucional dada por la STC Pleno nº 172/20 en cuanto al sistemas de derechos y garantías fundamentales del sistema de DIDH.

Respecto a al segundo aspecto, el catálogo o elenco de medidas cautelares, el *numerus apertus* de estas, como señala el art. 56-3 LPACAP, configura un elenco de medidas cautelares o el *numerus apertus* de ellas, que en inciso i) son analógicamente las mismas que están reguladas en el inciso f) del art. 61 LO 4/00, “*Cualquier otra medida cautelar que el juez estime adecuada y suficiente*”, con la diferencia que este elenco de medidas cautelares abiertas, en la especialidad aquí tratada, las deberá adoptar el juez. Ello abre un abanico de posibilidades que van más allá de aquellas que tradicionalmente se adoptan. En estrecha relación con lo anterior el ROLEX, en su art. 213 regula el RCE, señalando que en el mismo se registrarán entre otros tantos datos aquellos:

m) Medidas cautelares adoptadas, infracciones administrativas cometidas y sanciones impuestas en el marco de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y de este Reglamento.

w) Cualquier otra resolución o actuación que pueda adoptarse en aplicación de este Reglamento.

2. Los órganos que adopten las resoluciones y concedan los documentos a que se refiere el apartado 1 deberán dar cuenta de ello, a efectos de su anotación en este registro.

En consecuencia con lo expuesto entiendo que se abren a la Administración, a los interesados directos y a terceros interesados toda una serie de posibilidades en materia de medidas cautelares en el procedimiento administrativo las cuales estarían encaminadas a asegurar la efectividad de la resolución del procedimiento. Siempre y cuando ello sea visto e interpretado con el prisma aquí planteado (las garantías de los derechos fundamentales y todas las circunstancias e intereses generales e individuales en conflicto, no actuando como una Administración de policía/limitativa). En este sentido, como se expondrá más adelante, puede ser resultado de esta interpretación la posibilidad de la adopción de la medida cautelar de anotación preventiva del recurso administrativo correspondiente (aspecto que desarrollaremos *infra*).

En cuanto a las medidas cautelares del art. 61 LO 4/00, aparentemente están dirigidas solamente a cuando se incoe un procedimiento sancionador al estar ubicadas en la sistemática estructural de la ley en los procedimientos sancionadores, por tanto, inicialmente se configuran como garantías de efectividad y cumplimiento de la tutela ejecutiva administrativa sancionadora, cuestión que no es del todo así, debido a que las medidas del citado artículo, como veremos se pueden adoptar para supuestos de prohibiciones de entradas, devoluciones, retornos coactivos en fronteras. Además, el propio apartado segundo del art. 61 LO 4/00 se interpreta claramente que se aplican a otros expedientes sancionadores como los de los transportistas.

En igual sentido supuestamente de la interpretación gramatical del art. 61 LO 4/00 se podrá adoptar una sola medida al señalar que “*podrá adoptar alguna*”. Sin embargo, el art. 244 ROLEX, “*Medidas cautelares en el procedimiento de expulsión*”, señala que se podrá adoptar en cualquier momento mediante acuerdo motivado “*las medidas*” de carácter provisional que resulten necesarias para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, es decir, coincidiría ello con el art. 56 LPACAP, queriendo ello decir, que en todo caso el instructor del expediente podrá tomar cuantas medidas considere necesarias para asegurar la eficacia de la resolución.

En sentido general puede decirse que las medidas del art. 61 LO 4/00 cumplen los mismos objetivos y características que las medidas del art. 56 LPACAP, aunque como veremos en el capítulo III *infra* existen otra serie de requisitos y características que responden a la presente especialidad, cuestiones que desarrollemos llegado ese capítulo.

2.2.1-Especial referencia al art. 90.3 Ley 39/15. Su determinación en la suspensión de los procedimientos sancionadores de extranjería.

Una vez dictada la resolución administrativa correspondiente que agote o no el procedimiento administrativo transcurre un periodo de tiempo en que el interesado o terceros interesados deciden acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa o interponer el recurso administrativo ordinario dispuesto por ley (recurso alzada). Este lapsus de tiempo se ha denominado o calificado generalmente como “*tierra de nadie*”¹⁰⁴⁵. En dicho intervalo temporal la Administración conserva su potestad de autotutela ejecutiva, por tanto, puede ejecutar el acto. La medida provisional o cautelar adoptada en dicho procedimiento administrativo determinan de una forma u otra que puede suceder en dicho plazo de tiempo. Esta situación se hace extensiva incluso al espacio temporal que transcurre desde la presentación de la demanda contencioso-administrativa al momento en que se resuelva la medida cautelar por el juzgador. Está segunda cuestión se verá en la tercera parte, nos centraremos ahora sobre el primer aspecto fundamentalmente para los procesos sancionadores de acuerdo con el art. 90.3 LPACAP y su relación con los procedimientos de extranjería.

¹⁰⁴⁵ Rodríguez Carbajo, J. R., (2011). “La tierra de nadie entre la vía y el contencioso administrativos”. *Actualidad Administrativa*, (nº 8). Wolters Kluwer, recuperado 14-11-2017. Teso Gamella, M. P., (2007). *Medidas Cautelares*,..., op. cit., pp. 55. No obstante a la nueva formulación legal del art. 90 LPACAP, se ha de recordar (Vid. nota 664). SSTC, Sala 2ª, nº 66/84, Pleno, nº 76/92, Sala, 1ª, nº 94/93; Sala 2ª, nº 78/96; Sala 2ª nº 199/98, entre otras, que definen, la doctrina jurisprudencial que impide ejecutar los actos administrativos cuando se ha acudido a la vía judicial. Ello opera únicamente cuando el control judicial ya está abierto, es decir, cuando ya se ha solicitado la suspensión cautelar de la ejecutividad/ejecutoriedad del acuerdo sancionador en la vía judicial. El TS también se ha pronunciado en similares términos, por todas, SSTS Sala 3ª, Sec. 2ª, nº 1551/20 de 19-11-2020, Rec. 6226/18 y nº 1737/14, Rec. 4900/11, FD 2 sostiene el TS que tras un serio y recto respeto del derecho de buena administración y del propio art 24 CE la Administración no deberá ejecutar el acto, en tanto la decisión sobre la suspensión penda de los órganos administrativos. Lo mismo cabe decir en los supuestos en que la solicitud de suspensión se produzca en vía judicial (ver toda la jurisprudencia allí citada). En este sentido como se ha anunciado y se desarrollará más adelante, existe a su vez una medida cautelar que puede contribuir a reducir esos efectos negativos de inseguridad jurídica, sería la medida cautelar de anotación preventiva de recurso o demanda. También en su jurisprudencia el TS ha definido que el órgano jurisdiccional no queda vinculado por la suspensión producida durante la sustanciación del recurso administrativo SSTS Sala 3ª, Sec. 2ª, nº 1370/09 de 11-03-2009, Rec.10455/04, FJ 5; Sec. 4ª nº 7774/03 de 4-12-2003, Rec. 2928/01, FJ 3.

La LPACAP en su art. 90 titulado, “Especialidades de la resolución en los procedimientos sancionadores”, reviste singular significado, de forma concreta su apartado 3º, cuando señala:

“3. La resolución que ponga fin al procedimiento será ejecutiva cuando no quepa contra ella ningún recurso ordinario en vía administrativa, pudiendo adoptarse en la misma las disposiciones cautelares precisas para garantizar su eficacia en tanto no sea ejecutiva y que podrán consistir en el mantenimiento de las medidas provisionales que en su caso se hubieran adoptado.

Cuando la resolución sea ejecutiva, se podrá suspender cautelarmente, si el interesado manifiesta a la Administración su intención de interponer recurso contencioso-administrativo contra la resolución firme en vía administrativa. Dicha suspensión cautelar finalizará cuando:

- a) Haya transcurrido el plazo legalmente previsto sin que el interesado haya interpuesto recurso contencioso administrativo.*
- b) Habiendo el interesado interpuesto recurso contencioso-administrativo:*
 - 1. ° No se haya solicitado en el mismo trámite la suspensión cautelar de la resolución impugnada.*
 - 2. ° El órgano judicial se pronuncie sobre la suspensión cautelar solicitada, en los términos previstos en ella.*

El art. 117 LPACAP señala con carácter general que la interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución del acto impugnado, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario. Esta previsión general de ejecutividad del acto impugnado está expresamente exceptuada en el procedimiento administrativo sancionador¹⁰⁴⁶, conforme disponen el art. 90.3 LPACAP. Dicho art. 90.3 es una manifestación incipiente, no acabada del alcance de la suspensión automática que se inspira del art. 13 CEDH y art. 47 CDFUE. Dicha suspensión semi automática, tiene varias matizaciones: i) el interesado ha de manifestar a la Administración su intención de interponer recurso contencioso-administrativo; ii) es una suspensión semi automática parcial en cuanto a los procedimientos, no tiene efectos en el resto de actos o procedimientos administrativos de fuerte gravamen, no sancionadores (extinciones, retornos coactivos en frontera, entre otros), para estos supuestos se ha de hacer uso del art. 117, como recurso administrativo impugnativo correspondiente, solicitando expresamente la medida cautelar de suspensión o aquella que sea más efectiva y eficaz. De manera que la Administración ha responde en un mes, de no dictar resolución resolviendo lo solicitado, se produce la suspensión del acto por silencio positivo.

¹⁰⁴⁶ Sobre el procedimiento administrativo sancionador existe una amplia bibliografía, en este sentido y de acuerdo con el objeto de estudio se toma como referencia la siguiente: Cano Campos, T., (2015). “La potestad sancionadora de la administración: una regulación fragmentaria incompleta y perniciosa”. *DA, Nueva Época*. (nº 2), <http://dx.doi.org/10.24965/da.v0i2.10256>, recuperado 05-02-2018. Rebollo Puig, M., Alarcón Sotomayor, L., Bueno Armijo, A., Izquierdo Carrasco, M., (2015). “Derecho Administrativo Sancionador”. *REDA*, (nº 173), pp. 155-180. Villar Fuentes M, I., (2013). “Motivos graves de orden público, una excepción a la protección reforzada...”, op. cit. Alarcón Sotomayor, L., (2007). *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*. Madrid: Thomson-Civitas, pp. 451-455, 469-487. Calvo Rojas, E., (2001). “El procedimiento administrativo sancionador. Especial referencia a las medidas cautelares”, en J. M. Álvarez-Cienfuegos Suárez. *Reflexiones sobre la nueva Ley de Extranjería. Cuadernos de Derecho Judicial*. (nº 8, pp. 175-212). Madrid: CGPJ.

En cuanto a la fórmula legal del art. 90.3 LPACAP requerimiento de manifestación para recurrir en la jurisdicción contencioso-administrativa, no imposibilita que el interesado previamente pueda agotar el resto de los recursos administrativos, ya sean de reposición o alzada y solicitar en los mismos las medidas cautelares que considere adecuadas. Se interpreta que mientras tanto el interesado establezca un recurso ordinario en vía administrativa y no se encuentre resuelto no podrá ser ejecutiva la resolución. Se extiende tal posibilidad hasta el momento de la interposición del recurso contencioso administrativo y junto a él la solicitud de medida cautelar en vía jurisdiccional y se resuelva la misma por el órgano jurisdiccional¹⁰⁴⁷.

De acuerdo con la aplicación supletoria de la LPACAP a la materia en estudio y del art. 21.2 LO 4/00, derecho al recurso contra los actos administrativos, lo antes expuesto se hace extensivo a los procedimientos administrativos sancionadores en materia de extranjería, incluido los de los CUE y sus familiares (con sus especialidades aspectos que veremos más adelante), con una única excepción, la del procedimiento preferente¹⁰⁴⁸. En similares términos al art. 90.3 LPACAP se pronuncia el art. 223 ROLEX en cuanto a la manifestación de recurrir. Este a su vez con el art. 224-3 ROLEX respecto a la “Ejecución de las resoluciones sancionadoras”, las cuales serán recurribles con arreglo a lo dispuesto en las leyes, el régimen de ejecutividad será el previsto con carácter general, exencionado en su apartado 1 el procedimiento preferente. Estipulando el apartado 2 del citado art. 224, que en su caso se adoptaran las disposiciones cautelares precisas para garantizar su eficacia en tanto no sea ejecutiva. Las mencionadas disposiciones podrán consistir en el mantenimiento de las medidas provisionales que, en su caso, se hubieran adoptado de conformidad con el art. 61 LO 4/00.

2.2.2- Conclusiones parciales.

1.- El art. 56 LPACAP y el art. 61 LO 4/00 tienen una estrecha interrelación, al regular ambos las medidas provisionales o cautelares, existiendo cuatro aspectos que destacan dicha interconexión: i) la aplicación supletoria del primero respecto al segundo en todo aquello que no tenga previsto la LO 4/00; ii) señala el primero lo relativo a la urgencia, “*urgencia inaplazable*” cuestión que no menciona explícitamente el art. 61 LO 4/00, pero sí de contenido intrínseco y aplicación habitual por la Administración en los procesos sancionadores de expulsión y en aquellos que no lo son como las devoluciones o retornos coactivos en frontera, en ambas dicha “*urgencia inaplazable* responde a la garantía de la autotutela administrativa efectiva; iii) ambos remiten a un catálogo o elenco de medidas cautelares, un *numerus apertus* de ellas; iv) ambas deben ser adoptadas de forma proporcional y motivada para la protección provisional de los intereses implicados.

2.- El art. 90.3 LPACAP (dentro de las especialidades de la resolución en los procedimientos sancionadores) contempla la posibilidad de suspender cautelarmente la ejecución de la resolución sancionadora firme en vía administrativa (causado estado), si el interesado manifiesta a la Administración su intención de interponer recurso contencioso-administrativo contra ella. Tales términos son plenamente extensivos y aplicables a los procedimientos administrativos sancionadores en materia de extranjería, con una única excepción, del procedimiento preferente (art. 21.1 LO 4/00 y art. 223 y art. 224-3 ambos del ROLEX).

¹⁰⁴⁷ Vid. nota 1045.

¹⁰⁴⁸ STSJCIV, Sala (Contencioso), Sec. 4ª nº 235/20, de 10-06-2020, Rec. 416/19, FD 4; nº 253/20 de 10-06-2020, Rec. 478/19, FD 4.

3.- A pesar del contenido del art. 90.3 LPACAP no llega a constituir una suspensión automática plena, sino en todo caso semi plena, al requerirse como requisito previo la manifestación de voluntad del interesado de recurrir a la jurisdicción contenciosa administrativa. No llega a reunir el mismo los requisitos del art. 13 CEDH y 47 CDFUE, en cuanto al alcance de un recurso efectivo y eficaz pleno.

4.- Es de aplicación supletoria a la materia de extranjería el art. 117 LPACAP.

2.3- La suspensión en el Régimen General de Extranjería.

2.3.1- Consideraciones previas.

En la primera parte capítulo III se dedicó al DUE, se expuso allí su influencia y determinación sobre nuestro derecho interno en especial en la materia aquí tratada –el Derecho de Extranjería-. La mayoría de los actos administrativos adoptados a partir de la LO 4/00 y de su ROLEX provienen del DUE, de su derecho primario y derivado. En este acápite del presente capítulo se analizará dicho DUE, sus principios, derechos y sus recomendaciones¹⁰⁴⁹ aplicadas de forma concreta en cuanto a la suspensión de los actos administrativos en el Régimen General de Extranjería y luego a los CUE y sus familiares. Se analizará si dichas suspensiones de los actos están en correspondencia con el art. 47 CDFUE, así como con el art. 13 CEDH, determinado (p. ej.), si la efectividad de esas suspensiones tienen relación con la autoridad que resuelve el recurso o con el sistema de recurso imperantes administrativamente (reposición- alzada), o si es necesario instrumentar en la presente especialidad aquellos recursos especiales¹⁰⁵⁰ (art.112.2 LPACAP), como existe en otros sectores y disciplinas -recurso especial sector de la contratación pública, las reclamaciones universitarias, tribunal administrativo del deporte, o el económico administrativo, reclamaciones sobre acceso a la información pública, reclamaciones de unidad de mercado).

Se analizará si en realidad la especialidad en estudio reúne requisitos procedimentales que puedan conllevar a configurar un sistema de procedimientos o recursos especiales (art.112.2 LPACAP) ante autoridades independientes e imparciales atendiendo a las peculiaridades de transversalidad y relacionales entre Administraciones y de estas con el/los interesados¹⁰⁵¹.

¹⁰⁴⁹ Vid. notas 563 y 576, Recomendación (UE) 2017/2338, destacando en lo que aquí nos interesa las garantías y protección a los derechos humanos de los extranjeros retornados, así como un *plus* de protección a personas vulnerables, MENAS, personas discapacitadas, ancianos, las mujeres embarazadas, los padres solos con hijos menores y las personas que hayan padecido tortura, violación u otras formas graves de violencia psicológica, física o sexual ser víctima de la trata de seres humanos o de la mutilación genital femenina, estar gravemente enfermo o padecer trastornos psíquicos. Para estos tipos de situaciones la Comisión recomienda que se conceda un efecto suspensivo automático a los recursos interpuestos contra una decisión de retorno solo en los casos obligatorios citados.

¹⁰⁵⁰ Vaquer Caballería, M., (2020). “Los procedimientos impugnatorios: recursos administrativos...”, op. cit., pp. 499-574. Candela Talavero, J. E., (2019). “El procedimiento del recurso especial y sus consecuencias”. *Revista Gabilex*, (nº 20), <http://gabilex.castillalamancha.es> pp.101-180, recuperado 22-06-2020.

¹⁰⁵¹ Al respecto se debe recordar que en la especialidad en estudio se ha señalado parte de la doctrina científica y la jurisprudencia que consideran que existe una desconfiguración en el uso del recurso en sentido general, como medio de impugnación, repercutiendo negativamente en la congestión jurisdiccional. Sin embargo, como se ha analizado tampoco ha existido manifestación de voluntad respecto a la creación de mecanismos de solución de conflictos de manera especial, como los mencionados. Mecanismos perfectamente admitidos en la especialidad, de acuerdo con sistemas existentes en nuestro contorno, donde

Se ha expuesto que el régimen de ejecución y ejecutividad en los procedimientos de extranjería será el previsto con carácter general en las leyes (art. 21 LO 4/00, art. 246 ROLEX para los procedimientos administrativos sancionadores, en el caso de las expulsiones y art. 252 ROLEX en los supuestos de procedimiento para la imposición de multas), sin perjuicio de las particularidades excepcionales establecidas para el procedimiento preferente (art. 236 ROLEX).

Se ha señalado también la Disposición adicional decimocuarta del ROLEX sobre los recursos, distinguiendo la diferencia entre aquellos actos que ponen fin a la vía administrativa (concesión o denegación de visados, prórrogas de estancia o autorizaciones de residencia y de trabajo, cédulas de inscripción, así como sobre sanciones gubernativas y expulsiones de extranjeros, contra las que se podrán interponer los recursos administrativos o jurisdiccionales legalmente previstos), de aquellos que no agotan la vía administrativa (resoluciones sobre denegación de entrada y devolución, prohibición entrada/denegación entrada¹⁰⁵² art. 26 y 60 LO 4/00, art. 11 y 15-2-7, ambos del RD 557/11 y devolución art. 58.3 LO 4/00 y art. 23 RD 557/11, así como los retornos coactivos en frontera régimen Especial de Ceuta y Melilla).

Estos últimos –las denegaciones de entrada, las devoluciones y los retornos coactivos en frontera- pueden ser de ejecución inmediata de acuerdo con el tipo de circunstancias del hecho concreto, respondiendo todos a sus diferentes tipos de naturalezas jurídicas¹⁰⁵³, teniendo todas un común denominador, no son sancionadoras¹⁰⁵⁴, pero si son actos de un marcado y fuerte contenido de gravamen, son una actuación coactiva, una intervención administrativa directa en el ejercicio de una potestad legítima del Estado que repercuten sobre determinados derechos subjetivos del extranjero, que pueden según el caso afectar

existen autoridades independientes que dirimen los conflictos de extranjería antes de llegar a la vía jurisdiccional propiamente dicha.

¹⁰⁵² SSTC, Sala 1ª, nº 72/05; Sala 1ª, nº 132/01, FJ 3; Pleno, nº 276/00, FJ 3, y STS, Sala 3ª, Sec. 5ª nº 321/07 de 25-01-2007, Rec. 8251/03; Sec. 5ª, nº 270/07 de 25-01-2007, Rec. 7589/03. En esencia dichas sentencias señala y ratifican la doctrina interpretativa de que este tipo de regulación administrativa se trata con claridad de decisiones administrativas con finalidad represiva, retributiva o de castigo limitativa de derechos, a los cuales no resultan de aplicación los principios del procedimiento sancionador, distinguiendo por tanto, la sanción administrativa de otras resoluciones administrativas como las señaladas que restringen derechos individuales, con otros fines, (coerción y estímulo para el cumplimiento de las leyes; disuasión ante posibles incumplimientos; o resarcimiento por incumplimientos efectivamente realizados). STS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 623/06 de 17-02-2006, Rec. 658/02, FD 1, garantías de recurso ante inadmisión del recurso contencioso administrativo por denegación de entrada, designación de Procurador de Oficio.

¹⁰⁵³ En cuanto a la naturaleza jurídica de la devolución, denegaciones de entrada y los retornos coactivos en frontera la doctrina no tiene una opinión interpretativa unánime; mientras algunos autores la consideran sancionadora como Ferrer Peña, R.M., (1989). *Los derechos de los extranjeros en España*. Madrid: Tecnos, p. 189. Otros lo consideran como coacción administrativa directa, Sagarra i Trías, E., (2002). *La legislación sobre extranjería e inmigración...*, op. cit., pp. 267-268. Para otros, es la simple ejecución forzosa de un acto administrativo previo. López-Muñiz Goñi, M., (2006). *La nueva Ley de Extranjería. Guía práctica y Jurisprudencia*. Madrid: Colex, pp. 913-928.

¹⁰⁵⁴ Palomar Olmeda A., (2020). “El procedimiento especial en materia de derechos de los extranjeros...”, op. cit., pp. 487-489, 495-496. Martínez Pardo, V. J., (2006). *Detención e internamiento de extranjeros...*, op. cit., pp. 102-114. Dorado Noguerras, F. M., & Rodríguez Candela, J. L., (2001). “Las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador”, en M. Moya Escudero. (Coord.). *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*. (pp. 833-908). Granada: Comares. A su vez en este sentido hay que tener en cuenta el contenido de la SSTC Pleno nº 172/20 FJ 8-C y la nº 17/13, FJ 11-12.

a derechos humanos y fundamentales¹⁰⁵⁵ que se ejecutan a través de un cauce flexible y rápido sin que lleguen forma parte de la garantía otorgada por el art. 106 CE un derecho a la completa tramitación de un procedimiento administrativo en materia de extranjería que concluya, en todo caso, con una resolución sobre el fondo del asunto.

Lo anterior nos lleva a esquematizar la ejecutividad en el Régimen General de Extranjería, la cual está en correspondencia con la clasificación elaborada respecto a los actos administrativos en la materia de extranjería. Serían igualmente dos grandes grupos, sin que ello sea una clasificación cerrada; tendríamos i) los sancionadores o de gravámenes (procedimientos sancionadores propiamente dichos, y los de otros gravámenes prohibición entrada, devoluciones, retornos en frontera), y otro grupo, ii) el resto de los actos que producirán efectos desde la fecha en que se dicten, que estarían en correspondencia con los constitutivos/declarativos.

De acuerdo con lo hasta ahora sostenido todos los procedimientos en la materia en estudio pueden ser objeto de solicitud de suspensión de acuerdo con el art. 117 LPACAP y aquellos sancionadores de acuerdo con el art. 90.3 y 98.1. a)- b) LPACAP, reiterando la excepción del procedimiento preferente. Se analizará a continuación la suspensión del acto administrativo en el Régimen General de Extranjería en correspondencia con la esquematización antes señalada, para así tener una mejor comprensión y distinción entre los actos, sus recursos, su ejecutividad y la suspensión de los mismos. En igual sentido serán sometidos al mismo análisis, pero en acápite separado, los actos administrativos, tanto sancionadores, como de otro orden tramitados en el régimen de CUE y de sus familiares.

2.3.2- Suspensiones de actos administrativos: sancionadores, prohibición entrada, denegación entrada, devolución, retornos coactivos en frontera y de otros actos administrativos de gravamen.

2.3.2. a)- Consideraciones previas.

La LO 4/00 en su Título III, arts. 50 al 66 definen las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador, a su vez igual contenido está desarrollado en el ROLEX en su Título XIV, arts. 216 al 258 donde se regula los procedimientos, efectos y ejecutividad de los actos en dicha materia sancionadora¹⁰⁵⁶. Sin embargo, en cuanto a la prohibición de entrada/denegación entrada (art. 26 LO 4/00, sus efectos en art. 60, y art. 11, 15.2, y 7 ROLEX), devoluciones (art. 58.3 LO 4/00, y art. 23 ROLEX) y retornos coactivos forzoso en frontera Régimen especial de Ceuta y Melilla (Disposición final primera, LO 4/15 LOPSC, Disposición adicional décima LO 4/00 sobre dicho régimen especial), denotan una dispersión legislativa en la configuración de estas categorías.

Comenzando por el régimen sancionador se ha de señalar que de acuerdo con la sistemática configuradora empelada para la conformación de los contenidos sancionadores, tanto en la LO 4/00 como en su ROLEX se clasifican los procedimientos sancionadores según su naturaleza jurídica en tres tipos fundamentales de

¹⁰⁵⁵ STEDH, GS, de 13-02-2020 que revoca la sentencia de la Sec. 3ª, de 3-10-2017, asunto N.D. y N.T. c. España, nº 8675/15 y 8697/15. En estrecha relación con las mismas la STC Pleno nº 172/20.

¹⁰⁵⁶ Fernández Arévalo, L., Rodríguez Candela, J. L., Solans Poyuelo, F., Núñez Herrera, V. E., (2013). “De las infracciones en materia de extranjería...”, op. cit., pp. 415-655. Fernández Pérez, A., (2012). “Artículo 57 Expulsión del territorio”, en J. L. Monereo Pérez, J. A. Fernández Avilés & L. Á. Triguero Martínez. (Coords.). *Comentario a la Ley y al Reglamento de extranjería, inmigración e integración social.* (LO 4/2000 y RD 557/2011). (pp. 898-929). Granada: Comares

procedimientos, los ordinarios, los preferentes y simplificados. Dentro de los mismos procedimientos sancionadores de acuerdo con el tipo de infracción, sujetos y sanción se encuentran: i) los procedimientos sancionadores de expulsiones propiamente dichos, (ordinarios¹⁰⁵⁷ o preferentes de acuerdo con las infracciones y su tipicidad, son tramitadas por un cauce u otro); ii) los procedimientos sancionadores para la imposición de las sanciones de multa, (ordinarios, preferentes y simplificados, también en dependencia del tipo de infracción/tipicidad); iii) los procedimientos para las sanciones a los transportistas (ordinarios de acuerdo con las infracciones tipificadas para dichos casos), iv) los procedimientos sancionadores en el orden social regulados por el Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo por el que se aprueba el Reglamento General sobre Procedimientos para la Imposición de las Sanciones por Infracciones de Orden Social y para los Expedientes Liquidatarios de Cuotas de la Seguridad Social, modificado por RD 1078/2017, de 29-12-2017 Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, aprobado por el RD 138/2000, de 4-02-2000, Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de Orden social y para los expedientes liquidatarios de cuotas de la Seguridad Social. (También pueden ser ordinarios o preferentes de acuerdo con las infracciones que de acuerdo con su tipicidad son tramitadas por un cauce u otro)¹⁰⁵⁸.

De la propia sistemática configuradora existe una clasificación de acuerdo con el tipo de infracciones cometidas, leves, graves y muy graves. A su vez otra clasificación de dichos procedimientos puede responder al tipo de sanciones propiamente dichas en relación con el tipo de infracciones cometidas, sanciones leves, graves y muy graves. Por el tipo de sanción o naturaleza jurídica de la misma pueden ser, sanción de expulsión, multa, incautación, decomiso, retirada de la autorización de explotación, clausura del establecimiento o local. A todos ellos se les aplicará la suspensión como regla de carácter general previsto en la legislación vigente de acuerdo con lo expuesto en ordinales anteriores.

Concretamente en cuanto a la sanción de expulsión y el tipo de procedimiento -ordinario o preferente-, la ejecutividad del acto de expulsión será inmediata -expulsión procedimiento preferente art. 63 LO 4/00, arts. 236.3 y 246.1 ROLEX-, no admite suspensión¹⁰⁵⁹ en el procedimiento administrativo. Es decir, como se ha venido exponiendo es la única excepción donde no se aplicaría el régimen general previsto en la ley para la suspensión. En estrecha relación con lo anterior se encuentra el art. 65 LO 4/00, el cual señala el carácter recurrible de las resoluciones administrativas sancionadoras sobre extranjeros exponiendo que: *“1. Las resoluciones administrativas*

¹⁰⁵⁷ Dicho procedimiento ordinario se encuentra en correspondencia con el régimen procedimental de los arts. 70 al 88 de la LO 39/2015.

¹⁰⁵⁸ Al respecto se ha de señalar la STS, Sala 3ª Sec. 2ª, nº 1232/18 de 17-07-2018, Rec. 2878/17, FD 2, en la cual se esclarece los elementos diferenciadores, en cuanto, a la motivación de la incoación de un procedimiento administrativo sancionador derivado de un sobreseimiento en un procedimiento penal.

¹⁰⁵⁹ Artículo 236-3. RD 557/2011. *“La excepción de la aplicación del régimen general de ejecutividad de los actos administrativos en el caso de la resolución que ponga fin al procedimiento de expulsión con carácter preferente, establecida en el artículo 21.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, no excluirá el derecho de recurso por los legitimados para ejercerlo, sin perjuicio de la inmediatez de la expulsión y de la improcedencia de declarar administrativamente efecto suspensivo alguno en contra de ella. En la resolución, además de la motivación que la fundamente, se harán constar los recursos que frente a ella procedan, el órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos”.*

sancionadoras serán recurribles con arreglo a lo dispuesto en las leyes. El régimen de ejecutividad de las mismas será el previsto con carácter general.”

Descendiendo al ROLEX en su Título XIV, regula las “*Infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador*”, en su Capítulo I plasma las normas comunes del procedimiento sancionador, de ellas nos interesa destacar para nuestro trabajo, lo siguiente: a)- la normativa aplicable para el ejercicio de la potestad sancionadora en materia de extranjería es la LO 4/00 (art. 50), que se ajustará a lo dispuesto en ella y se remiten a las disposiciones sobre la potestad sancionadora previstas en la LPACAP, así como el propio art. 216 ROLEX. En igual sentido hay que tener presente LO 4/15, LOPSC¹⁰⁶⁰, en relación con art. 53.1, f) y 54.1 a), LO 4/00; b)- se destaca el art. 223 ROLEX, “*Manifestación de la voluntad de recurrir*” la sanción de expulsión, el cual nos remite al art. 22.3 LO 4/00, manifestación de voluntad de interponer el recurso o ejercitar la acción, que como hemos dicho tiene similar redacción al art. 90.3 LPACAP, y c)- el propio el art. 224 del ROLEX el cual define la ejecución de las resoluciones sancionadoras, remitiendo a los arts. 242 y ss., definiendo que las resoluciones administrativas sancionadoras serán recurribles con arreglo a lo dispuesto en las leyes, siendo su régimen de ejecutividad será el previsto con carácter general. Reiterando la excepcionalidad establecida para la sanción expulsión del procedimiento preferente (art. 246 y art. 63 LO 4/00).

El citado Capítulo III del Título XIV arts. 242 y ss. del ROLEX, acomoda los aspectos específicos en los procedimientos sancionadores para la imposición de las infracciones de expulsión y multa¹⁰⁶¹, así como que los procedimientos de tramitación ordinaria contendrán el plazo de cumplimiento voluntario para que el extranjero abandone el territorio nacional, en relación con el art. 63 *bis* LO 4/00.

Sin embargo, como se ha enunciado para la prohibición de entrada/denegación entrada, devolución y los retornos coactivos en frontera no existe o gozan de la misma sistematicidad dada por el legislador al procedimiento sancionador, sino que responde a un régimen más disperso, donde no existe un procedimiento claro o bien delimitado para su tramitación, lo cual ha sido objeto, como ya hemos visto de numerosas interpretaciones (SSTC Pleno nº 172/20 y nº 17/13). Estas categorías jurídicas a pesar de no ser materia sancionadora, por su naturaleza jurídica, son actos de gravamen, represivos, coactivos¹⁰⁶² que pueden afectar según el caso determinados derechos fundamentales y por tanto, nos encontramos ante una sanción administrativa encubierta sometida a lo que prescribe el art. 25.1 CE. Es de señalar que las dos primeras figuras jurídicas -prohibición de entrada/denegación entrada y devolución- se encuentran dentro de la sistemática

¹⁰⁶⁰ BOE nº 77, de 31 de marzo de 2015.

¹⁰⁶¹ Se ha de tener presente que al momento de depositar este trabajo se encuentran pendientes en el TS español varios recursos de casación a partir de la interpretación dada por el TJUE Sala 6ª de 8-10-2020, asunto MO c. España C-568/19 y la STJUE, Sala 4ª asunto Zaizoune c. España, C-38/14, sobre la sanción de multa, si es o no es aplicable a los supuestos de la infracción del art. 53.1-a) LO 4/00, estancia irregular, procedimiento preferente. Aunque ello no quiere decir que el resto de las infracciones que se tipifiquen y que sean tramitadas por el procedimiento preferente no se aplique la sanción de multa.

¹⁰⁶² Bocanegra Sierra, R. E., (2009). “La coacción administrativa. Ejecutoriedad forzosa de los actos administrativos. La coacción directa”, en T. Cano Campos. (Coord.). *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo. (La actividad de las administraciones públicas: la forma)*, (Vol. III- T- I, pp. 215-235). Madrid: Iustel. Agirreazkuenaga Zigorra I., García de Enterría Martínez-Carande, E., (1990). *La Coacción Administrativa Directa*. Madrid: Civitas, p. 205.

estructural utilizada por el legislador en la materia sancionadora, tanto los efectos del art. 60 y art. 58.3 LO 4/00 al estar ubicados estructuralmente en la materia sancionadora hacen que la naturaleza jurídica de aquellos en su más profundo contenido responde a una naturaleza jurídica sancionadora. En el caso concreto del Régimen especial de Ceuta y Melilla, será analizado en acápite independiente *infra*. Otra cosa es que ni la LO 4/00, ni su reglamento, definen un procedimiento para su tramitación, sino que fija unas pautas generales de seguimiento (SSTC Pleno nº 172/20 FJ 8-C y nº 17/13, FJ 11).

En todo caso y a pesar de las sentencias del TC antes citadas que declaran la constitucionalidad de dichas categorías jurídicas no se puede dejar de señalar que dichos mecanismos legales adolecen de un procedimiento con garantías de defensa, que respondan a un debido proceso, el cual podría ser híbrido o mixto, entre ordinario y preferente, o preferente con especificidades de verdaderas garantías de defensa y con acceso a recursos efectivos y de carácter suspensivo¹⁰⁶³, (quizás un preferente *descafeinado o light*, o un preferente *suavizado o matizado*). Pueden estar presente, la inmediatez, celeridad, la seguridad nacional, el orden público, etc., pero lo que no puede existir es una inexistencia de garantías en unos supuestos o reducción de las garantías de defensa en el tiempo en otros, no admitiendo ningún tipo de defensa individualizada, ni recursos con efectos suspensivos en vía administrativa y mucho menos no permitir el acceso al control jurisdiccional¹⁰⁶⁴. En este sentido se ha de tener en cuenta el voto particular de la STC Pleno nº 172/20 en el cual la magistrada discordante realiza una seria y fuerte crítica al contenido de la sentencia en lo relativo al FJ 8 en cuanto al Régimen especial de Ceuta y Melilla retorno en frontera, ausencia de procedimiento administrativo para poder aplicar de forma directa la normativa del DIDH en dichos retornos el cual compartimos en todas sus partes.

Lo expuesto en estas consideraciones previas se puede resumir parcialmente en los siguientes aspectos:

1.- Al remitir el citado articulado de la LO 4/00 y ROLEX en cuanto a los recursos y la ejecutividad de los actos a las leyes en general, es decir a la LPACAP determina que todos los actos administrativos en materia sancionadora de extranjería pueden ser objeto de suspensión en cuanto a su ejecutividad, no siendo suficientemente efectivos y eficaces dichas suspensiones en el procedimiento administrativo, atentando contra la tutela administrativa efectiva.

2.- Lo anterior con una excepcionalidad, con un régimen especial en cuanto a plazos, recursos y ejecutividad, los actos sancionadores de expulsión tramitados por procedimiento preferentes, art. 63 LO 4/00 y art. 234, 236. 3 y 246.1 ROLEX. Dicha excepcionalidad atenta contra una verdadera y garantista tutela administrativa efectiva que este en correspondencia con el art. 41 CDFUE. Dichos actos al no permitir la suspensión en el procedimiento administrativo no cuentan con recursos efectivos y eficaces. La suspensión de estos actos en todo caso se podrá solicitar en vía jurisdiccional

¹⁰⁶³ Ley 39/2015, art. 112.1, señala que contra las resoluciones o actos de trámite que resuelvan el fondo del asunto, se puede interponer recurso de alzada o potestativo de reposición. En este caso otorgándole efectos suspensivos similares al del art. 90.3 de la misma norma. No obstante, a ello, siempre y en todo caso de estar presente los requisitos exigidos se puede recurrir al art. 135 LJCA.

¹⁰⁶⁴ En esta línea garantista Rodríguez Candela, J. L., (2009). “Infracciones y sanciones. Medidas de alejamiento del territorio nacional”. *Materiales de los Cursos sobre derecho de extranjería*. Sevilla: Junta de Andalucía, pp. 31-68. Lora Crovetto, M. (2017). *La realidad de los CIE en España...*, op.cit., p. 390.

contencioso-administrativa la cual tampoco garantiza la eficacia de un recurso efectivo con suspensión automática.

3.- La prohibición de entrada/ denegación entrada, devoluciones y retornos coactivos en fronteras son actos de diferente naturaleza jurídica que responde a los diferentes tipos de circunstancias y hechos, no teniendo naturaleza sancionadora, pero si una fuerte carga de gravamen coactiva que linda o subyace como una naturaleza jurídica sancionadora accesoria o residual. Entendiendo que su naturaleza jurídica en esencia es de una coacción material administrativa directa con fin sancionador y de prevención general (aspectos sobre los que se profundizará en el punto 2.3.2.d)-1, *infra*). A pesar de su inmediatez en la ejecutividad del acto y la falta de procedimiento administrativo, dichas categorías pueden conllevar a su solicitud de suspensión en vía administrativa, contando por ende teóricamente con un mecanismo de recursos, sin garantías de efectividad y eficacia y mucho menos suspensivo automático (en aquellos supuestos donde el daño pueda ser irreversible). En el caso del art. 58.3-b) LO 4/00, y del Régimen especial de Ceuta y Melilla dicho procedimiento es inexistente, por tanto, inexistencia de garantías justificado por un lado constitucionalmente por la STC Pleno nº 17/13, FJ 11-12 respecto a las devoluciones y por otro STC Pleno nº 172/20 FJ 8-C respecto a Régimen especial de Ceuta y Melilla que reconoce constitucionalmente un especie de aplicación directa del sistema de derechos y garantías del DIDH. Ello en todo caso se tendría que solicitar en vía jurisdiccional ordinaria, ante el juzgado de instrucción o contencioso administrativa según las circunstancias de hecho (art.135 LJCA), o directamente un recurso de amparo constitucional de acuerdo con los arts. 43 y 44 de la LOTC.

2.3.2.b)- Especificidades en cuanto a la suspensión y medidas cautelares en los procedimientos sancionadores ordinarios y preferentes de expulsión: de acuerdo con el tipo de infracción y sanción.

Precisadas las generalidades anteriores se procede a analizar el comportamiento de la suspensión y medidas cautelares en los procedimientos sancionadores ordinarios y preferentes de expulsión atendiendo a los tipos de infracción y sanciones. Para ello se ha de comenzar señalando que el art. 57.1 LO 4/00 parte del principio de proporcionalidad para la adopción de la sanción de multa o expulsión. De una primera lectura se ha de tener en cuenta que de acuerdo con la redacción del citado artículo ha de prevalecer la sanción de multa en lugar de la expulsión, ello en correspondencia con la infracción realizada y su tipificación. Esta redacción dada por el legislador nacional está en sentido general en correspondencia con los objetivos del DUE y el efecto útil de la Directiva 2008/115/CE al establecer también la sanción de expulsión, diferenciando precisamente a través del principio de proporcionalidad, como se señala la propia Directiva 2008/115/CE las conductas o infracciones que se cometan adecuando la sanción de acuerdo con dicho principio. Es la propia Directiva 2008/115/CE la que permite el margen de maniobra o apreciación a los EM pudiendo estos realizar los desplazamientos de sus estándares acuerdo a los principios de cooperación leal, protección equivalente, efectividad y autonomía procedimental, pudiendo adoptar en su caso como realizo el legislador español, una transposición de un estándar del derecho interno superior al del DUE¹⁰⁶⁵.

Antes de analizar las especificidades del art. 57 LO 4/00, expulsiones del territorio atendiendo a sus diferentes supuestos, es necesario examinar la complejidad de este. Ello

¹⁰⁶⁵ Vid. notas 131, 511, 573 y 764. Un reflejo de ello son las SSTJUE, Sala 4ª, Zaizoune C-38/14 y Sala 6ª de MO C-568/19.

nos dirige a realizar el siguiente análisis hermenéutico. El art. 57.1 LO 4/00 señala: *“1. Cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 53.1 de esta Ley Orgánica, podrá aplicarse, en atención al principio de proporcionalidad, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción”*.

Remite primeramente el art. 57.1 LO 4/00 a las infracciones muy graves. Estas son las recogidas en el art. 54.1-a)¹⁰⁶⁶ y b)¹⁰⁶⁷ LO 4/00. Luego remite a las infracciones o conductas graves del art. 53.1 LO 4/00 en sus incisos a)¹⁰⁶⁸, b), c), d) y f). Dicha redacción nos guía a determinar el procedimiento por los cuales se han de tramitar las infracciones citadas, procedimiento ordinario (art. 226 ROLEX) o preferente (art. 234 ROLEX). Esto es lo que nos permitirá la solicitud de la suspensión del acto en el propio procedimiento administrativo. Dichas infracciones se tramitan por los siguientes procedimientos: i) las del art. 54-1-a) y b) LO 4/00, se han de tramitar por el procedimiento preferente; ii) mientras que las infracciones del art. 53.1 LO 4/00 inciso a), d) y f) serán tramitadas por el procedimiento preferente. En el caso concreto del art. 53.1-a) en relación con el art. 63.1 párrafo segundo, ambos de la LO 4/00 y el art. 234 ROELX, establecen los requisitos de tipicidad o procesabilidad para la tramitación del procedimiento preferente ante las circunstancias de estancia irregular. En este supuesto de no concurrir los requisitos antes señalados, el procedimiento administrativo sancionador sería el ordinario, por lo que gozaría de los beneficio de la suspensión de carácter general previsto en las leyes; iii) la infracción del art. 53-b) LO 4/00, se tramitará por el procedimiento de orden social, iv) la infracción del art. 53-c) LO 4/00 se tramitará por el procedimiento ordinario.

Definido lo anterior según lo dispuesto en el art. 21.2 y 63 LO 4/00 solamente las conductas o infracciones del art. 54.1 a) y b) y las infracciones del art. 53-1 a), d) y f) todas de la LO 4/00, con independencia del tipo de sanción que se imponga, multa o expulsión, no pueden ser suspendidas en el propio procedimiento administrativo, al ser tramitadas por procedimiento preferente, lo que conlleva ejecutividad inmediata. Su suspensión y régimen cautelar será obligatoriamente en vía jurisdiccional.

En cuanto al art. 57.2 LO 4/00, expulsión de extranjeros que hayan 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 los antecedentes penales hubieran sido cancelados, ha sido ampliamente interpretado por la jurisprudencia,

¹⁰⁶⁶ Se refiere actualmente a la LO 4/15. LOPSC.

¹⁰⁶⁷ Respecto a esta conducta de inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro la inmigración clandestina, se ha de tener en cuenta LO 13/07, de 19-11-2013, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas. BOE nº 278 de 20-11-2007, transnacionalita de la inmigración clandestina trata de personas propiamente dicha y el tráfico ilícito de migrantes, ambos fenómenos juntos dan lugar a la otra razón, los grupos delictivos organizados de estas y otras actividades criminales. En este sentido se puede ver Los derechos humanos y la trata de personas”. ONU Nueva York y Ginebra, 2014, Folleto Informativo Nº 36. ONUBI, Valencia y “Manual para la lucha contra la trata de personas”. Programa mundial contra la trata de personas. ONU, Nueva York 2007. ONUBI, Valencia.

¹⁰⁶⁸ En este sentido se ha de tener muy en cuenta el art. 234 ROLEX en cuanto a los requisitos que se exigen para la tipificación de dicha conducta, riesgo de incomparecencia, que el extranjero evite o dificulte la expulsión, sin perjuicio de las actuaciones en ejercicio de sus derechos, que el extranjero represente un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional.

tanto la Constitucional, como la del TS¹⁰⁶⁹ que no es una infracción tipificada en el catálogo de infracciones de la LO 4/00, sino que ha quedado definido que el mismo responde a una conducta regulada a la voluntad del legislador que responde a la política migratoria del Estado. En cuanto a lo que aquí ahora nos interesa señalar que el procedimiento por el cual generalmente se tramita esta conducta es por el procedimiento preferente el cual no permite suspensión del acto en vía administrativa, art. 21.2 LO 4/00 excepción en cuanto a los expedientes de expulsión con carácter preferente, teniendo que recurrirse obligatoriamente a la jurisdicción contenciosa-administrativa y solicitar la media cautelar o cautelarisimas de suspensión (*infra* se desarrollará algunos supuestos relacionados con estos tipos de conductas).

Los supuestos del art. 57.4 párrafo segundo LO 4/00 llevan otro tipo de solución, señala dicho artículo: “*En el caso de las infracciones previstas en las letras a) y b) del artículo 53.1 de esta Ley, salvo que concurran razones de orden público o de seguridad nacional, si el extranjero fuese titular de una autorización de residencia válida expedida por otro Estado miembro, se le advertirá, mediante diligencia en el pasaporte, de la obligación de dirigirse de inmediato al territorio de dicho Estado. Si no cumplierse esa advertencia se tramitará el expediente de expulsión.*” Esta especificidad atendiendo al tipo de infracción, respecto a la ejecutividad y su suspensión del acto lleva a su vez cuatro soluciones distintas: i) en el caso de que el extranjero fuese titular de una autorización de residencia válida expedida por otro EM, pero concurran razones de orden público o de seguridad nacional y se tipificará la infracción del art. 53.1-a), se estaría en la misma situación de los anteriores. Tramitación por procedimiento preferente ejecución inmediata, no acceso a suspensión en vía administrativa; ii) de no existir las razones de orden público o de seguridad nacional y el extranjero no cumplierse esa advertencia que señala el citado artículo, se tramitará el expediente de expulsión por procedimiento ordinario, gozando de las garantías de suspensión, iii) mientras que si la situación de irregularidad administrativa del art. 53.1-a) reúne los requisitos señalados del art. 234 del ROLEX, puede iniciarse la tramitación del expediente de expulsión por procedimiento preferente, conduciendo a los derroteros y señalados, y iv) mientras que el supuesto de la letra b) del 53.1 LO 4/00 al ser un procedimiento de orden social, llevaría consigo la posibilidad de tramitación, tanto preferente, como ordinario, procediendo la suspensión en dependencia del procedimiento que se defina.

2.3.2. b-1)- La suspensión del apartado 5 del art. 57 LO 4/00.

El apartado 5 del art. 57 tiene varios incisos. El apartado 5 señala inicialmente: “*5. La sanción de expulsión no podrá ser impuesta, salvo que la infracción cometida sea la prevista en el artículo 54, letra a) del apartado 1, o suponga una reincidencia en la comisión, en el término de un año, de una infracción de la misma naturaleza sancionable con la expulsión, a los extranjeros que se encuentren en los siguientes supuestos: ...*”.

¹⁰⁶⁹ STS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 893/18 de 31-05-2018, Rec. 1321/17, FD 5-6; nº 962/18 de 11-06-2018, Rec. 1202/17, FD 5-6; nº 1135/18, de 3-07-2018, Rec. 1214/17 y la nº 1638/19, de 26-11-2019, Rec. 7066/18. FD 2-4. Análisis y doctrina sobre el citado artículo, así como su sistemática estructural y los fines de dicha medida dentro de la política migratoria del Estado. Todas ellas en correspondencia con la interpretación dada del art. 57.2 LO 4/00 por el TC en su sentencia 236/07 FJ 14 y ratificada en su STC 186/13, FJ 7. Al respecto se profundizará *infra* punto 2.4.2, pero vaya por delante, antes de realizar nuestro análisis justificativo que el art. 57.2 LO 4/00, se le nombrara una medida a tomar el Estado dentro de su política migratoria, pero jurídicamente es una descripción legal que recoge una conducta específica, tipifica una conducta -tener antecedentes penales- con una sanción -la expulsión-, y sin causas de exclusión de la responsabilidad.

Sus dos primeros incisos el a) y b) también tiene sus especialidades para la suspensión que pudiera considerarse unas circunstancias modulativas para la no aplicación automática de la expulsión en general y en particular a las del art. 57.2¹⁰⁷⁰ LO 4/00. Estas especialidades responden a los sujetos activos comisores de la infracción y su condición legal. Este apartado 5 del art. 57 en su inciso b) se relaciona con el apartado 10 del mismo artículo en cuanto a los RLD, en ambos supuestos hay que tener presente que en los procedimientos donde estén extranjeros con la condición de RLD no deben existir manifestaciones de discriminación indirecta o inversa y se ha de tener presente el efecto útil de la Directiva de los RLD.

Como bien señala art. 57.5 LO 4/00 se ha de partir de la infracción del art. 54.1-a) apartado 1 -infracción muy grave-, lo cual hace realizar un análisis e interpretación hermenéutica gramatical del citado art. 54 en conjunto con el art. 57.5. Este último nos lleva ante todo a determinar el alcance de la expresión “*no podrá ser impuesta*”, en este caso, la sanción de expulsión, a las personas que seguidamente describe el artículo¹⁰⁷¹, salvo que la conducta o infracción que comentan los mismos sea la del art. 54.1-a), participar en actividades contrarias a la seguridad nacional o que pueden perjudicar las relaciones de España con otros países, o estar implicados en actividades contrarias al orden público y la seguridad ciudadana, o suponga una reincidencia en la comisión. Es decir, de cometerse dichas infracciones por los sujetos referenciados en el art. 57.5 LO 4/00 se les sancionaría con expulsión, por ende, al ser un procedimiento preferente no gozaran del sistema de suspensión general.

De cometerse por los sujetos señalados en el art. 57.5 LO 4/00, cualquier otra infracción, atendiendo a la tipicidad de estas y que sean sancionadas incluso con expulsión o con multa (art. 55 LO 4/00), pero que sean tramitadas por procedimiento ordinario, dichas sanciones llevarían en su caso, suspensión, aplazamiento o fraccionamiento en fase administrativa, en correspondencia con el art. 21.2 LO 4/00.

Cosa distinta sería que a los sujetos que hace referencia el art. 55 fuesen objeto de imputación de la conducta del art. 57.2 LO 4/00¹⁰⁷². Por imperativo legal del art. 63.1 LO

¹⁰⁷⁰ Vid. nota anterior concretamente en cuanto a la sentencia nº 962/18 la cual analiza la relación del art. 57.2 LO 4/00 con el art. 57.5-b) relativo a los RLD. Todas ellas en correspondencia con la interpretación dada del art. 57.2 LO 4/00 por el TC en su sentencia 236/07 FJ 14 y ratificada en su STC 186/13, FJ 7.

¹⁰⁷¹ Art. 57-5-a) Los nacidos en España que hayan residido legalmente en los últimos cinco años, b) Los residentes de larga duración. Antes de adoptar la decisión de la expulsión de un RLD, deberá tomarse en consideración el tiempo de su residencia en España y los vínculos creados, su edad, las consecuencias para el interesado y para los miembros de su familia, y los vínculos con el país al que va a ser expulsado. c) Los que hayan sido españoles de origen y hubieran perdido la nacionalidad española. d) Los que sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional ocurridos en España, así como los que perciban una prestación contributiva por desempleo o sean beneficiarios de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción o reinserción social o laboral. Tampoco se podrá imponer o, en su caso, ejecutar la sanción de expulsión al cónyuge del extranjero que se encuentre en alguna de las situaciones señaladas anteriormente y que haya residido legalmente en España durante más de dos años, ni a sus ascendientes e hijos menores, o mayores con discapacidad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud, que estén a su cargo.

¹⁰⁷² Vid. nota 1069, STS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 893/18, Rec. 1321/17, expulsión de extranjero por condena penal cuando la pena sea superior a un año. Unificación de doctrina. El TS establece que la expulsión de España de un ciudadano extranjero por vía administrativa como consecuencia de una condena penal solo es procedente cuando la pena mínima prevista en el Código Penal para el delito por el que ha sido condenado sea superior al año de prisión. Ha de estarse no a la pena en concreto impuesta al condenado, sino a la pena

4/00 dicha medida se tramita por procedimiento de expulsión preferente. Por ende, en el supuesto de las personas citadas en el art. 57.5 LO 4/00 que se les incoe un procedimiento de expulsión por el art. 57.2, la solución sería como se ha dicho, no suspensión del acto en vía administrativa, de acuerdo con el art. 21.2 LO 4/00 teniendo que recurrirse obligatoriamente a la jurisdicción contenciosa-administrativa y solicitar la media cautelar o cautelarísimas de suspensión.

Entiendo que en este apartado 5 del art. 57 pueden adoptarse recursos efectivos y eficaces de carácter automático atendiendo a los sujetos activos descritos y en dependencia de tipicidad la comisión de las infracciones que se imputen, así como del procedimiento por las cuales se tramiten.

En igual sentido de forma específica, se debe puntualizar la diferencia entre el inciso d) del apartado 5 en cuanto a “*enfermedad profesional*”, al subsiguiente apartado 6 “*personas enfermas y la medida pueda suponer un riesgo para su salud*”. Aunque parezca igual en cuanto al concepto de enfermedad, la naturaleza jurídica de ambos apartados es diferente, se exigen además requisitos y circunstancias de apreciación diferentes. Lo que hace para los supuestos en el apartado en estudio sea la tipicidad de la infracción cometida, mientras que para el apartado 6 será el principio de no devolución.

2.3.2. b-2)- La suspensión del apartado 6 del art. 57 LO 4/00.

Requiere mención y análisis especial el apartado 6 del art. 57 LO 4/00, debido a que como veremos convergen en el mismo varios de los aspectos ya tratados en la primera parte de este trabajo, salud humana y enfermedades y la interpretación dada por los tribunales internacionales¹⁰⁷³, así como su estrecha relación con la Directiva 2008/115/CE, la cual como se ha de recordar en su art. 5 hace referencia al principio de no devolución, interés superior del niño, vida familiar y estado de salud¹⁰⁷⁴. A este particular apartado se debe agregar específicamente si el mismo requiere el efecto suspensivo automático atendiendo a su propio contenido. Concretamente el citado apartado 6 del art. 57 LO 4/00 señala: “*La expulsión no podrá ser ejecutada cuando ésta conculcase el principio de no devolución, o afecte a las mujeres embarazadas cuando suponga un riesgo para la gestación o para*

en abstracto atribuida al delito en el Código Penal (FJ 7). Se emiten votos particulares. En este sentido se pueden ver las SSTC, Sala 2ª, nº 14/17 y Sala 2ª, nº 131/16, ambas, interpretan sobre la no aplicación automática del art. 57.2 LO 4/00. A su vez STJUE, Sala 8ª, de 7-12-2017, C-636/16, apdo 22-29, expulsión de extranjero con RLD, no puede adoptarse tal medida de forma automática tras condena penal. El TJUE declara que un extranjero de un país externo a la UE, con permiso de RLD, no puede ser expulsado de forma automática por haber sido condenado a prisión. Estos extranjeros tienen una protección reforzada y solo pueden ser expulsados si representan una amenaza real y suficientemente grave para el orden o la seguridad públicos. Como consecuencia de todo lo anterior el TS ha dictado sentencia Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 321/20, Rec. 5364/18, FD, apartado F, donde ratifica la doctrina de no expulsión automática.

¹⁰⁷³ Se ha de recordar la amplia jurisprudencia citada al efecto e interpretación que da el TEDH al art. 3 del Convenio y su relación con la expulsión - solicitud de asilo-, señalando la no excepcionalidad de la ejecución de la expulsión, atendiendo a que el art. 3 del Convenio no impone al Estado contratante la obligación de paliar tal disparidad proporcionando asistencia sanitaria gratuita e ilimitada a todos los extranjeros que carecen del derecho a permanecer en su territorio, señala el TEDH que hacer concluir lo contrario impondría una carga demasiado pesada a los Estados contratantes.

¹⁰⁷⁴ STJUE Sala 1ª de 30-09-2020, asunto B c. Bélgica C-233/19, apdo. 46-50. De la misma Sala y fecha, asunto LM c. Bélgica C-402/19 (hijo mayor de edad con padecimiento de grave enfermedad), apdo 34-36, 38, 40-41, 55. STJUE, GS, 18-12-2014, asunto Abdida nº C-562/13, aplazamiento de la expulsión, apdo. 31-63.

la vida o la integridad física de la madre, o cuando se trate de personas enfermas y la medida pueda suponer un riesgo para su salud."¹⁰⁷⁵

Ese análisis especial, responde a tres observaciones: i) al alto grado de complejidad¹⁰⁷⁶ de los asuntos que reúnan estos requisitos, pues confluyen en un mismo punto, el orden público, la seguridad y los derechos humanos¹⁰⁷⁷ y el principio de no devolución; ii) si estas circunstancias se materializasen en un procedimiento ordinario, no tendría mayores complicaciones, pues como se ha dicho es perfectamente aplicable la suspensión, pero no una suspensión automática. Se agudiza la observación en lo referente al procedimiento administrativo sancionador preferente, que no admite suspensión alguna en vía administrativa, debiéndose recurrir a la vía jurisdiccional¹⁰⁷⁸, y iii) como ya he mencionado en este sentido, se ha venido sosteniendo por parte de la jurisprudencia que este principio - no devolución- y resto de circunstancias expuestas, son cuestiones que afecta al fondo del litigio, cuyo enjuiciamiento, por tanto, no puede adelantarse al momento de la adopción de la decisión cautelar¹⁰⁷⁹ (en sede jurisdiccional).

Estos tres puntos, llevan a su vez a dos análisis por separado. Uno respecto al alcance de la expresión, "*la expulsión no podrá ser ejecutada cuando ésta conculcase el principio*

¹⁰⁷⁵ Téngase en cuenta que el art. 246-7 segundo párrafo del ROLEX tiene similar redacción al artículo en estudio. Señala el art. 246-7 segundo párrafo "*Igualmente, se suspenderá la ejecución de la expulsión en los casos de mujeres embarazadas cuando suponga un riesgo para la gestación o para la vida o la integridad física de la madre o cuando se trate de personas enfermas y la medida pueda suponer un riesgo para su salud*".

¹⁰⁷⁶ STJUE, GS de 5-09-2012, asuntos Y-Z., C-71/11 y C-99/11, proclama que "la Convención de Ginebra constituye la piedra angular del régimen jurídico internacional de protección de los refugiados" –apdo. 47- y coherentemente indica –apdo. 48- que la Directiva 2004/83/CE (que establece normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida), debe ser interpretada, con observancia de la Convención de Ginebra y otros tratados pertinentes mencionados en el art. 78 del TFUE. STJUE, GS de 9-11-2010, asuntos C-57/09 y C-101/09, supuesto de asilo, que presentan puntos de conexión con lo que ahora examinamos, en cuanto a solicitante de asilo, acusado de actos de terrorismo en su país de origen.

¹⁰⁷⁷ STEDH, Sec. 4ª asunto S.H. c. Reino Unido, apdo. 61-72. STEDH, Sec. 5ª asunto Daoudi c. Francia, apdo. 64; STEDH, GS asunto A. y otros c. Reino Unido, apdo. 126; STEDH, asunto Nnyanzi c. Reino Unido, STEDH, Sec. 3ª de 20-09-2007, asunto Sultani c. Francia nº 45223/2005; STEDH, Sec. 3ª de asunto Hilal c. Reino Unido. De esta doctrina se desprende la protección de los Estados frente al terrorismo, delincuencia organizada, etc., pero deja claro, que frente a la tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes es total e incondicionada la posición del TEDH y como tal, no admite excepciones, siendo digno de resaltarse, que se proyecta también, sobre los caso de expulsiones ligadas a denegaciones de solicitudes de protección internacional, aun partiendo de la base de que el derecho de asilo no se encuentra como tal incorporado al Convenio.

¹⁰⁷⁸ STS, Sala 3ª, Sec.3ª, de 05-12-2012, Rec. 1723/12. El antecedente del recurso es la SAN Sala (Contencioso) Sec. 8ª de 30-01-2012, Rec. nº 540/11. Denegación de asilo, por la existencia de condena penal como autor de un delito de pertenencia o integración en organización terrorista, (Sentencia de 26-09-2005, de la Sec. 3ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional). Con base en estos argumentos, la Sala de lo Contencioso Administrativo Sec. Octava de la Audiencia Nacional desestima el recurso contencioso administrativo. (Incorpora, la sentencia un voto particular discrepante que a la vista de la situación sociopolítica de Siria, y con expreso apoyo en la doctrina del TEDH, sostiene que la sentencia debería haber sido parcialmente estimatoria, en el sentido de ordenar que el recurrente no sea devuelto en ningún caso a Siria o a otro tercer país que no ofrezcan garantías de pleno respeto para su vida e integridad física o moral). En igual sentido lo desestima la Sala el TS, con un voto particular (apdo. octavo).

¹⁰⁷⁹ STS, Sala 3ª, Sec. 6ª, nº 4962/02 de 4-07-2002, Rec. 7876/99, FD 2 y ATS Sala 3ª, Sec. 1ª, nº 9969/99 de 18-01- 1999, Rec. 9116/97, RJ 2.

de no devolución” y el segundo, que a su vez se subdivide en dos; uno, en lo que refiere a las “mujeres embarazadas cuando suponga un riesgo para la gestación o para la vida o la integridad física de la madre,...”, y el segundo, “...cuando se trate de personas enfermas y la medida pueda suponer un riesgo para su salud”. A su vez dentro de cada uno de estos últimos, lleva a su vez sus especialidades.

B-2-1- Principio de no devolución.

Respecto de la expresión, “*la expulsión no podrá ser ejecutada cuando ésta conculcase el principio de no devolución.*” Se ha de señalar a modo de recordatorio que el principio de no devolución es la prohibición impuesta a los Estados por el Derecho Internacional de expulsar o devolver a una persona al territorio de cualquier país en el que su vida o su libertad se encuentren amenazadas, o en el que pudiera sufrir tortura, tratos inhumanos o degradantes u otras graves transgresiones de sus derechos humanos fundamentales, por ende, proporcional con la suspensión automática¹⁰⁸⁰. Esta definición general se convierte en el primer argumento que hace que no se comparta que dicho principio debe ser analizado como una cuestión de fondo del asunto y no con el contenido propio de una pieza de medidas cautelares.

En lo que respecta a este punto y de acuerdo con el objeto de investigación, esta excepción de ejecución, de no expulsión, es una causa de suspensión automática que proviene de las normas internacionales ya estudiadas, requiere obligatoriamente como se ha dicho, del control de convencionalidad. Por tanto, como he venido sosteniendo, es inevitable que la buena administración realice a su instancia ese control y comportamiento de dichas normas convencionales. Como resultado de dicho control, según el procedimiento proceda por sí misma a la suspensión. Esto no es más que lo señalado en la STC Pleno nº 172/20 FJ 8-C. En fin, de acuerdo con lo aquí tratado el análisis del principio de no devolución concretamente se comportaría de dos formas: i) en cuanto a aquellas infracciones que fueran tramitadas por el procedimiento ordinario, ya sean graves o muy graves, y que las mismas por sus razones de gravedad puedan conculcar el principio de no devolución, es decir un debilitamiento de la intensidad del principio de no devolución por la gravedad de la infracción cometida. Esto traería al procedimiento para la toma de decisión el principio de proporcionalidad/razonabilidad y resto de principios intervinientes del DIDH, en todo caso, atendiendo a que estamos ante un procedimiento ordinario dichas infracciones podría ser perfectamente suspendidas y/o adoptar la medida cautelar que corresponda, e incluso como bien indica el precepto no se podrá materializar la expulsión, podría conllevaría a una sanción de multa; ii) en el supuesto contrario, un procedimiento preferente y tipo de infracción cometida, grave o muy grave y se conculque igualmente el principio de no devolución, existiendo circunstancias humanitarias¹⁰⁸¹ se

¹⁰⁸⁰ Vid. nota 180, además Resolución 52/103 de la AGONU dice: “*toda persona tiene derecho a solicitar y gozar de asilo contra la persecución en otros países y, puesto que el asilo es un instrumento indispensable para la protección internacional de los refugiados, exhorta a todos los Estados a que se abstengan de tomar medidas que comprometan la institución del asilo, en particular devolviendo o expulsando a refugiados o personas que solicitan asilo, contrariamente a los instrumentos internacionales de derechos humanos, al derecho humanitario y al derecho de los refugiados.*”

¹⁰⁸¹ STS Sala 3ª, Sec. 3ª, nº 124/16 de 25-01-2016, Rec. 2133/15, derecho a permanecer en España ante el riesgo de ser estigmatizada socialmente en su país por causa de su enfermedad y orientación sexual. Protección jurídica debida por razones humanitarias a los solicitantes de asilo que se encuentren en situaciones de especial vulnerabilidad. Se ha acreditado que padece una enfermedad crónica, de la que está recibiendo tratamiento en un hospital público. Situaciones de vulneración de su derecho a la integridad física y psíquica. Riesgo real de que pueda ser estigmatizada socialmente dada la situación de degradación

ha de entrar a valorar si dicha excepción a la expulsión es de aplicación o no, atendiendo a que el procedimiento, como ya se ha repetido tantas veces, es de ejecución inmediata, no admite suspensión. Con independencia del análisis individualizado de cada caso y de las pruebas que puedan existir en dicho expediente, existe el criterio que dicha excepción no es de aplicación, por tanto, puede ser ejecutada la expulsión¹⁰⁸². Debiéndose recurrir a la jurisdicción contencioso-administrativa art. 135 LJCA.

No obstante a lo dicho en el párrafo anterior y a su vez en estrecha relación con el mismo se ha de recordar que el principio de no devolución no es una categoría absoluta, en este sentido se han de tener en cuenta las propias indicaciones de ACNUR¹⁰⁸³ y la jurisprudencia de determinados tribunales de derechos humanos como el propio TEDH SG de 13-02-2020, asunto N.D. y N.T. c. España (apdo. 201-210) y la STC Pleno nº 172/20 FJ 8-C inciso c) -realiza un resumen interpretativo del art. 33 Convención Ginebra de 1951 y de la jurisprudencia del TEDH al respecto- por lo que para su no aplicación o debilitamiento del mismo se ha de tener presente: i) la propia Convención de Ginebra de 1951, cuando señala en su art. 32.2 – Expulsión “2. *La expulsión del refugiado únicamente se efectuará, en tal caso, en virtud de una decisión tomada conforme a los procedimientos legales vigentes. A no ser que se opongan a ello razones imperiosas de seguridad nacional, se deberá permitir al refugiado presentar pruebas exculpatorias, formular recurso de apelación y hacerse representar a este efecto ante la autoridad*

del respeto a los derechos humanos existente en dicha zona, escenario de conflictos bélicos, y de prácticas discriminatorias por razones de género y por causa de su orientación sexual.

¹⁰⁸² STJUE, Sala 3ª asunto Arslan c. República Checa, C-534/11, el TJUE resuelve la cuestión prejudicial relativa a la interpretación del art. 2, apdo. 1, y 15 Directiva 2008/115/CE. “*Las Directivas 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros, y 2005/85 no se oponen a que el nacional de un tercer país que haya presentado una solicitud de protección internacional en el sentido de la Directiva 2005/85 tras haber sido internado con arreglo al artículo 15 de la Directiva 2008/115, se mantenga en internamiento sobre la base de una disposición de Derecho nacional cuando, tras una apreciación casuística de todas las circunstancias pertinentes, resulta que dicha solicitud fue presentada únicamente con el fin de obstaculizar o de frustrar la ejecución de la decisión de retorno y es objetivamente necesario mantener la medida de internamiento para evitar que el interesado eluda definitivamente su retorno.*”

¹⁰⁸³ En este sentido se pueden tener en cuenta las indicaciones de ACNUR para el enfrentamiento de la pandemia del Coronavirus de 16-03-2020, “Consideraciones jurídicas sobre el acceso al territorio para las personas en necesidad de protección internacional en el contexto de la respuesta frente al COVID-19”. ONUBI, en dichas indicaciones señala claramente la ACNUR que los Estados están legitimados para tomar las medidas necesarias para el acceso a sus fronteras, pero tales medidas no pueden resultar en la negación de una oportunidad efectiva de solicitar asilo o dar lugar a la devolución, sugiriendo a los mismos que pueden implementar medidas que incluyan una revisión o exámenes médicos previo al ingreso y/o cuarentena de personas en necesidad de protección internacional. En este sentido más adelante se expondrán y desarrollaran estas indicaciones que no solo pueden ser aplicables a las solicitudes de protección internacional, sino también a otros supuestos, concretamente ver punto 3.2.1.f)-1-d-3. A su vez e este sentido la propia Ley 12/09, en sus arts. 8, 9, 11, 12, 37, 44.2 señala, las causas de exclusión, causa de denegación, efectos de la resolución denegatorias y la revocación de la protección internacional que afectan o conculcan al principio de que no devolución. En síntesis, se expresan, en haber cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales que establecen disposiciones relativas a tales delitos; haber cometido un delito grave, que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas o el patrimonio, así como en los casos de la delincuencia organizada. Esto dará lugar a la no admisión a trámite o la denegación de las solicitudes de protección internacional determinará, según corresponda, el retorno, la devolución, la expulsión, la salida obligatoria del territorio español o el traslado al territorio del Estado responsable del examen de la solicitud de asilo de las personas que lo solicitaron, con las excepciones establecidas al efecto.

competente o ante una o varias personas especialmente designadas por la autoridad competente.”; ii) el art. 33.2 Convención de Ginebra de 1951 -Prohibición de expulsión y de devolución-, “Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país.”

Citado lo anterior e interpretada la LO 4/00 la misma recoge los requisitos del art. 33.2 Convención de Ginebra de 1951, por ende, si se procede por la autoridad administrativa en virtud de una decisión tomada conforme a los procedimientos legales vigentes -en este caso el procedimiento preferente-, y están presente las infracciones citadas de la LO 4/00, razones de seguridad nacional, orden público que constituyan una amenaza para el país, no queda otra alternativa a la autoridad administrativa que por su propio principio de legalidad, (art. 103 CE) que tramitar el asunto por dicho procedimiento. Otra cosa es que unido a ello concurre el derecho/deber de buena administración - debido proceso- y principio de proporcionalidad, por tanto, un análisis individualizado de los derechos humanos y fundamentales en conflicto.

b- 2-2- Mujeres embarazadas y Personas enfermas.

b- 2-2- a)- Consideraciones previas.

El segundo aspecto sobre este apartado 6 del art. 57 LO 4/00, como he señalado se subdivide en dos: i) lo referente a las *“mujeres embarazadas cuando suponga un riesgo para la gestación o para la vida o la integridad física de la madre, ...”* y ii) lo relativo, *“... cuando se trate de personas enfermas y la medida pueda suponer un riesgo para su salud”*¹⁰⁸⁴.

Las definiciones sobre mujeres embarazadas y enfermedades en los diferentes supuestos de la LO 4/00 tienen un término en común, la salud humana, derecho a la vida y por ende a la dignidad, derechos inherentes a las persona, derechos humanos, es la protección jurídica debida a razones humanitarias, a situaciones de especial vulnerabilidad¹⁰⁸⁵. Sin embargo, del mismo se constata que existen varios tipos de conceptos (que pueden ser catalogados como conceptos jurídicos indeterminados), entre ellos, personas enfermas, que a diferencia de las otras acepciones de enfermedad utilizadas por la propia LO 4/00

¹⁰⁸⁴ En este sentido se ha de comentar la citada STJUE, GS asunto Abdida, C-562/13, aplazamiento de la expulsión, interpretación de grave enfermedad, principio de no devolución, de acuerdo con la Directiva 2003/9, Directiva 2004/83/CE, y de la Directiva 2005/85, en relación con los arts.1 a 4, 19.2, 20, 21 y 47 CDFUE. Se plantea en el marco de un litigio acerca de la decisión por la que un órgano nacional retiraba la ayuda social. Según el TJUE, esta normativa debe interpretarse en el sentido de que se oponen a una legislación nacional que no atribuye efecto suspensivo a un recurso interpuesto contra una decisión que ordena a un nacional de un tercer país aquejado de una grave enfermedad la salida del territorio de dicho EM, cuando la ejecución de esa decisión puede exponer a ese nacional de un tercer país a un riesgo grave de deterioro serio e irreversible de su estado de salud, y que no prevé la cobertura, en la medida de lo posible, de las necesidades básicas de ese nacional de un tercer país, para garantizar que se puedan prestar efectivamente la atención sanitaria de urgencia y el tratamiento básico de enfermedades, durante el período en el que ese Estado miembro está obligado a aplazar la expulsión de ese mismo nacional de un tercer país a raíz de la interposición del referido recurso (apdo. 31-63).

¹⁰⁸⁵ STC Pleno, nº 119/01 y SSTC Sala 1ª, nº 5/02 y nº 62/07.

llevan una categorización de dicha enfermedad, (sobrevvenida¹⁰⁸⁶ y sus requisitos¹⁰⁸⁷, profesional y sus requisitos), pero en este apartado 6 solo señala “*personas enfermas y la medida pueda suponer un riesgo para su salud*”, es decir se ha de partir de que la persona está enferma, pero puede ser una enfermedad preexistente o sobrevvenida, ello atendiendo a que no lo distingue el citado apartado 6. El legislador en circunstancias anteriores ha cualificado la enfermedad y en este supuesto no, precisamente responde a la circunstancia especial amparado en el principio de no devolución.

A su vez el legislador no definió cuál es el grado de afección, patología o gravedad de dicha enfermedad y finalmente tampoco categoriza el riesgo para la vida¹⁰⁸⁸. Será nuevamente la jurisprudencia la que irá conformando paulatinamente todo este concepto jurídico indeterminado de este apartado 6 art. 57 LO 4/00. En definitiva, se ha de entender que ante las circunstancias y requisitos descritos ha de prosperar la suspensión y en determinados supuestos concretamente deberá primar la suspensión automática a través de resoluciones administrativas prospectivas.

b- 2-2- b)- Mujeres embarazadas.

¹⁰⁸⁶ STSJ PV Sala (Contencioso), Sec. 2ª, nº 747/09 de 20-11-09, de Rec. 54/08, cáncer de ovario, carcinoma ovárico estadio III-IV, por lo que está siguiendo tratamiento específico de quimioterapia y/o radioterapia, con análisis cada tres meses, insistiendo en que de no seguir el tratamiento conllevaría un grave deterioro físico con grave peligro para la vida, con referencia a que en su país no se disponen de los avances médicos necesarios para el tratamiento de esa enfermedad por lo que dicha enfermedad encaja en la norma que refiere como de grave riesgo para la salud o la vida.

¹⁰⁸⁷ SJCA nº 1 Bilbao, nº 42/18 de 23-3-2018, Rec. 216/17, enfermedad sobrevvenida del art. 126.2 del RD 557/11. Es necesario acreditar la existencia de la patología, su entidad o gravedad y el momento y lugar en que se contrajo; esa premisa básica debería asimismo demostrarse en tres circunstancias: a) es preciso la asistencia sanitaria especializada; b) asistencia sanitaria no accesible en país de origen, en este punto, sobre “accesibilidad” del tratamiento ha de apreciarse un estándar mínimo de dignidad y eficacia terapéutica sin poder exigir una automática equiparación al alza mediante la simple comparativa de las prestaciones del país de origen con el de España; c) la interrupción del tratamiento supone un riesgo “grave” para la salud o la vida. Todo ello debería acreditarse con informe clínico expedido por la autoridad sanitaria correspondiente, esto no es el mero diagnóstico, sino un informe que detalle circunstancias, entidad y posible origen (lo que se rechaza los informes médicos privados). Corresponde la carga de la prueba de los presupuestos de hecho determinantes de la aplicación del precepto invocado, a la parte interesada, de conformidad con lo previsto en el art. 217 LEC. Concluye la sentencia que acreditado el tratamiento que precisa y que no puede ser dispensado en el país de origen, ni asistencia sanitaria accesible, se declara a lugar el recurso.

¹⁰⁸⁸ Dicha catalogación depende de la concepción nacional o desde el punto de vista internacional dado por la OMS, (Cuidados paliativos en cualquier paciente en fase final de su enfermedad, o tratamiento médico prolongado, enfermedades infecciosas, Infección por VIH, Tuberculosis, cardiopatía isquémica tipo IAM, osteomielitis crónicas, meningiomas (tumores cerebrales en sus diferentes variantes meningiomas parasagital, craneofaringioma, enfermedades renales crónicas tratamiento de diálisis y necesidad de trasplante renal, entre otras). La carga de la prueba -art. 217 LEC- corresponde al interesado. Vid. nota 412, STEDH, Sec. 1ª Samsonnikov c. Estonia, el Tribunal estima que la duración de la prohibición establecida sobre el demandante no supuso una interferencia desproporcionada con los derechos del demandante, no existiendo violación en cuanto a su estado de salud respecto del virus VIH y la hepatitis. Criterio distinto es el asunto Karpynenko c. Ucrania. STSJCL (Sede Valladolid) Sala (Contencioso), Sec. 3ª, nº 2122/10 de 1-10-2010, Rec. 120/10, enfermedad grave cardiopatía isquémica tipo IAM, le obliga a una medicación permanente, pudiendo conllevar su expulsión del país un serio riesgo para su vida de no poder adquirir el tratamiento médico, entrando así en juego valores jurídicos prioritarios -respecto de una interpretación estricta del artículo 57.2 LO 4/00- que tienen su traducción normativa como derechos fundamentales, de aplicación directa, como son el del derecho a la vida y a la integridad física, que se verían comprometidos seriamente por la resolución impugnada.

Respecto al requisito mujeres embarazadas, son dos los supuestos a tener en cuenta: i) cuando suponga un riesgo para la gestación; ii) cuando suponga un riesgo para la vida o la integridad física de la madre. En cuanto al primero, riesgo para la gestación, se ha de señalar que de la interpretación gramatical de la norma se concluye claramente que el embarazo sin más no constituye causa suficiente para que sea una excepción a la ejecutividad de la expulsión, no es un motivo de suspensión directo, sino que ha de ser riesgo primero que todo para la gestación. Este riesgo para la gestación se refiere a una situación clínica del propio embarazo o el estado de gestación es muy avanzado¹⁰⁸⁹, en todo caso, a lo que aquí nos interesa, dichos riesgos para la gestación comprendería, (entre otros supuestos, (p. ej.), en lo que aquí se refiere al *nasciturus*, neonatología, grandes prematuros, nacidos antes de las 32 semanas de gestación o con un peso inferior a 1.500 gramos y prematuros que requieran ingresos prolongados por complicaciones secundarias a la prematuridad).

En cuanto al segundo, el riesgo para la vida o la integridad física de la madre durante el embarazo, tiene que ver por lo general con una situación en la que existe un riesgo específico asociado a la vida de la persona (amenaza de aborto que genere infecciones graves en la madre, embolias de líquido amniótico, hemorragia posparto, lesiones fetales, desprendimiento placenta, cáncer de ovario maligno -en dependencia agrado estadio, entre otros)¹⁰⁹⁰, o que la persona sea sometida a condiciones de trabajo, explotación sexual, tratos inhumanos degradantes o situaciones de semi esclavitud, u otras situaciones, que de ser expulsada o devuelta al país de origen traiga consigo ese riesgo de pérdida de la vida humana.

En ambos casos el peligro o daño previsible consiste en que dichas patologías no se podrían atender en el país a donde fuese expulsada o devuelta por disímiles razones, entre ellas, deficiente sistema sanitario, guerra, o cualquiera de los conflictos o situaciones previstas para los casos de respeto al principio de no devolución. No obstante, este supuesto requiere analizar lo mismo que el que en los supuestos anteriores, la tipicidad de la infracción cometida y una vez definida la misma de acuerdo al tipo de procedimiento a seguir procederá o no, esa suspensión o solicitud de medida cautelar. Ello tiene aún mayor connotación atendiendo a que estamos hablando del derecho a la vida, recobra mucho más importancia y calado ese recurso con efectos suspensivos en vía administrativa, el debido proceso señalado *ut supra*. En todo caso ante supuestos como los mencionados debe proceder la suspensión con independencia del procedimiento a través de resoluciones prospectivas donde recojan la previsibilidad del daño. Ante supuestos como los ahora estudiados es de aplicación directa el contenido de la STC Pleno nº 172/20 de aplicación directa de los principios del DIDH.

b- 2-2- c)- Personas enfermas.

Respecto a las personas enfermas, tanto en la LO 4/00 y su ROLEX recogen este concepto en varias de sus partes, pero su naturaleza jurídica se diferencia en cada uno de ellos. No

¹⁰⁸⁹ STSJ Cant. Sala (Contencioso), nº 475/2005 de 28-10-2005, Rec. 97/2005. Sobre medidas cautelares. Suspensión. Acreditación de gestación es muy avanzado. Un viaje en avión durante varias horas de vuelo transatlántico (la apelada es ecuatoriana), está desaconsejado, riesgo que suele concurrir siempre que el viaje es trasatlántico y el estado de gestación es muy avanzado.

¹⁰⁹⁰ STSJ Cat. Sala (Contencioso) Sec. 5ª, nº 494/06 de 9-06-2006, Rec. 290/05. Anulación de resolución de expulsión de territorio nacional. Teniendo en cuenta la situación de amenaza de aborto con prescripción de reposo absoluto que sufría la interesada, estaba justificada su permanencia en España hasta que concluyera el embarazo.

siempre se cumplen los mismos requisitos y naturaleza jurídica, lo que llevará a diferente análisis y aplicación de procedimientos. Expongo a continuación tres ejemplos: i) art. 31.3 LO 4/00, circunstancias excepcionales, en este caso razones humanitarias y luego en el art. 126 ROLEX, donde se regula “*Autorización de residencia temporal por razones humanitarias*”, señala en su apartado 2. “*A los extranjeros que acrediten sufrir una enfermedad sobrevenida¹⁰⁹¹ de carácter grave que requiera asistencia sanitaria especializada, no accesible en su país de origen, y que el hecho de ser interrumpida o de no recibirla suponga un grave riesgo para la salud o la vida. A los efectos de acreditar la necesidad, será preciso un informe clínico expedido por la autoridad sanitaria correspondiente*”; ii) en el propio art. 57.5. d) LO 4/00 en cuanto a “*enfermedad profesional*”, iii) art. 57. 6 LO 4/00, cuando señala “*personas enfermas y la medida pueda suponer un riesgo para su salud.*”.

A este análisis sobre personas enfermas también se ha de agregar aquellos supuestos de padecimientos de enfermedades contagiosas que, con arreglo a la legislación española o a los convenios internacionales, impongan la inmovilización o el internamiento obligatorio en establecimiento adecuado del extranjero prohibiciones de salida, art. 28 LO 4/00 y 22.1.d) RD 557/11, (aspecto este último que trataremos en acápite 3.2.1.f)-1-^d¹⁰⁹².

Delimitado lo anterior, se ha de partir de la interpretación gramatical del citado apartado 6, “*...cuando se trate de personas enfermas...*”, se reconoce y se parte de que la persona está enferma. Las preguntas de investigación de acuerdo con lo señalado son, ¿qué tipo de enfermedad es, preexistente, sobrevenida, profesional?, ello atendiendo a que no lo distingue, no lo clasifica a través de una definición o sus requisitos. Sin embargo, si comparamos estos conceptos de enfermedades con los expuestos en el punto anterior s, se puede distinguir como el legislador en los ejemplos anteriores si clasifico la enfermedad, ello entiendo responde a una razón, la circunstancia más que especial y excepcional del principio de no devolución.

En igual sentido aquí el legislador no define cuál es el grado de afección, patología o gravedad de dicha enfermedad y finalmente tampoco categoriza el riesgo para la vida. Será nuevamente la jurisprudencia la que irá conformando paulatinamente todo este concepto jurídico indeterminado de este apartado 6 del art. 57, y a su vez los irá conformando a partir de la jurisprudencia preexistente ya señalada.

Este supuesto al igual que los anteriores para su aplicación como motivo de suspensión o solicitud de una medida cautelar se ha de tener en cuenta, la tipicidad de la infracción cometida y tipo de procedimiento sancionador. Prevalece el derecho a la vida, por ende

¹⁰⁹¹ SSTS, Sala 3ª, Sec. 4ª, de 8-01-2007 Rec. 38/05, 9-1-07 Rec. 40/05 y de 10-1-07 Rec. 39/05. Solventan los recursos interpuestos contra el Reglamento 2393/04, de 30-12-04. En el FD 9º de la sentencia del 10-1-07, trata sobre la enfermedad de carácter grave, “*sobrevenida*”, como debe ser interpretada la misma y sus circunstancias. SSTSJ Madrid Sala (Contencioso), Sec. 2ª, nº 229/14 de 5-3-2014, Rec. 1296/12, enfermedad grave no sobrevenida (VIH, malaria, paludismo de repetición); Sec. 4ª, nº 644/13 de 24-10-2013, Rec. 465/13, enfermedad grave no sobrevenida, infección por VIH; Sec. 8ª nº 1528/09 de 22-7-09, Rec. 412/09, enfermedad no sobrevenida enfermedades renales crónicas tratamiento de diálisis y necesidad de trasplante renal.

¹⁰⁹² STJUE GS, asunto Shamilovich c. Bulgaria C-357/09 PPU, apdo. 54 y 57 y el punto 3 del fallo, apdo. 62 y el punto 4 del fallo, apdo. 67 y el punto 5 del fallo y apdo. 71 y el punto 6 del fallo. En similares términos se pronunció en sus conclusiones el Abogado General SR. Ján Mazák el 10-11-2009.

ha de prevalecer un recurso con efectos suspensivos en esta vía administrativa, debe ser un recurso efectivo, eficaz, suspensivo¹⁰⁹³ y si fuese necesario suspensivo automático.

Dicho lo anterior, puede haber tantos supuestos como casos existan, todos se resumirían precisamente en la prueba¹⁰⁹⁴ aportada, la acreditación de la enfermedad grave, embarazo peligroso, sistema sanitario deficiente en el país de origen, o país de destino a efectos de expulsión, devolución o retorno del extranjero, la no existencia de los tratamientos adecuados, determinado así el daño irreversible. Con ello se demostraría la naturaleza irreparable del perjuicio derivado de la devolución, como los tratos inhumanos o degradantes y a través de ella, con la concepción de una administrativa moderna, inspirada en esos derechos fundamentales y buena administración, procedería a la suspensión del acto en vía administrativa a través de resoluciones prospectivas.

b- 2-2- d)- Conclusiones parciales.

1.- De la interpretación dogmática del art. 57-6 LO 4/00 se determina que el principio de no devolución no es un principio absoluto, para que sea efectivo el mismo deben de constatarse una serie de circunstancias, donde se ponga en peligro como daño irreversible la vida, la integridad personal, la libertad, entre otros. De cumplirse todas estas condiciones debe ser un principio a tener en cuenta *prima facie* en una medida provisional o cautelar, conformando tanto el *periculum in mora*, -teniendo en cuenta la previsibilidad del daño, no la garantía de la resolución administrativa final-, como el *fumus boni iuris*, así como un requisito indispensable para la valoración del principio de proporcionalidad razonabilidad de los intereses en conflicto.

2.- La circunstancia de enfermedad o embarazo, tienen que ser grave, muy grave o excepcional, que en el Estado al cual se vaya a realizar la expulsión, devolución o retorno, no existan los tratamientos o el sistema sanitario adecuado para paliar dichas enfermedades. Debiendo acreditarse estas circunstancias a través de prueba documental o pericial pertinente que acredite tipo de enfermedad, tratamiento, complejidad del embarazo, evolución, imposibilidad de interrupción tratamiento, entre otros elementos. De constituirse estos requisitos dichas circunstancias son elementos suficientes para que sean valorados *prima facie* en una medida provisional o cautelar, para su adopción.

¹⁰⁹³ STJUE GS, asunto Abdida, C-562/13, apdo. 39, recurso con efecto suspensivo. (Vid. notas 417, 575, 1074 y 1084). Esta sentencia es un claro ejemplo de lo que se viene sosteniendo en el presente trabajo sobre la efectividad del recurso. La misma analiza los actos conjuntos de asilo, expulsión, retirada ayuda social por enfermedad grave riesgo grave de deterioro serio e irreversible de su estado de salud, aplazamiento de la expulsión, art. 12, 13, 14, Directiva 2008/115/CE, garantías procedimentales, vía de recurso y recurso con efecto suspensivo apdo. 31-63.

¹⁰⁹⁴ STSJCIV, Sala (Contencioso), Sec. 3ª, nº 52/03 de 8-01-2003, Rec. 394/02, se referencia esta sentencia como un botón de muestra respecto a la prueba y su valoración. “Segundo.- La sentencia apelada estima el recurso en base al art. 57.6 de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España que establece que las mujeres no podrán ser expulsadas cuando estén embarazadas y la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre. Los autos acreditan con la documento nº uno que la mujer estaba embarazada cuando se dicta la resolución administrativa (certificado de la Conselleria de Sanidad), ahora bien, no existe ningún certificado que acredite mínimamente los requisitos exigidos por el precepto, es decir, peligro para la gestación o para la salud de la madre, no pudiendo tener tal carácter el hecho de que “Caritas” certifique que la recurrente estaba inserta en el programa de acompañamiento de mujeres y un informe de un “trabajador social”, para poder acoger el criterio establecido por la sentencia y aplicar el art. 57.6 de la Ley Orgánica 4/2000, se necesita un certificado o informe de un equipo médico que establezca sin género de dudas el “peligro o riesgo” para el embarazo o embarazada a que hace referencia el precepto, no existiendo informe médico de ningún tipo procede estimar el recurso y revocar la sentencia recurrida.”

Debiendo primar los efectos de un recurso suspensivo efectivo y eficaz e incluso de suspensión automática a través de resoluciones administrativas prospectivas de acuerdo con el principio derecho de una buena administración de una administración moderna y garantista.

3.- El art. 63 LO 4/00 -procedimiento preferente sin efectos suspensivos en el procedimiento administrativo sancionador- se opone al art. 57-6 LO 4/00, al principio de no devolución, al art. 5 y 9-1 de la Directiva 2008/115/CE y a los art. del 1 al 4 y 19.2 y 47 CDFUE, al efecto útil del DUE al no comprender un recurso con efectos suspensivos durante dicho procedimiento. Ello en relación con el art. 13 CEDH y el margen de maniobra de los Estados para la creación y mejora de recursos internos efectivos, todos en relación con el art. 24 CE en cuanto a la tutela administrativa efectiva y de acuerdo con la interpretación constitucional realizada en la STC Pleno nº 172/20 FJ 8-C, en cuanto a la aplicación de los derechos humanos, tanto sustantivos, como procesales del DIDH.

2.3.2. b-3)- La suspensión del apartado 10 del art. 57 LO 4/00.

Continuando con la sistemática empleada en el presente trabajo corresponde analizar de forma independiente el apartado 10 del art. 57 LO 4/00, el cual también tiene sus especialidades y soluciones distintas en cuanto a la suspensión y el recurso cautelar. Señala el art 57.10 LO 4/00: *“En el supuesto de expulsión de un residente de larga duración de otro Estado miembro de la Unión Europea que se encuentre en España, dicha expulsión sólo podrá efectuarse fuera del territorio de la Unión cuando la infracción cometida sea una de las previstas en los artículos 53.1.d) y f) y 54.1.a) y b) de esta Ley Orgánica, y deberá consultarse al respecto a las Autoridades competentes de dicho Estado miembro de forma previa a la adopción de esa decisión de expulsión. En caso de no reunirse estos requisitos para que la expulsión se realice fuera del territorio de la Unión, la misma se efectuará al Estado miembro en el que se reconoció la residencia de larga duración.”*

Se han de recordar dos aspectos: i) en este apartado 10 del art. 57 se trata lo relativo a la expulsión de un RLD¹⁰⁹⁵ que haya cometido las infracciones señaladas, estas se tramitan por procedimiento preferente, por lo que hay que estarse a lo tratado anteriormente respecto a dicho procedimiento y su no suspensión en vía administrativa. Se ha de tener en cuenta los aspectos *supra* señalados, en especial a la posible discriminación indirecta o inversa de los RLD; ii) la figura del RLD se distingue en este supuesto de las anteriores, en que el ciudadano extranjero ha obtenido ese derecho en otro EM, esto hace que además de no ser de aplicación automática la expulsión, se impone una condición durante la tramitación del expediente sancionador, consultar al EM que concedido dicha RLD, siendo este requisito un elemento distintivo del propio apartado.

Convergen así en este supuesto la no aplicación automática de expulsión, consulta obligatoria al EM que concedió la RLD previo a la sanción, no pueden existir rasgos de discriminación indirecta o inversa de acuerdo con la doctrina del TJUE señalada al respecto. No obstante, lo anterior, considerándose que el RLD cometa alguna de las infracciones del artículo en estudio, una vez consultado el EM que concedió tal condición manifiesta afirmativamente la respuesta en cuanto a la consulta de la expulsión, se

¹⁰⁹⁵ Vid. la ya citada Directiva 2003/109/CE relativa RLD. Concretamente Capítulo III de dicha Directiva, art. 17, Orden y seguridad públicos, art. 20 Garantías procesales, ambos en relación con el Considerando 18, el derecho de RLD en otro EM de los nacionales de terceros países debe contribuir a la realización efectiva del mercado interior.

tramitará dicho procedimiento vía preferente. Corriendo en este caso la misma suerte que los anteriores, no suspensión en el procedimiento administrativo, debiendo recurrirse a la jurisdicción contenciosa administrativa. Sin embargo, de ser negativa la respuesta del EM, no expulsión, en todo caso el EM de acogida en cuestión deberá tramitar el procedimiento de expulsión por vía de procedimiento ordinario, ello atendiendo a varias razones: i) los principios de atribución, subsidiariedad y proporcionalidad, la preservación de su seguridad nacional, seguridad pública, orden público, e inducir, promover, favorecer o facilitar la inmigración clandestina, ii) la propia protección reforzada que gozan los RLD de acuerdo con la Directiva de RLD (Considerando 12, 16 y art. 12), su nivel de equivalencia al de los ciudadanos de la UE (sobre estos particulares concretamente se analizarán más adelante), procediéndose en este supuesto a gozar el interesado de todas las garantías del procedimiento ordinario y desplegaría así el beneficio de la suspensión¹⁰⁹⁶.

La interpretación y alcance de este apartado 10 del art. 57, así como del art. 57.5-b)- RLD- hay que verlo en relación directa con el DUE, su efecto útil¹⁰⁹⁷, en especial con el art. 12 Directiva de RLD. Dicho de otra forma, de tipificarse las infracciones que se describen y cumplirse los tramites señalados en los respectivos apartados, tramitándose por el procedimiento preferente, no es de aplicación directa la expulsión automática, obligatoriamente se someterá a los principios de proporcionalidad/razonabilidad reforzada que señala el Considerando 16 y art. 12 de la Directiva de RLD, así como a la interpretación jurisprudencial que ha dado el TJUE respecto de este. De no realizarse así, ello generaría una discriminación indirecta o inversa incumpliendo el principio de equivalencia. En fin, el espíritu del apartado 5- b) art. 57 y del apartado 10 del mismo están en correspondencia con la Directiva RLD, protección reforzada contra la expulsión, por tanto, opuestos al art. 63 LO 4/00, procedimiento preferente.

2.3.2. b-4)- La suspensión del apartado 2 del art. 246 ROLEX.

EL apartado 2 del art. 246 ROLEX respecto a las resoluciones de expulsión del territorio nacional que se dicten en procedimientos de tramitación ordinaria recoge varios supuestos: i) plazo de cumplimiento voluntario para que el extranjero abandone el territorio nacional, ii) duración de la estancia, iii) en el caso concreto que el extranjero tenga a cargo menores escolarizados, y iv) la existencia de otros vínculos familiares y sociales. En dichas circunstancias no procederá la ejecución de la sanción de expulsión. Concretamente en el caso de menor escolarizado hasta la finalización del curso académico salvo que el otro progenitor sea residente en España y pueda hacerse cargo de ellos.

El art 246.2 párrafo tercero del ROLEX se refiere concretamente a las resoluciones de expulsión del territorio nacional que se dicten en procedimientos de tramitación ordinaria

¹⁰⁹⁶ STJUE, Sala 1ª de 8-12-2011, asunto Ziebell C-371/08, apdo. 82-84. La medida de expulsión no puede adoptarse de un modo automático a raíz de una condena penal o con una finalidad de prevención general. El momento que se debe tomar en consideración para determinar el carácter actual de la amenaza concreta para el orden o la seguridad pública, es cuando se analiza la legalidad de dicha conducta y medida, en los hechos posteriores a la última resolución de las autoridades competentes que puedan implicar la desaparición o la considerable disminución de la amenaza que constituiría para el interés fundamental de la sociedad, en fin se ha de determinar conducta de la persona de que se trate posterior a dichos hechos. STJUE, Sala 2ª de 11-11-2004, C-467/02, apdo. 47-48. En este sentido STS Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 1136/20 Rec. 3863/18, FD 5-6.

¹⁰⁹⁷ STJUE, Sala 1ª de 28-04-2011, asunto El Dridi C-61/11 PPU, apdo. 55 y STJUE, Sala 2ª de 26-04-2012, asunto Comisión c. Países Bajos, C-508/10, apdo. 65-66.

que concurra que en el mismo no se haya cumplido la salida voluntaria. En dicho caso puede prorrogarse dicha salida, para ello se ha de tener en cuenta, la duración de la estancia, o tener a cargo menores escolarizados o la existencia de otros vínculos familiares y sociales. En el caso de que el extranjero tenga a cargo menores escolarizados, no procederá la ejecución de la sanción de expulsión hasta la finalización del curso académico salvo que el otro progenitor sea residente en España y pueda hacerse cargo de ellos. Este apartado 2 del art. 246 ROLEX debemos verlo en relación con el art. 7 Directiva 2008/115/CE, el cual regula la salida voluntaria y su prórroga atendiendo a la existencia de circunstancias concretas del caso de que se trate, como son la duración de la estancia, la existencia de niños escolarizados y la existencia de otros vínculos familiares y sociales.

En lo que aquí nos interesa -la suspensión- es necesario realizar primeramente un análisis de contenido positivo del artículo en estudio. Dicho contenido positivo reafirma toda la argumentación que se ha venido desarrollando. de acuerdo con la redacción expuesta del artículo investigado una vez dictada las resoluciones de expulsión del territorio nacional en procedimientos de tramitación ordinaria se podrá prorrogar la salida voluntaria atendiendo a las circunstancias antes descritas, es decir, una vez el acto firme, el interesado puede solicitar dicha prórroga. Dicho ello, si el legislador de la UE y nuestro legislador nacional prevén esta posibilidad para un acto ya firme, ejecutable, como no va ser posible a *prima facie* de procedimiento la adopción de cualquier otra medida asegurativa más eficaz para evitar previsiblemente daños irreversibles; digamos anotación en registro de extranjero de la propia medida asegurativa, esta medida asegurativa preverá la ejecutoriedad del acto en cualquier parte del territorio nacional, hará efectiva y eficaz no solo la medida provisional adoptada, sino que además hará afectivo el propio efecto del DUE. De materializarse lo antes dicho la autoridad administrativa actuante o judicial en su caso podrá adoptar una medida de suspensión de la ejecutoriedad del acto, máxime si el mismo es recurrido y solicitado no solo la suspensión, sino incluso otra medida cautelar.

El apartado en estudio nos permite una vez más ratificar la importancia de la diferenciación entre la incoación de un procedimiento preferente de un ordinario y las consecuencias de ello¹⁰⁹⁸, afirmando nuestra reserva interpretativa sobre la STS Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 1118/18, de 2-07-2018, Rec. 333/17, basada fundamentalmente en la doctrina del TC (STC Pleno nº 236/07, FJ 16), e incluso otras, como la STSJ Cant. Sala (Contencioso), Sec. 1ª, de 30-4-2018, nº 175/18, Rec. 239/17¹⁰⁹⁹, resaltando nuevamente la importancia de la toma decisión de un procedimiento u otro, incluso de las diligencias o actuaciones previas del art. 218 ROLEX. Como se constata evidentemente el procedimiento ordinario es más garantías. Al ser transpuesto el art. 7-2 Directiva 2008/115/CE a nuestro derecho interno se produce un desplazamiento del DUE al mismo, estableciendo un mínimo a los EM, que al ser acogido por nuestro legislador hace que nuestro canon de enjuiciamiento y su estándar vayan al alza, sea un estándar superior, a un *test* de garantía superior. Se ha de tener presente que incluso nuestro legislador dicho estándar lo lleva a un grado superior al recoger en el reglamento de forma categórica que

¹⁰⁹⁸ La misma remite a STSJCL (Sede Valladolid), Sala (Contencioso), Sec. 3ª, nº 1174/17 de 25-10-2017, Rec. 413/17. Vid. nota 330.

¹⁰⁹⁹ Estima Recurso de Apelación de la Abogacía del Estado, desvirtuando precisamente lo señalado en la Directiva 2008/115/CE, art. 7-2 en cuanto a que los EM miembros prorrogarán cuando sea necesario el plazo de salida voluntaria durante un tiempo prudencial cuando hay la existencia de niños escolarizados.

“no procederá” la expulsión mientras existan menores cargo escolarizados, por lo que hace que la autoridad Administrativa al momento de la toma de decisión de un procedimiento u otro ha de tener en cuenta estas previsiones y los daños irreversibles que se puedan causar. Esto se potencializa y refuerza para la autoridad judicial, la cual en su control jurisdiccional ha de tener en cuenta estos aspectos y no acogerse ciegamente a la doctrina de que la decisión de un procedimiento u otro -la indebida elección o no del procedimiento preferente- no es una causa invalidante. Ello podrá ser una doctrina a tener en cuenta en cuanto al fondo del asunto y las garantías de defensa, pero se debilita dicha sustanciación a *prima facie* al momento de la adopción de una medida cautelar, (Vid. nota 196) máxime cuando está en conflicto el derecho fundamental a la educación STC, Pleno, nº 155/15 (derecho a la educación, FJ 4-6).

2.3-2. b-5)- Especificidades en cuanto a la suspensión y medidas cautelares en los procedimientos sancionadores ordinarios y preferentes de multa; de acuerdo con el tipo de infracción y sanción.

Se ha analizado las especificidades en cuanto a la suspensión y medidas cautelares en los procedimientos sancionadores ordinarios y preferentes de expulsión: de acuerdo con el tipo de infracción y sanción. Similares soluciones ocurren en cuanto a la suspensión y medidas cautelares en los procedimientos sancionadores ordinarios y preferentes, pero en este caso con sanciones de multa. Las infracciones graves y muy graves pueden ser sancionadas también con multa. Sin embargo, como bien señala el art 57.3 LO 4/00 “*En ningún caso podrán imponerse conjuntamente las sanciones de expulsión y multa*”.

Las sanciones de multa están recogidas en el art. 55 LO 4/00, y en el 249 y ss. ROLEX. Un elemento significativo de este último (que se interrelacionará con el próximo punto referente a CUE y sus familiares), es, “*cuando el infractor, cualquiera que sea su nacionalidad,*” cometa alguna de las infracciones del art. 53 y 54 LO 4/00 serán de aplicación las sanciones de multa correspondiente. Sintetizo a continuación las infracciones que llevarían sanción de multa en correspondencia con su procedimiento: infracciones leves, todas conllevan multa y procedimiento simplificado. Por lo cual pueden ser suspendidas o aplazadas. Las infracciones graves y muy graves de acuerdo con el art. 55 LO 4/00 conllevan sanciones de multa en la proporcionalidad indicada, y en correspondencia a las circunstancias del caso concreto. Dichas sanciones de multas para su imposición han de ser tramitadas por el procedimiento ordinario de acuerdo con el art. 250 del ROLEX, “*Los demás trámites procedimentales, salvo lo dispuesto en los artículos siguientes, serán los establecidos para el procedimiento ordinario contenidos en la sección 1ª del capítulo II de este título.*”

En lo que aquí nos corresponde las infracciones de los artículos 53.1 d), f), 54.1 a) y b), tramitadas por el procedimiento preferente, en aquellos casos en que se entienda de acuerdo con el art, 218, 219, 227, 235, 243 todos del ROELX, (actuaciones previas, iniciación procedimiento), que dada las circunstancias de los hechos, el presunto responsable, la sanción a imponer ha de ser de la de multa se tramitarán por procedimiento ordinario, por lo que de acuerdo con las características del procedimiento pueden hacerse suspensiones, aplazamientos o fraccionamiento de dichas sanciones de multa.

2.3.2.c)- Conclusiones parciales.

En cuanto a suspensión del apartado 10 del art. 57 LOEX, del apartado 2 del art. 246 ROLEX y aquellas suspensiones y medidas cautelares en los procedimientos

sancionadores ordinarios y preferentes de multa; de acuerdo con el tipo de infracción y sanción se puede concluir parcialmente que:

1.- En la materia sancionadora en el Derecho de Extranjería reúne una importancia extraordinaria la toma de decisión entre un procedimiento sancionador preferente u ordinario en cuanto a la suspensión y la adopción de medidas provisionales o cautelares en vía administrativa (ello con independencia del criterio que se tenga sobre el procedimiento preferente como respetuosos de las garantías constitucionales de defensa y si es o no causa invalidante), se debilitan estas últimas si *prima facie* al momento de la adopción de una medida cautelar ya queda constatado la no suspensión o adopción de medida si se tramita la infracción por el procedimiento preferente, ya que la ejecutividad del acto y su suspensión en dicho procedimiento administrativo, así como la solicitud o adopción de otra medidas cautelares no podrán ser posibles. Se produce así serias limitaciones a los derechos subjetivos de defensa de los extranjeros en cuanto a la tutela cautelar administrativa, no siendo ni efectiva, ni eficaz, llegando incluso a la ejecutividad de la expulsión, mientras se encuentra en trámite los recursos administrativos, consagrándose negativamente el cumplimiento del debido proceso. Esta práctica administrativa se continúa manteniendo hasta el presente, las garantías y el debido proceso en muchas ocasiones son vulneradas, primando la no suspensión del acto, no solo en los procedimientos preferentes, sino también en los procedimientos administrativos sancionadores ordinarios.

El sostenimiento de la doctrina de que la decisión de tramitación de un procedimientos preferente no es causa invalidante atenta contra la efectividad y eficacia de la suspensión del acto, así como sobre la efectividad y eficacia del recurso cautelar en vía administrativa, incumplándose las recomendaciones de la Declaración de Copenhague y las Cien reglas de Brasilia, creación y mejora de recursos internos efectivos, en este caso específicos, ante situaciones de graves problemas estructurales o sistémicos en el procedimiento administrativo sancionador de extranjería.

2- El art. 63 LO 4/00 -procedimiento preferente- se opone al art. 5, 7.2 y 13 todos de la Directiva 2008/115/CE, al art. 12 Directiva RLD, en relación con el art. 47 CDFUE y el art. 13 CEDH en correspondencia con el art. 57.5-b) y 10 LO 4/00, así como al art. 246.2 ROLEX al no comprender para ninguno de ellos un recurso con efectos suspensivos en dicho procedimiento administrativo atentando contra las sugerencias dada en la Declaración de Copenhague (punto 20-a), así como con el art. 24 CE en cuanto a la tutela administrativa efectiva.

2.3.2.d)- Especificidades en cuanto a la suspensión y medidas cautelares relativas a la prohibición entrada, denegación entrada, devolución, retornos coactivos en frontera.

2.3.2.d)-1- Consideraciones previas.

Siguiendo la sistemática estructural de la LO 4/00 en lo que respecta concretamente a la prohibición entrada, se regula en el art. 26 LO 4/00¹¹⁰⁰, estando la misma en estrecha relación con los requisitos para la entrada¹¹⁰¹. Más adelante en el art. 58 se hace mención

¹¹⁰⁰ Cuadrón Ambite, S., (2018). *Extranjeros en frontera. Un estudio jurídico-práctico del reconocimiento, protección y límites del derecho de entrada en España*. Madrid: Dykinson, pp. 41-100.

¹¹⁰¹ Álvarez Rodríguez, A., (2012). "Artículo 25. Requisitos para la entrada en territorio español", en J. L. Monereo Pérez, J. A. Fernández Avilés & L. Á. Triguero Martínez. (Coords.). *Comentario a la Ley y al*

a los efectos de la expulsión y devolución, específicamente en el art. 58.3 de la misma describe que no será necesario conformar un expediente de expulsión para la devolución atendiendo a los supuestos señalados en su apartado a) y b) (expulsados que contravengan la prohibición de entrada y aquellos que pretendan entrar ilegalmente en el país). Estos a su vez en relación con el art. 23.1-a), b) -4 y ss. ROLEX, devoluciones.

El art. 60.1 LO 4/00, regula los efectos de la denegación de entrada la cual está en correspondencia con el art. 26 de la misma donde se define la prohibición de entrada¹¹⁰². Ambos en relación y en consecuencia con el art. 11 ROLEX prohibición de entrada por diferentes motivos, entre ellos, cuando haya sido el extranjero objeto de una expulsión o media de devolución. Mientras que el art. 15 del mismo expone cómo se ha de efectuar y los requisitos que ha de tener dicha denegación de entrada¹¹⁰³, debiéndose destacar el apartado segundo de este artículo, el cual remite al ya citado art. 60 LO 4/00. Este último artículo nos reconduce a que esta denegación de entrada será recurrible con arreglo a lo dispuesto en las leyes, sin agotar la vía administrativa (art. 15.7 ROLEX).

Acotado lo anterior y de acuerdo con lo que nos interesa, la prohibición de entrada, devolución, denegación de entrada y retornos coactivos en frontera, son actos de contenido negativo¹¹⁰⁴, originarios propios o derivados de una naturaleza jurídica compleja, compuesta, conexas o mixta, con una fuerte carga de gravamen de medidas coactivas directas de la Administración en cumplimiento de una potestad legítima del Estado que responde a los diferentes tipos de circunstancias y hechos empelando métodos de ejecución forzosa coactivos que sin ser actos sancionadores en sí mismos lindan o subyacen de manera accesoria o residual, encubierta con la naturaleza jurídica sancionadora, realizándose dicha ejecución forzosa coactiva a través de un cauce flexible y rápido sin llegar a forma parte de las garantías otorgadas por el art. 106 CE, un derecho a una completa tramitación de un procedimiento administrativo en materia de extranjería que concluya, en todo caso, con una resolución sobre el fondo del asunto, repercutiendo estos actos en determinados derechos humano y fundamentales del extranjero.

Estos actos en sentido general pueden ser objeto de solicitud de suspensión en la propia vía administrativa, pudiendo tener como veremos más adelante efectos suspensivos automáticos (fundamentalmente en los retornos coactivos en frontera régimen Especial de Ceuta y Melilla de acuerdo con la STC Peno nº 172/20 FJ 8-C).

La eficacia y efectividad de los recursos suspensivos es altamente cuestionada precisamente por la falta de procedimiento y garantías procedimentales al respecto, aunque han sido amparadas constitucionalmente, SSTC Pleno nº 172/20 FJ 8-C y la nº 17/13, FJ 11-12. Pudiéndose solicitar o adoptar cualquier medida cautelar, no obstante,

Reglamento de extranjería, inmigración e integración social. (LO 4/2000 y RD 557/2011). (pp. 381-405). Granada: Comares.

¹¹⁰² Belgrano Ledesma, M., Puig Pellicer, J. R., Adam Muñoz, M, D, Gutiérrez Castillo, V. (2013) “Régimen jurídico de los extranjeros...”, op. cit., pp. 183-189.

¹¹⁰³ Ídem.

¹¹⁰⁴ AJCA nº 7 Madrid de 27-02-2017, PA 90/17, cautelarísima, art. 135 LJCA adoptada por AJI nº 6 de Madrid de 24-02-2017, especial urgencia, ratificada en el citado Auto conformado en la pieza correspondiente de acuerdo con el propio art. 135.1-a) LJCA, acordado la entrada al territorio nacional. En similares términos AJCA nº 32 Madrid, de 26-10-2016, señalando que no es cierto que los actos de contenido negativo no sean susceptibles de suspensión. En sentido contrario a la anterior, STS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 8227/05 de 15-12-2005, Rec. 5743/03, FD 3.

inicialmente la autoridad administrativa generalmente adopta la detención cautelar, el internamiento¹¹⁰⁵ o el retorno coactivo en frontera régimen Especial de Ceuta y Melilla.

A su vez las figuras jurídicas, prohibición de entrada/devolución/denegación de entrada, tienen estrecha relación con las infracciones y responsabilidades que puedan tener los transportistas, ya que el regreso del ciudadano extranjero a causa de dicha prohibición de entrada/devolución/denegación de entrada, se ha de realizar en el menor tiempo posible, de lo contrario se ha de hacer uso de las medidas cautelares citadas de detención o internamiento. En todo caso, como veremos, estas últimas medidas podrán ser revocadas, levantadas, suspendidas o la adopción de otra medida cautelar. Siendo en el caso concreto del internamiento, su levantamiento, suspensión o revocación en la jurisdicción penal, juez de instrucción que la autorizo y en su caso el Director del CIE¹¹⁰⁶.

Para una mejor comprensión de lo antes dicho se abordara el estudio comenzando por la prohibición entrada/denegación entrada, luego la devolución y finalmente los retornos coactivos en frontera, Régimen especial de Ceuta y Melilla.

2.3.2.d)-2- Prohibición entrada. Denegación entrada.

El art. 26 LO 4/00 regula la prohibición entrada, la misma puede ser por varios motivos: i) no obtener visado aquellos que lo necesiten, ii) los extranjeros que hayan sido expulsados, mientras dure la prohibición de entrada, iii) así como aquellos que la tengan prohibida por otra causa legalmente establecida o en virtud de convenios internacionales en los que sea parte España. A su vez el mismo se relaciona con el art. 58 LO 4/00, efectos de la expulsión y devolución.

El citado art. 26 LO 4/00 tiene su desarrollo reglamentario en los art. del 4 al 18 ROLEX, entrada: requisitos y prohibiciones. De ellos destaco, el art. 10 requisitos sanitarios para la entrada, acreditando que no padezcan ninguna de las enfermedades que pueden tener repercusiones de salud pública graves de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento Sanitario Internacional¹¹⁰⁷, así como de los compromisos internacionales sobre la materia suscritos por España y los que se disponga de la normativa de la UE al respecto; así como el art. 11, prohibición de entrada propiamente dicha, debido a expulsiones, devoluciones, reclamaciones internacionales por comisión de delitos, así como otros tipos de prohibiciones específicas y el art. 15 denegación entrada.

¹¹⁰⁵ En cuanto a estas medidas, serán analizadas en el capítulo siguiente, no obstante señalar que se regulan en los arts. 61.1-d) y e) LO 4/00. Como señala el propio art. 61-1-d) LO 4/00, la detención cautelar se puede adoptar en cualquier otro supuesto de detención, muestra de ello son los aquí analizados, prohibición de entrada, devolución, denegación entrada. Es importante destacar la doctrina pacífica del TC sobre la detención y el plazo de esta está en correspondencia con el tipo de detención y circunstancias del supuesto concreto. Es decir, si las averiguaciones por las cuales se efectúa la detención concluyeren antes de cumplirse este plazo máximo de 72, se deberá poner en libertad o a disposición judicial. STC, Sala 1ª, nº 224/98, de 24-11-1998, BOE nº 312 de 30-12-1998.

¹¹⁰⁶ En este sentido se ha de tener en cuenta la STJUE, Sala 3ª de 5-06-2014, asunto Mahdi c. Ministerio del Interior, Bulgaria, C-146/14 PPU.

¹¹⁰⁷ Reglamento Sanitario Internacional (2005), OMS, 2008. 2ª Ed. ONUBI. El mismo ha establecido las definiciones de las cuatro enfermedades de importancia crítica que siempre se consideran inusitadas o imprevistas y que pueden tener repercusiones de salud pública graves, por lo cual se deben notificar en cualquier circunstancia, a saber: viruela, poliomielitis por poliovirus salvaje, gripe humana causada por un nuevo subtipo de virus y síndrome respiratorio agudo severo (SRAS).

El incumplimiento de cualquiera de los requisitos de entrada¹¹⁰⁸ trae consigo la denegación de entrada (art.15 ROLEX) el cual señala los recursos que puedan interponerse¹¹⁰⁹, así como ha de recoger la expresa mención de la voluntad de impugnación de la resolución en vía jurisdiccional contencioso-administrativa, de conformidad con los arts. 22.3 (solicitud de asistencia jurídica gratuita) y 60 LO 4/00, (adopción de medidas cautelares), por lo que no se requerirá el agotamiento de la vía administrativa para acudir a la judicial.

El régimen de ejecutividad de ambas figuras es el régimen general y previsto en ley, por lo que pueden ser objeto de suspensión, aunque son definidos por la jurisprudencia como actos de contenido negativo. Dicha suspensión en la prohibición entrada, denegación entrada no es automática, por lo que los recursos que se puedan establecer al efecto no tienen efecto suspensivo automático. No obstante, de interponerse un recurso alegándose elementos de razones excepcionales de índole humanitaria, familiares¹¹¹⁰, interés público o cumplimiento de compromisos adquiridos por España, cualquier otra circunstancia excepcional, o solicitud de protección internacional, se interpreta de la norma que dicho recurso ha de tener efectos suspensivos, o adoptarse la medida que se solicite en el recurso al señalar el ROLEX en su art. 4, apartado segundo 2, párrafo primero, que en estos casos se procederá a hacer entrega al extranjero de la resolución acreditativa de la autorización de entrada por cualquiera de estas causas, ello a su vez en relación con el art. 58.4 LO 4/00 (efectos de la expulsión y devolución), cuando señala lo relativo la solicitud de protección internacional. En igual sentido de acuerdo con las circunstancias puede ser objeto de suspensión de ejecutividad medida cautelarísimas del art. 135 LJCA, sin necesidad de agotamiento de la vía administrativa¹¹¹¹.

¹¹⁰⁸ Dichos requisitos son: titularidad del pasaporte o documentos de viaje, visado, justificación del objeto, condiciones de la entrada y estancia, medios económicos suficientes para su sostenimiento durante el periodo de permanencia, retorno, certificados sanitarios, no estar sujeto a una prohibición de entrada, No suponer un peligro para la salud pública, el orden público, la seguridad nacional o las relaciones internacionales de España o de otros Estados con los que España tenga un convenio en tal sentido.

¹¹⁰⁹ En este sentido respecto a los recursos que se pueden interponer en el supuesto de prohibición de entrada es el recurso de alzada, el cual es el que pone fin a la vía administrativa, agotamiento de la vía administrativa. de acuerdo con los plazos para resolver el citado recurso, el mismo se hace inoperante ante la urgencia inaplazable del art. 56.2 LPACAP o ante la especial urgencia del art. 135 LJCA. Por tanto, en este sentido para hacer efectivo y eficaz el recurso, ya sea administrativo o la judicial, han existido pronunciamientos como el del STS Sala 3ª, Sec. 2ª nº 815/18, de 21-05-2018, Rec. 113/17, FD 4 y 5, AJCA nº 32 Madrid de 26-10-2016, STS, Sala 3ª, Sec. 7ª, nº 6792/07 de 19-10-2007, Rec. 3332/03, FD 5 y 6, reiterando el criterio seguido por otras sentencias anteriores señalan que ante situaciones como las que concurren en una prohibición de entrada no es necesario agotar la vía administrativa -interponer recurso de alzada- frente a la resolución denegatoria de entrada para acudir a la vía contencioso-administrativa. Ello no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva y dentro de ella la cautelar, más que un obstáculo es una garantía. Existiendo otra jurisprudencia contraria a ello STSJA, Sede Granada, Sala Contencioso, Sec. 1ª, nº 462/19, de 26-02-2019, Rec. 133/19 sobre devolución agotamiento de la vía de la alzada.

¹¹¹⁰ ATS, Sala 3ª, Sec.1ª, nº 285/91 de 16-07-1991, FD 1, señaló que la prohibición de entrada, al imponer la obligada separación y la correspondiente desvinculación de la familia del demandante residente en España, compromete en su misma esencia a la convivencia familiar debiendo advertir que ello puede irrogar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil.

¹¹¹¹ AJCA nº 22 Madrid, de 1-04-2008 adoptó la medida de cautelarísima suspensión de ejecutividad de la orden de retorno en relación con la denegación de entrada de un menor de edad, cuyos familiares se encontraban ya en España. Ratificado posteriormente dicho auto, con argumentos relativos al interés superior del menor, aplicación de los arts. 3 y 10 CoDN.

2.3.2.d)-3- Devoluciones. Principio no devolución. Mujeres embarazadas. Personas enfermas.

2.3.2.d)-3-a- Consideraciones previas.

Requiere análisis independiente y de forma concreta, la devolución, como se ha dicho se regula en el art. 58.3 LO 4/00, el cual tiene sus incisos a) y b), -los expulsados que contravengan la prohibición de entrada y aquellos que pretendan entrar ilegalmente en el país, respectivamente-. Ambos no requieren que sea necesario conformar un expediente para dicha devolución, es decir una ausencia de procedimiento con todas las garantías debida del debido proceso. Ello a su vez como se ha dicho, en relación con el art. 23.1 a), b)¹¹¹², y apartado 4 y siguientes del ROLEX, (medidas cautelares de detención e internamiento). En este sentido se ha de tener presente la ya tan mencionada STC Pleno nº 17/13, FJ 11-12.

En este sentido el art. 58.3-a) LO 4/00 como se ha mencionado más arriba es un acto de contenido negativo originario, propio o derivados según el inciso a) o b) respectivamente, de naturaleza jurídica compleja, compuesta, conexa -en el caso del apartado a) existencia de una expulsión previa ejecutada¹¹¹³- y coactiva directa¹¹¹⁴ naturaleza jurídica especial -en el caso del inciso b)- al no tener todas las garantías de un debido proceso, igualdad de parte, transparencia de defensa y de respeto a los derechos fundamentales¹¹¹⁵ y humanos, los únicos que pueden poner límites a estos tipos de ejecuciones coactivas forzosa especiales¹¹¹⁶. En ambos incisos empelando métodos de ejecución forzosos coactivos que sin ser actos sancionadores en sí mismos lindan o subyacen de manera accesoria o residual, encubierta con la naturaleza jurídica sancionadora.

El hecho de señalar que no se requerirá expediente de expulsión, conlleva a pensar que no es necesario conformar actuaciones individualizadas, esto es sinónimo de incumplimiento del debido proceso/proceso equitativo, se conculca las garantías mínimas de defensa, es violación de toda la argumentación de la normativa internacional, regional y supranacional antes mencionada. Estas circunstancias se agravan en dependencia de los supuestos de entrar ilegal o irregularmente en el país, devoluciones colectivas o devoluciones individuales. En el caso de la existencia de una expulsión previa, como se

¹¹¹² Este inciso b) del ROLEX literalmente se refiere a “*Los extranjeros que pretendan entrar irregularmente en el país*”, mientras que el art. 58.3.b) señala “*entrar ilegalmente*”. Más allá de las interpretaciones semánticas de “irregular o ilegal”, ambas definiciones convergen en este caso en un punto, faltas de garantías de defensa en un debido proceso. En este sentido, Cuadrón Ambite, S., (2018). *Extranjeros en frontera...*, op. cit., pp. 101-164.

¹¹¹³ Martínez Pardo, V. J., (2006). *Detención e internamiento de extranjeros...*, op. cit., p. 108 y ss., unidos a toda la referencia bibliográfica allí citada, “La prohibición-sanción, regulada como sanción accesoria aparejada a la expulsión del territorio nacional...”, Para otros autores, Dorado Nogueras, F. M., & Rodríguez Candela, J. L., (2001). “Las infracciones en materia de extranjería...”, op. cit., pp. 857.-863, señalan que ambas figuras no tienen naturaleza sancionadora.

¹¹¹⁴ Bocanegra Sierra, R. E., (2009). “La coacción administrativa...”, op. cit. pp. 215-235. Sagarra i Trías, E., (2002). *La legislación sobre extranjería e inmigración...*, op. cit. p. 224. Agirreazkuenaga Zigorra I., García de Enterría Martínez-Carande, E., (1990). *La Coacción Administrativa Directa...*, op. cit., p. 205.

¹¹¹⁵ En este sentido recordar la STS, Sala 3ª Sec. 3ª, nº 4977/15 de 2-11-2015, Rec. 4089/14, en similares términos SJCA nº 5 de Valencia, nº 190/15, Rec. nº 117/05 Proc. Especial de Protección de Derecho Fundamentales. Vía de hecho.

¹¹¹⁶ SSTC Pleno nº 172/20 FJ 8-C, Sala 2ª, nº 22/84, de 17-02-1984, BOE nº 59 de 09-03-1984, la cual ha reconocido el valor de la autotutela y ha encontrado su fundamento constitucional en el art. 103.1 CE en relación con art. 106 CE.

ha dicho, por lo menos existe un antecedente sancionador y una medida como resultado de este, la prohibición de entrada. Esta salvedad y matización que realiza el legislador de no conformar un expediente de expulsión no exime que debe existir o se requiera de un expediente individualizado.

Situación diferente serían las devoluciones colectivas o retornos forzosos en frontera que no se pretenda realizar un análisis individualizado, sean entradas ilegales o irregulares, no tener un procedimiento para llevar a cabo las mismas, sin las más mínimas garantías del debido proceso, tienen un gran calado negativo, tiene un efecto de reducción, a la baja de los estándares de los derechos humanos y de las garantías de defensa, de los recursos efectivos y eficaces. Las preguntas de investigación serían ¿Por qué el legislador hace esa salvedad?, ¿es que acaso el legislador no conoce que hay que tener un expediente, un legajo individualizado para recopilar las diligencias que se realicen en dicho tipo de devolución?, ¿es que acaso el legislador no conoce las garantías de los derechos fundamentales y humanos?

A estas interrogantes se ha dado respuestas jurisdiccionales que recurren a los más variados fundamentos muchos ya citados pero en esencia –responden a la potestad legítima del Estado- a su vez se apañan las respuestas de forma deficiente con el art. 23 ROLEX, devoluciones apartado 2, cuando señala refiriéndose al apartado b)- entradas irregulares- cuando expone que “...*los conducirán con la mayor brevedad posible a la correspondiente comisaría del Cuerpo Nacional de Policía, para que pueda procederse a su identificación y, en su caso, a su devolución*”. En este sentido se ha dicho por la Circular 3/01 FGE, que al ser medidas administrativas de policía dirigidas al restablecimiento del orden jurídico previamente conculcado, por lo que no precisan de expediente de expulsión¹¹¹⁷. Como se ha venido sosteniendo no se comparte esa opinión junto a las demás citadas jurisprudencialmente hasta la reciente STC Pleno nº 172/20 la cual se comparte como he expuesto *supra* en parte de su contenido, como que se comparte íntegramente el voto particular emitido.

La categoría jurídica en estudio como hemos visto tiene una complejidad interpretativa que traspasa nuestra jurisprudencia y necesariamente dicha categoría jurídica hay que verla en relación con la Directiva 2008/115/CE, ello debido específicamente a que el actual art. 23.1-b) ROLEX, incluye dos supuestos: i) los propiamente analizados, extranjeros que pretendan entrar irregularmente en el país, y ii) aquellos supuestos en que los extranjeros sean interceptados en la frontera o en sus inmediaciones. Esta redacción está en plena correspondencia con los arts. 2.1, y art. 3.2 Directiva 2008/115/CE que señala que los extranjeros que sean interceptados en la frontera o en sus inmediaciones deberán ser devueltos, lo cual ha traído pronunciamientos del TJUE al respecto¹¹¹⁸.

¹¹¹⁷ Se ha de recordar que previo a la citada Circular se efectuó la Consulta nº 1/01 FGE. Posteriormente Circular 2/06 complementa y actualiza Circular 3/01 pero no abordan con profundidad, ni justifica porque dichas devoluciones tienen una naturaleza jurídica de medidas administrativas de policía dirigidas al restablecimiento del orden jurídico previamente conculcado. En resumidas ambas circulares, como la consulta aquí referenciadas están desfasado por las modificaciones legislativas posteriores, y los avances jurisprudenciales.

¹¹¹⁸ Al respecto el TJUE, ha interpretado la Directiva 2008/115, art. 2.1, y el art.3.2 y ha señalado que estos supuestos se incardinan en la situación irregular, aunque estén de tránsito, por ende, son sujetos pasivos de la aplicación de la Directiva, (ver concretamente STJUE GS, asunto Sélina Affum, C-47/15). En igual sentido, el TJUE se ha pronunciado sobre las fronteras interiores y sus cercanías, en cuanto a la identificación de personas, controles que quedan autorizados con independencia del comportamiento de la persona en cuestión y de la concurrencia de circunstancias que revelen un riesgo de perturbación del orden

Dicho lo anterior, se hace imperativo volver a mencionar la STC Pleno nº 172/20 y su voto particular, como cumplimentar todas las garantías de derechos humanos y fundamentales mencionadas (art. 6 y 13 CEDH, art. 47 CDFUE y art. 24 CE) en relación con el art. 22.3 LO 4/00, y si fuese necesario de forma extensiva el art. 90.3 LPACAP, y el efecto suspensivo que pudiese tener el recurso o la medida cautelar que se solicitara en estos tipos de situaciones de medida coactivas directas sino existe procedimiento administrativo. En todo caso, como se viene sosteniendo sería a través de la aplicación directa del sistema de derechos humanos, tanto sustantivos como procesales del DIDH, a través de resoluciones administrativas prospectivas al ser actos de un fuerte gravamen que está perfectamente sometido a suspensión y luego al control jurisdiccional de garantías¹¹¹⁹ e incluso al control constitucional directo a través del amparo.

2.3.2.d)-3-b- Protección internacional. Mujeres embarazadas. Personas enfermas.

Circunstancia especial regula el art. 58. 4 LO 4/00 relativo a la devolución y los supuestos en que se formalice una solicitud de protección internacional por personas que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España y pretendan entrar y aquellas que pretendan entrar ilegalmente en el país. Al respecto se puede realizar la siguiente clasificación de solicitud de protección internacional i) por MENAS; ii) por mujeres embarazadas cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre, iii) por todas aquellas personas que sean víctimas de la trata o tráfico de personas y iv) por todas aquellas personas de especial vulnerabilidad y v) por todas aquellas causales recogidas en la Convención de Ginebra de 1951 al respecto. Ello tiene correspondencia a su vez con el apartado 6 del art. 57 LO 4/00 (*ut supra* analizado por lo que lo allí dicho es de plena aplicación en el presente). Sin embargo, el citado art. 58.4 LO 4/00, no expone nada más. Ello hace necesariamente remitirnos al art. 23 ROLEX, devoluciones, apartado 6, quien regula los supuestos de no devolución.

Concretamente este art. 23.6 ROLEX desarrolla tres circunstancias de no devolución¹¹²⁰, la protección internacional, mujeres embarazadas y personas enfermas en la medida que pueda suponer un riesgo para su salud. Con esta regulación reglamentaria, el art. 58.4 LO 4/00, tiene idéntica naturaleza jurídica que el apartado 6 del art. 57 LO 4/00, es decir, queda en suspenso la ejecución, cuando se solicite protección internacional, se trate de mujeres embarazadas, donde la medida suponga un riesgo para la gestación, para la salud de la madre, y se introduce aquellos supuestos de personas enfermas y que la medida pueda suponer un riesgo para la salud, considerando que en dicho art. 58.4 LO4/00 también tiene cabida los supuestos de los MENAS, todas aquellas personas que sean víctimas de la trata o tráfico de personas y por todas aquellas personas de especial vulnerabilidad aunque no venga recogidas en el art. 23.6 ROLEX. Entendiendo que dicha suspensión ha de ser automática y como se ha señalado reiteradamente a través de resoluciones administrativas prospectivas en correspondencia con una Administración garantista.

2.3.2.d)-3-c- Retornos coactivos en frontera. Régimen especial de Ceuta y Melilla.

público, SSTJUE, GS asuntos Aziz Melki y Sélim Abdeli, c. Francia, C-188/10 y C-189/10; Sala 2ª de 19-07-2012, asunto Atiqullah Adil, C-278/12 y Sala 1ª de 21-06-2017, asunto A., C-9/16.

¹¹¹⁹ STSJM Sala (Contencioso), Sec. 3ª, nº 270/16, de 08-07-2016, Rec. 967/15.

¹¹²⁰ Referente al derecho a la protección internacional y las mujeres en el CIE, Martínez Escamilla, M., (Dir.). VV.AA. (2013). *Mujeres en el CIE. Género, inmigración e internamiento. Informe Técnico*. Donostia-San Sebastián: Tercera prensa, pp. 5, 29-71.

Se ha analizado las devoluciones ilegales/irregular del art. 58.3 b) LOEX en relación con el art. 23-1-b) ROLEX. Toca ahora analizar otro tipo de devolución, un nuevo tipo de devolución material coactiva, rechazo en frontera¹¹²¹, la cual su definición legal ha sido denominada Régimen especial de Ceuta y Melilla, rechazo en frontera de los extranjeros que intenten entrar ilegalmente (o devoluciones en caliente). Es obligatorio para el presente estudio tener en cuenta la STC Pleno, nº 172/20, FJ 8-C, inciso b), punto (i), (ii), (iii), su voto particular y la STEDH GS, de 13-02-2020, asunto N.D. y N.T. c. España.

Este tipo de devolución aparece regulado en la “Disposición final primera. Régimen especial de Ceuta y Melilla” de la LO 4/15, que adiciona la “Disposición adicional décima Régimen especial de Ceuta y Melilla” en la LO 4/00, referido a los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera, podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España.

La regulación citada discurre en otra estrecha franja, en este caso, en el derecho, la fina línea divisoria entre la legalidad o vía de hecho (en cuanto a la ausencia de procedimientos para estos rechazos en frontera, devolución coactiva). Al no existir procedimiento, no se puede hablar de garantías, no se puede hablar de debido proceso/proceso equitativo (art. 6 CEDH y art. 47 CDFUE). La Disposición final primera LO 4/15 otorga potestades a la Administración que son usadas o ejercitadas al margen de un procedimiento, sin garantías que hace que exista un exceso de su ámbito. Cuestiones que justifica el TC en su sentencia Pleno, nº 172/20, remitiéndose a la STC, Pleno, nº 17/13, FJ 11-12, (no existencia violación del art. 106 CE, ya que en materia de extranjería el mismo no forma parte de un derecho a la completa tramitación de un procedimiento administrativo en que concluya, en todo caso, con una resolución sobre el fondo del asunto, las garantías derivadas de este precepto constitucional se satisfacen si los interesados tienen derecho a someter al examen de los Tribunales la legalidad de los que ellos consideran un incumplimiento por parte de la Administración de las obligaciones nacidas de la ley). Considerando por ello que no se hace perder el amparo que haya podido dar el legislador¹¹²² al tener en cuenta el mismo el contenido mínimo de constitucionalidad¹¹²³ e incluso de convencionalidad de los derechos humanos y fundamentales al remitir el legislador a la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte y que estarían en juego en dicha norma al poder ser controladas judicialmente las decisiones de rechazo coactivo en frontera¹¹²⁴.

¹¹²¹ Ha sido definida su naturaleza jurídica como un nuevo régimen que ante una situación particular –la detección de extranjeros en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera– permite que la administración y sus agentes practiquen una actuación material coactiva directa de vigilancia orientada a restablecer inmediatamente la legalidad transgredida por el intento de cruce irregular de frontera. STC Pleno, nº 172/20, FJ 8-C, inciso b), punto (ii), párrafo segundo.

¹¹²² Cuadrón Ambite, S., (2018). *Extranjeros en frontera...*, op. cit., 165-190.

¹¹²³ Montilla Martos, J. A., Bouza Martínez D., García Victoria, I., Rodríguez Candela, J. L., (2016). “Legislación, jurisprudencia y derechos de los inmigrantes”, en J. Arango Vila-Belda, (et al. Dirs.). *El año de los refugiados*. Anuario CIDOB de la Inmigración, 2015-2016, (nueva época), (pp. 272- 293). Barcelona: CIDOB.

¹¹²⁴ El régimen especial para Ceuta y Melilla en su apartado 2 señala “*En todo caso, el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte*”.

Respecto a la anterior argumentación dada por el TC considero no es del todo ajustada a sus propios razonamientos y doctrina. Primero justifica su argumentaría a través del juicio de constitucionalidad, señalando que no es un juicio acerca de la calidad de las normas, sino únicamente la valoración de la conformidad de las disposiciones impugnadas con los cánones de constitucionalidad, de manera abstracta, manteniéndose así dentro de los límites de su control. Control que según el propio TC ha de extremarse en razón de que se trata de aplicar preceptos generales e indeterminados, como es, en este caso, el de la interdicción de la arbitrariedad, el propio TC toma sus propias medidas de control para no excederse en sus análisis. Fijémonos si ello es así que el TC de manera muy abstracta y extrema permite que lo señalado por el legislador en el apartado 2 del régimen especial para Ceuta y Melilla (remitir a normas internacionales de derechos humanos para que los procedimientos de rechazo se realicen atendiendo a dicha normativa) lo ratifique, sin tan siquiera cuestionar a que remisión de normas hace el legislador, ya que como mismo se determina de la STC Pleno nº 172/20, pueden suscitarse muchos supuestos, entre ellos, MENAS, trata de mujeres, personas discapacitadas y personas especialmente vulnerables, entre otros. Cada uno de estos supuestos tiene una normativa internacional y un procedimiento de control (p. ej.) el CCDN). Esta justificación no es óbice para señalar que evidentemente el TC ha hecho su valoración desde el marco de constitucionalidad muy abstracta, olvidando las realidades que señala el voto particular de su sentencia - Pleno, nº 172/20-. Parece olvidar completamente el TC que muchas veces el acceso a la jurisdicción y ejercitar el principio *pro actione* por el extranjero se hace un imposible. Por lo que señalar que sin perjuicio de que las circunstancias concurrentes en que cada una de sus aplicaciones de la norma en cuestión deban ser ponderadas convenientemente en los procesos constitucionales en que se susciten, es un pronunciamiento teórico alejado de la práctica, de la propia ley en general y de la propia LOTC respecto al amparo o será como he venido proyectando que el TC permitirá el recurso de amparo directamente a pesar de lo señalado en el art. 241 LOPJ y en su propia jurisprudencia, que señala agotar la vía ordinaria. Difícil planteamiento del propio TC, o muy teórico y alejado de su propia realidad, por lo menos hasta el presente no es real ni en la ley ni en la práctica.

El segundo señalamiento respecto a la STC Pleno nº 172/20 es que, si en su análisis abstracto ha permitido al legislador la remisión de forma genérica a normas de carácter internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte, admite como he dicho indirectamente la aplicación directa y automática en nuestro derecho interno de dicha normativa, es decir, de los procedimientos y garantías de dichas normas a los procedimientos ordinarios. De ser así y adquirir plena vigencia directa dicha normativa internacional a través del art. 10.2 y 96 CE en relación con Ley 25/14 (arts. 23.3, 30.1 y 31) se está admitiendo indirectamente que dicha convencionalidad pase a formar parte de nuestro canon de constitucionalidad de forma directa (art. 24 CE), se han de aplicar los estándares de dichos instrumentos internacionales y la jurisprudencia y dictámenes de sus órganos de control. En otros términos y siguiendo la misma sistemática de la STC Pleno nº 172/20, FJ 8 C-a)-i) la expresión «libertades públicas» no debe ser interpretada en sentido restrictivo, de manera que los extranjeros disfrutaran de los derechos y libertades reconocidas en el título I CE, y se refiere a todos los extranjeros, a pesar de que puedan encontrarse en España en situaciones jurídicas diversas, por tanto, de permitirse como se ha permitido lo que señala el legislador en el apartado 2 del régimen especial para Ceuta y Melilla, es de aplicación directa (p. ej.), el art. 6 CEDH o el art. 39 del RTEDH (medidas cautelares), o el art. 4, medidas de protección, art. 6 medidas provisionales del Reglamento del CDN.

El tercer señalamiento está relacionado con la comprensión de los razonamientos de la STC Pleno, nº 172/20, en lo que aquí nos ocupa, por un simple ejercicio de razonabilidad jurídico-práctica, sino existe procedimiento, cómo y ante quien se presenta los recursos cautelares de los ejemplos antes citados para suspender la actuación administrativa. Luego como llegar a procesos constitucionales, si previamente se ha de agotar toda la vía ordinaria administrativa no configurada por el legislador. O permitirá, como he señalado el TC un amparo directo, cuestión totalmente dudosa de acuerdo con su propia doctrina. No obstante, realizando el mismo ejercicio interpretativo abstracto a que nos conduce el TC, la constitucionalidad del régimen especial para Ceuta y Melilla la única vía más aproximada al procedimiento administrativo para su control sería el art. 27.3 de la Ley 40/15, desarrollando especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones, sin alterar la naturaleza o límites de las que la Ley contempla contribuyendo a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes que refrendo el TC. En igual sentido el art. 90.3 LPACAP puede ser una vía de armonización y constitución de los contenidos refrendados y desde el punto de vista del control jurisdiccional ordinario por la jurisdicción contencioso-administrativa sería en estos momentos y de acuerdo con lo configurado por el legislador la vía procesal del art. 135.2 LJCA medidas cautelarísimas en relación con la aplicación directa de la argumentación convencional que corresponda en relación con art. 24.1 CE.

Ante estas alternativas a que nos conduce el TC debido a la inseguridad jurídica existente, puede a su vez generar otras consecuencias sustantivas y procesales. Las sustantivas: i) garantías de derecho como asistencia jurídica, traducción, factor material tiempo, ante quien se interpone la voluntad de recurrir en la fase administrativa, entre otros, ii) procesales: que se consideren inadmitidas las medidas cautelarísimas por inexistencia de procedimiento o resolución administrativa, competencia, abuso de procedimiento o luego por abuso de la institución y desnaturalización de esta.

En cuarto lugar, al permitir el legislador después de un rebuscado lenguaje jurídico y señalar varios conceptos, *línea fronteriza, intento de superación de elementos de contención, irregularmente, rechazados* y finalmente *ilegal*. Dentro de esta multiplicidad de conceptos, me detengo en ilegal/irregular, unido a solicitud de asilo o protección subsidiaria, circunstancia de estar embarazada cuando la medida de devolución pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre¹¹²⁵, personas enfermas¹¹²⁶, los MENAS, y dentro de ellos las víctimas de tarta o tráfico ilícito de seres humanos (art. 59. 5 y 59 *Bis*. 5 LO 4/00), personas especialmente vulnerables, entre otras. Evidentemente ante estas circunstancias, se requiere un análisis individualizado de cada sujeto, de no realizarse, se haría muy difícil y complejo cumplir con los propios requisitos y garantías exigidos por un debido proceso de los instrumentos internacionales a los cuales remite el legislador y aprueba el TC.

Para la determinación de los riesgos antes citados, embarazo, salud de la madre, enfermedad de las personas, menores de edad o cualquier otro motivo humanitario, requerirá una atención individualizada, ello a pesar de la existencia de personal médico

¹¹²⁵ SJCA nº 4 Málaga, nº 314/18 de 27-07-2018, Rec. 165/2018. Analiza supuesto de mujer embarazada, solicitante protección subsidiaria, devolución art. 58.3 b) entrar ilegalmente en el país, rescate en alta mar Salvamento Marítimo.

¹¹²⁶ Sánchez Tomás, J. M., (2018). “Las «devoluciones en caliente» en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH, AS. N.D. y N.T. vs España, de 03.10.2017)”. *REDE*, (nº 65), pp. 101-135. Al respecto la ya citada STEDH GS de 13-02-2020.

sanitario que asiste al cruce/llegada. En este tipo de supuestos ha de primar no solo el principio de no devolución, interés superior del menor y la suspensión automática, sino los principios y derechos enunciados en nuestra primera parte, ratificando la importante Resolución aprobada por la AGONU el 18-12-2017¹¹²⁷. Con independencia de la STC Pleno, nº 172/20 FJ 8-C y la STEDH GS del 13-02-2020, sobre el asunto N.D. y N.T. c. España, existe en nuestro derecho interno un catálogo de derechos fundamentales que pudieron ser interpretados al alza por el TC¹¹²⁸, cuestión que como se evidencia de su sentencia no ha sido así. Es meritorio mencionar el voto particular de la Magistrada Balaguer Callejón, la cual, tras un análisis crítico de la sentencia, expone las serias contradicciones internas de la misma.

2.3.2.d)-4- Conclusiones parciales.

1.- Los actos de prohibición entrada, denegación entrada, devolución, retornos coactivos en frontera son actos de contenido negativo originarios propios o derivados de una naturaleza jurídica compleja, compuesta, conexas o mixta, con una fuerte carga de gravamen de medidas coactivas directas de la Administración en cumplimiento de una potestad legítima del Estado que sin ser actos sancionadores en sí mismos lindan o subyacen de manera accesoria o residual con aquellos, los cuales no tienen un procedimiento con todas las garantías o principios del debido proceso repercutiendo estas ausencias de garantías en determinados derechos humano y fundamentales del extranjero.

2.- En sentido general estos actos pueden ser objeto de solicitud de suspensión en la propia vía administrativo, no teniendo los recursos efectos suspensivos y mucho menos efectos suspensivos automáticos, por lo que los recursos carecen de eficacia y efectividad.

3.- Concretamente las devoluciones del art. 58.3 LO 4/00 al estar ubicados en la sistemática estructural de la LO 4/00 dentro de la materia sancionadora, su naturaleza jurídica de manera residual responde a ella, al ser actos de un fuerte gravamen, represivos o de coacción material directa, que carecen de un procedimiento transparente y con garantías del debido proceso/proceso equitativo. No cumplen dichos procedimientos los requisitos exigidos por los arts. 6 y 13 CEDH y 41 y 47 CDFUE, por lo que los recursos carecen de eficacia y efectividad.

4.- Lo anterior se hace extensivo de forma general al Régimen especial de Ceuta y Melilla, Retornos coactivos en frontera que admitida su constitucionalidad ha de ser de obligatorio cumplimiento. Al estar dicha norma carente de todo tipo de procedimiento y garantías, atendiendo al posicionamiento interpretativo realizado por el TC haciendo un reconocimiento directo de los cánones de convencionalidad (sistema de DIDH) hace que se admitan directamente la constitucionalidad de los mismos a través del art. 10.2, 93, 96, aumentando así en grados los contenidos del art. 24 CE, estableciendo estándares superiores o alza, debiéndose aplicar a dichos asuntos un *test* de proporcionalidad en correspondencia con las respectivas garantías de defensa de dichos instrumentos internacionales. Ello conllevará a la aplicación directa de las garantías del debido proceso/proceso equitativo, un recurso efectivo y suspensivo, al análisis de suspensiones automáticas, entre otras garantías de defensa de acuerdo con dicha normativa

¹¹²⁷ Vid. nota 159.

¹¹²⁸ Al respecto se ha de tener presente y recordar lo ya señalado en relación con la conferencia de 2018 en Copenhague donde los debates se centraron en la capacidad de los jueces de Estrasburgo de dialogar y de hacer partícipes de manera más activa a los Estados y sus sistemas jurídicos en la construcción del sistema europeo de derechos humanos.

internacional. Es decir, se han de aplicar y tener en cuenta directamente los arts. 6, 13 CEDH, o el art. 39 del RTEDH (medidas cautelares), art. 41, 47 CDFUE, o el art. 4, medidas de protección, art. 6 medidas provisionales del Reglamento del CDN, entre otras normativas. Dicha aplicación hasta el presente se ha de realizar través de mecanismos de resoluciones administrativas prospectivas evolutivas. Estarán presentes en estos asuntos la inmediatez, la celeridad, la seguridad nacional, el orden público, etc., pero lo que no puede existir es una inexistencia o reducción de las garantías de defensa de lo contrario serían ilusorios los planteamientos del fallamos punto 3º de la STC Pleno, nº 172/20, y de su FJ 8- C.

2.3.2.e)- Suspensión de otros administrativos de gravamen que se generan en los procedimientos de extranjería.

En ninguna otra parte de la LO 4/00 y su ROLEX hacen mención a los efectos, ejecutividad y suspensión del resto de actos administrativos mencionados en Derecho de Extranjería.

En este grupo clasifico a los procedimientos de extinciones, art. 162 a 166 del ROLEX, o bien aquellas resoluciones administrativas que no tiene carácter sancionador, pero que provocan en el administrado tales cambios en su situación, que pasa a ser (p. ej.), irregular, o actos que limiten o restrinjan el ejercicio de otros derechos, es decir actos de un contenido represivo, retributivo o de castigo para el interesado no tiene mayor tratamiento. En todo caso dichos actos estarían sometidos al régimen de suspensión y adopción de medidas cautelares en el procedimiento administrativo correspondiente.

2.3.3- Conclusiones parciales suspensión Régimen General de Extranjería.

Habiéndose examinado la suspensión en el Régimen General de Extranjería corresponde de acuerdo con la sistemática general empelada en el presente trabajo realizar unas conclusiones parciales generales respecto de este acápite, -ya se han efectuado parcialmente en cuanto a la suspensión y medidas cautelares en los procedimientos sancionadores ordinarios y preferentes de expulsión y multa, así como en lo referente a la suspensión y medidas cautelares relativas a la prohibición entrada, denegación entrada, devolución, retornos coactivos en frontera. Atendiendo a lo anterior se concluye al respecto que:

1.- El régimen de ejecución y ejecutividad en los actos y resoluciones administrativas en los procedimientos administrativos de extranjería está en correspondencia en sentido general con el régimen de suspensión de los actos previstos en la LPACAP -serán suspendidos según lo previsto con carácter general en las leyes-, de todos ellos ninguno goza del privilegio de la suspensión automática. Existe un grupo de actos y resoluciones administrativas en la presente especialidad que no son sancionadores, ni a su vez medidas coactivas directas aplicadas por la administración, sino procedimientos ordinarios como las extinciones de autorizaciones, que tiene una fuerte carga de gravamen, a los cuales al aplicarse el sistema general de suspensiones hace que los recurso suspensivos y las medidas cautelares que se puedan adoptar no son lo suficientemente efectivos y eficaces.

2.- A los procedimientos sancionadores en la presente especialidad se les atribuye en sentido general el régimen de suspensión de los actos previstos en la LPACAP, por lo que en los casos concretos de los procedimientos administrativos sancionadores ordinarios y simplificados, es de aplicación supletoria los arts. 90.3 y 98.1. a) y b) LPACAP. Se excepciona de este régimen general los procedimientos sancionadores preferentes que no poseen régimen suspensivo en vía administrativa al tener ejecutividad inmediata. Estos

últimos se opone al art. 57. 5-b), 6 y 10 LO 4/00, así como al art. 246.2 ROLEX, principio de no devolución, art. 5, 7.2, 9-1 y 13 Directiva 2008/115/CE y al art. 12 Directiva RLD en relación con los arts. del 1 al 4 y 19.2 y 47 CDFUE, al efecto útil del DUE al no comprender un recurso con efectos suspensivos durante dicho procedimiento en relación con el art. 13 CEDH y el margen de maniobra de los Estados para la creación y mejora de recursos internos efectivos, todos en relación con el art. 24 CE en cuanto a la tutela administrativa efectiva y de acuerdo con la interpretación constitucional realizada en la STC Pleno nº 172/20 FJ 8-C, en cuanto a la aplicación de los derechos humanos, tanto sustantivos, como procesales del DIDH.

Atendiendo a lo anterior la diferenciación entre la incoación de un procedimiento preferente de un ordinario es importante pues al tomarse esa decisión repercute en cuanto a la suspensión y la adopción de medidas provisionales o cautelares en vía administrativa, el carácter no suspensivo de este procedimiento debilita *prima facie* la eficacia y efectividad de un recurso suspensivo o cautelar, se produce así serias limitaciones a los derechos subjetivos de defensa de los extranjeros en cuanto a la tutela cautelar administrativa, ello con independencia del criterio que se tenga sobre el procedimiento preferente como respetuosos de las garantías constitucionales de defensa y si es o no causa invalidante, cuestiones que son de fondo del asunto y no del trámite cautelar.

3.- En la presente especialidad se encuentra debilitada la doctrina y jurisprudencia pacífica respecto a que mientras se esté recurriendo, estando vigente el procedimiento administrativo o en vía judicial y pendiente el recurso suspensivo o medida cautelar solicitada no se debe de ejecutar el acto. La ejecutividad del acto en estas circunstancias trae como resultado en muchas ocasiones que resuelto el fondo del asunto favorable al interesado no tiene efectividad el mismo, generándose así un daño irreversible.

4.- El principio de no devolución ha de ser tenido en cuenta *prima facie* ante los recursos suspensivo y las recursos cautelares en el procedimiento administrativo, siendo conformador tanto el *periculum in mora*, -teniendo en cuenta la previsibilidad del daño, no la garantía de la resolución administrativa final-, como el *fumus boni iuris*, así como un requisito indispensable para la valoración del principio de proporcionalidad razonabilidad de los intereses en conflicto.

5.- En el caso concreto de los actos de devoluciones del art. 58.3 LO 4/00 al estar ubicados en la sistemática estructural de la LO 4/00 dentro de la materia sancionadora, su naturaleza jurídica de manera residual responde a ella, al ser actos de un fuerte gravamen, represivos o de coacción material directa que carecen de un procedimiento transparente y con garantías del debido proceso/proceso equitativo. No cumplen dichos procedimientos los requisitos exigidos por los arts. 6 y 13 CEDH y 41 y 47 CDFUE.

6.- A pesar del reconocimiento constitucional del Régimen especial de Ceuta y Melilla, -retornos coactivos en frontera-, el mismo está carente de todo tipo de procedimiento y garantías que imposibilita canalizar la aplicación directa del sistema de derechos humanos del DIDH que ha señalado el TC. Dicha aplicación hasta el presente se ha de realizar través de mecanismos de resoluciones administrativas prospectivas evolutivas. Estarán presentes en estos asuntos la inmediatez, la celeridad, la seguridad nacional, el orden público, etc., pero lo que no puede existir es una inexistencia o reducción de las garantías de defensa de lo contrario serían ilusorios los planteamientos del fallamos punto 3º de la STC Pleno, nº 172/20, y de su FJ 8- C.

7.- De configurarse un procedimiento administrativo en el Régimen especial de Ceuta y Melilla -retornos coactivos en frontera-, el mismo deberá cumplir las propias consideraciones del legislador y refrendadas por el TC, aplicación de la normativa internacional de los derechos humanos, que serían un debido proceso/proceso equitativo (art. 6 CEDH, art. 47 CDFUE), un recurso efectivo y suspensivo automático supuestos de especial vulnerabilidad (art. 13 CEDH y art. 47 CDFUE), así como resto de garantías de defensa individualizada.

2.4- La Suspensión en el Régimen Ciudadanos de la Unión y sus familiares.

2.4.1- Consideraciones previas.

Analizado la suspensión y las medidas cautelares en el régimen general de extranjería en el procedimiento administrativo, toca seguidamente la misma problemática enunciada respecto de los CUE y sus familiares. Ello primeramente a través de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros¹¹²⁹, luego en su transposición a nuestro derecho interno RD 240/07 de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y sus familiares¹¹³⁰. Ambos bajo el ya enunciado paraguas emblemático del derecho a la libre circulación de los CUE y sus familiares¹¹³¹, (art. 20 y 21 del TFUE)¹¹³².

¹¹²⁹ Directiva 2004/38/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) n° 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE. A pesar de la importancia que reviste este derecho, diez años después de la expiración del plazo fijado para ello, subsisten importantes obstáculos a la aplicación de las disposiciones de la Directiva. La misma ha sido objeto de numerosos problemas y controversias, y se han constatado graves deficiencias en su aplicación y la persistencia de obstáculos a la libre circulación, como ponen de manifiesto los informes de la Comisión y estudios del Parlamento sobre la aplicación de la Directiva, los procedimientos por incumplimiento contra EM por transposición incorrecta o incompleta, el gran número de peticiones presentadas al Parlamento y la considerable cantidad de asuntos pendientes ante el TJUE. Los EM han solicitado una reforma.

¹¹³⁰ Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

¹¹³¹ Álvarez Rodríguez, A., (2003). “Análisis crítico del RD 178/2003: algunas de sus deficiencias y su necesaria reforma”. *RDME*, (n° 3), pp. 29-59. Como se ha dicho el derecho de los CUE y sus familiares a circular y residir libremente constituye la piedra filosofal, la piedra angular de la ciudadanía de la Unión. Art 3, del TUE; art. 20 y 21 del TFUE, art. 45 CDFUE.

¹¹³² Marín Consarnau, D., (2019). “El diálogo sordo entre el TJUE y el Derecho de Extranjería: del Reino Unido al caso Español”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. (Vol. 11, n° 2, pp. 270-293). Con anterioridad en el año (2018). “La denegación de autorizaciones de residencia a propósito de la STJUE de 13 de septiembre de 2016, Rendón Marín, C-165/14”, en VV.AA. A. Ruda González & C. Jerez Delgado, (Coords.). *Estudios sobre Jurisprudencia Europea materiales del I y II Encuentro anual del Centro español del European Law Institute*, (pp. 737-748). Madrid: Sepín. En este sentido también se puede ver STJUE, GS de 13-09-2016, asunto CS c. Reino Unido, C-304/14.

El derecho de libre circulación como ya se ha dicho no es absoluto, también tiene sus restricciones¹¹³³. Por tanto, para poder comprender mejor la institución de la suspensión y de las medidas cautelares en el derecho interno RD 240/07, se hace necesario analizar primeramente determinados aspectos que provienen del derecho primario y derivado de la UE, Directiva 2004/38/ CE.

2.4.2- La suspensión en la Directiva 2004/38/ CE.

2.4.2.a)- Conceptos utilizados.

Se hace histórico¹¹³⁴ y complejo la doble cara de Jano del derecho a la libre circulación. Ello por varias razones, entre ellas, la deficiente redacción en sentido general de la actual Directiva 2004/38/CE, concretamente en cuanto a los procedimientos –ausencia de normas comunes de procedimiento- y en especial en lo referido a las suspensiones de los actos, máxime en lo que respecta al Capítulo VI (Limitaciones del Derecho de Entrada y del Derecho de Residencia por Razones de Orden Público¹¹³⁵, Seguridad Pública o Salud Pública), en sus art. 37 y ss., subyacen de forma remota de acuerdo con la sistemática de la Directiva la suspensión automática (Considerando 16 y art.14).

Una de las consecuencias la deficiente redacción en sentido general de la actual Directiva 2004/38/CE es que no se definen con claridad, entre otros aspectos, conceptos o términos jurídicos, como la tipificación de infracciones, medidas a tomar, decisiones, o

¹¹³³ Muestra de dichas restricciones la denominada crisis del Coronavirus-Covid19. Cierre de fronteras exteriores e interiores art. 25 y ss. del Reglamento UE 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9-03-2016 DOE L 77/1 de 23-03-2016, u otros controles interiores que más adelante se expondrán. No obstante, a ello el TJUE desde fechas tan tempranas como 4-12-1974 en su STJUE, asunto Van Duyn C-41/74, apdo. 18, interés general, orden público, justificación de una excepción al principio fundamental de libre circulación de trabajadores, debe interpretarse de modo restrictivo. STJUE, de 26-02-1975, asunto Bonsignore, C-67/74, apdo. 6, las excepciones a las normas relativas a la libre circulación de las personas deben ser objeto de interpretación estricta, el concepto de «*comportamiento personal*» refleja la exigencia de que una medida de expulsión sólo podrá aplicarse ante amenazas contra el orden o la seguridad públicos cuyo causante pudiera ser el individuo a quien se aplique dicha medida”. STJUE, de 3-06-1986, asunto Kempf, C-139/85, apdo. 13, “*Según jurisprudencia constante de este Tribunal, la libre circulación de los trabajadores forma parte de los cimientos de la Comunidad. Las normas que consagran esta libertad fundamental y, más concretamente, los conceptos de «trabajadores» y de «actividad por cuenta ajena» que definen su campo de aplicación deben, por ello, interpretarse ampliamente, mientras que las excepciones y los casos de inaplicación del principio de libre circulación de los trabajadores deben interpretarse, por el contrario, con criterio restringido.*”

¹¹³⁴ Se ha citado en nota anterior la jurisprudencia histórica del TJUE al respecto la cual se mantiene hasta nuestros días. En similares términos se pronunció en nuestro derecho interno el STS Sala 3ª, Sec. 6ª, nº 1250/00 de 19-02-2000, Rec. 270/96. Esta sentencia aborda desde esa fecha el engarce jurídico entre el Derecho Comunitario del aquel entonces reglamentos y directivas existentes al respecto con el RD 766/92, de 26 de junio que en aquel entonces regulaba a los CUE y sus familiares, con la LO 7/85.

¹¹³⁵ STJUE de 19-03-1999, asunto Donatella Calfa, C-348/96, definición de concepto de orden público, amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. Ello no es una mera existencia de codenas penales, estas por sí solas no constituyen motivos para adopción de medidas como la expulsión. En similares términos SSTJUE de 27-10-1977, asunto Regina c. Boucherau C-30/77; Sala 5ª, de 29-04-2004, asunto Orfanopoulos y otros c. Land Baden-Württemberg, C-482/01 y C-493/01, apdo. 100-116; STEDH, Sec. 4ª, de 24-11-2020, asunto Unuane c. Reino Unido, nº 80343/17, violación del art. 8 CEDH, existencia de familia hijos y esposa con nacionalidad británica, condena penal por delito penal grave y expulsión realizando análisis bajo el principio de proporcionalidad de las circunstancias, apreciación de la gravedad de los delitos cometidos, a pesar de ello no son motivos suficiente para materializar la expulsión, no siendo proporcional la medida en correspondencia con el art. 8 CEDH siendo una medida desproporcionada en una sociedad democrática apdo. 87-90.

procedimientos que son importantes para nuestro estudio, incluso entrando muchos de ellos en contradicciones en su propia terminología.

Lo anterior influye en la determinación de las garantías de defensa ante el tipo de procedimiento que se inicie¹¹³⁶, proyectándose estas deficiencias a nuestro derecho interno. En nuestro caso cuando se realiza la transcripción -más que una transposición- de la Directiva 2004/38/CE -la misma permite y deja totalmente abierto el margen de maniobra de los EM-, nuestro redactor del RD 240/07 (poder ejecutivo/Gobierno) no hizo uso de los principios que permite el DUE y realizó una transposición correcta¹¹³⁷, sino que realizó una transcripción literal, donde no previó que se regularan las deficiencias antes citadas. Un botón de muestra de estas consecuencias en nuestro derecho interno son las denominadas circunstancias no invalidantes en la determinación de la incoación de un procedimiento sancionador preferente para expulsión respecto a un CUE o de sus familiares, dichas consecuencias -como ya hemos visto- no son las mismas, (la caducidad y la suspensión de los actos en el propio procedimiento administrativo sancionador preferente no son iguales que en el ordinario). En fin, la falta de metodología, de una hermenéutica y estructura jurídica más acabada de la propia Directiva (recuérdese que existen múltiples Directivas dirigidas a regular normas comunes de procedimientos), unido a la no utilización por el Gobierno de los principios del DUE para su transposición ha repercutido en nuestro derecho interno al momento de la aplicación de la presente Directiva, generando serias dudas interpretativas, produciéndose violaciones de principios del DUE y garantías jurídicas de defensa, en concreto sobre los efectos suspensivos de los recursos¹¹³⁸.

¹¹³⁶ SSTJUE, de 5-03-1980, asunto Pecastaing, C-98/79, apdo. 13 y de 9-11-2000, asunto Nana Yaa Konadu Yiadom, C-357/98. Ambas realizan una interpretación de la Directiva de CUE vigente en ese momento, concretamente de los arts. 8 y 9 destacando desde ese momento las garantías procesales mínimas que pueden asistir a los nacionales comunitarios en el EM de acogida, que tengan los mismos derechos y recursos de que disponen los nacionales del Estado en cuestión contra los actos administrativos. Es decir, principio de equivalencia y eficacia, un proceso equitativo y ejercitar todos sus medios de defensa.

¹¹³⁷ Arzo Santisteban, X., (2013) “Métodos de transposición y requisitos jurídicos europeos e internos” en X. Arzo Santisteban (Dir.). *Transposición de directivas y autogobierno. El desarrollo normativo del Derecho de la Unión Europea en el Estado autonómico*. (pp. 75-146). Barcelona: Institut d’Estudis Autonòmics. Para ello habrá que utilizar unos instrumentos técnicos adecuados, se tendrán que cumplir los requisitos jurídicos europeos y las condicionantes y requisitos jurídicos derivados del ordenamiento interno -carácter constitucional y la propia técnica legislativa-, que ayuden a alcanzar razonabilidad de la transposición a través de técnicas lingüística, jurídica formal, pragmática, teleológica, ética.

¹¹³⁸ Vid. nota 553. Téngase en cuenta como he venido señalando que los operadores jurídicos en nuestro derecho interno y la jurisprudencia entienden esta problemática desde diferentes posiciones. Una tendencia considera que al tramitarse “las medidas” por el cauce de un procedimiento sancionador ha de tener todas las garantías atendiendo a que se impone finalmente una sanción, otros, consideran que al ser “medidas”, “decisiones”, no son sanciones por lo que no repercute las garantías del procedimiento. Lo cierto es que dichas “medidas” se encausan por un procedimiento, las mismas son limitativas del derecho a la libre circulación, pero no son una sanción administrativa. En este grupo la jurisprudencia se encuentra marcada por las SSTSJCL (Sede Valladolid), Sala (Contencioso), Sec. 3ª, nº 643/18 de 27-06-2018, Rec. 223/18; nº 46/18 de 25-1-2018, Rec. 565/17; nº 1174/17 de 25-10-2017, Rec. 413/17, de la misma Sala y Sección, nº 505/17 de 28-4-2017, Rec. 123/17; nº 1459/16 de 21-10-2016, Rec. 350/16 y STSJCL (Sede Valladolid) Sala (Contencioso), Sec. 1ª, nº 166/17 de 7-2-2017, Rec. 556/16. De esta misma opinión son las SSTSJPV, Sala (Contencioso), Sec. 1ª, nº 209/18 de 3-5-2018, Rec. 41/18 y Sec. 2ª, nº 35/17 de 25-1-2017, Rec. 668/16, acogiéndose a la doctrina STC, Pleno nº 236/07, FJ 14. Otros como, STSJN Sala (Contencioso), Sec. 1ª, nº 69/18, de 26-02-2018, Rec. 2/18, señalan que “*La expulsión no con el carácter de una medida sancionadora (supuesto del apdo. 1º del mismo precepto) sino de una consecuencia "ipso iure" de la sanción penal. Por lo tanto, no vienen al caso principios propios del ámbito sancionador como los de*

Centrada la problemática, se han de buscar las causas, para luego determinar sus efectos, su repercusión y posibles aproximaciones de soluciones, ello en lo que aquí nos interesa, los recursos suspensivos y cautelares. La definición de los conceptos que recoge la Directiva, su ubicación dentro de la estructura jurídica de la Directiva nos permitirá luego determinar si se está ante un tipo de procedimiento u otro en nuestro derecho interno y así adoptar las reglas adecuadas para la suspensión de los actos y las medidas cautelares que se puedan adoptar.

Primeramente, la Directiva 2004/38/CE define en su Capítulo VI, las *Limitaciones del Derecho de Entrada y del Derecho de Residencia por Razones de Orden Público, Seguridad Pública o Salud Pública*. En su art. 27, señala los Principios generales, en el mismo se enmarcan el primer problema, definir qué se entiende o cuál es el alcance de “podrán limitar”. Señala el art. 27 que los EM “podrán limitar” la libertad de circulación y residencia de un CUE o un miembro de su familia por razones de orden público, seguridad o salud públicas¹¹³⁹. Se generan así las primeras preguntas de investigación ¿Se puede interpretar entonces que dichas “limitaciones” son solamente para cuando se ejercita la libertad de circulación y residencia?, o alcanza dicha expresión ¿aquellas conductas que se realizan por los familiares de los nacionales de cada EM, sin que estos hayan ejercitado el libre ejercicio de circulación, es decir, CUE que no ha ejercido nunca su libertad de circulación, los denominados *ciudadanos sedentarios*, de la Unión, estáticos en sus propios estados originarios?

Parte de las respuestas a estas interrogantes ya han sido expuestas en la primera parte del presente trabajo. Es precisamente la convergencia de la Directiva 2004/38/CE, la Directiva 2008/115/CE¹¹⁴⁰ y la primacía del art. 20 y 21 TFUE¹¹⁴¹, que unidos a la interpretación de estos a través del TJUE los que han ido atemperando dichas respuestas y soluciones. Esas limitaciones no están solo restringidas al derecho de circulación, sino que se aplican igualmente al familiar del CUE, aunque este último sea un *ciudadano sedentario*, estático. La casuística es amplia, abarcando supuestos tales como, que el CUE ejercita su derecho y luego en el Estado de acogida contrae matrimonio con una persona no nacional de los EM, disfrutando esta última como beneficiario de residencia de familia CUE, la cual se trunca cuando el CUE es expulsado del Estado de acogida¹¹⁴² o la compleja problemática de los matrimonios gay no reconocidos por todos los EM, (STJUE GS 5-06-2018, Coman c. Rumanía, C-673/16). Los ejemplos citados respecto a la

individualización y proporcionalidad de las penas...La expulsión es una medida ad hoc impuesta por la legislación de extranjería en atención a la gravedad "en abstracto" del delito cometido por las especiales razones de ese régimen jurídico ajenas a consideraciones propias de otros ámbitos normativos... ”

¹¹³⁹ STJUE, Sala 4ª, de 17-11-2011, nº C-430/10. La Sala declara que los arts. 21 TFUE y 27 Directiva 2004/38/CE no se oponen a una normativa nacional que permite restringir el derecho de un nacional de un EM a trasladarse al territorio de otro EM, en particular por haber sido condenado penalmente en otro Estado por tráfico de estupefacientes, siempre que, en primer lugar, la conducta personal de ese nacional constituya una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad; en segundo lugar, que la medida restrictiva prevista sea apropiada para garantizar la consecución del objetivo que persigue y no vaya más allá de lo que sea necesario para alcanzarlo, y, en tercer lugar, que dicha medida pueda ser objeto de un control jurisdiccional efectivo que permita comprobar su legalidad de hecho y de Derecho en relación con las exigencias del DUE.

¹¹⁴⁰ SSTJUE GS asunto K.A. y otros c. Bélgica, C-82/16 y Sala 1ª asunto Petrea c. Grecia, C-184/16.

¹¹⁴¹ Marín Consarnau, D., (2019). “El diálogo sordo entre el TJUE y el Derecho de Extranjería...”, op. cit., pp. 270-293.

¹¹⁴² STJUE, GS de 10-09-2019, asunto Nalini Chenchooliah c. Irlanda, C-94/18, apdo. 65, 66, 69 y 89.

interpretación de las limitaciones no son más que lo ya expuesto sobre conceptos jurídicos indeterminados, la Directiva no expone claramente el inicio y fin de dichas limitaciones, y mucho menos las circunstancias intermedias.

Seguidamente el apartado 2 del art. 27 introduce otro concepto: “*medidas*”. ¿Cuál es el sentido, alcance e interpretación del concepto jurídico indeterminado “medidas”? Las respuestas pueden ser tantas, como tantas acepciones y significados tiene la palabra en sí misma. Nos tendríamos que remitir a su origen etimológico¹¹⁴³ o al Diccionario de la RAE, siendo importante su determinación, concretando la palabra en función del contexto en que aparezca, en este caso, el marco jurídico¹¹⁴⁴. En este sentido encontramos en los diccionarios jurídicos varias acepciones sobre “medidas”, desde medidas cautelares propiamente dichas, medidas seguridad (previstas en el art. 25 CE), medidas de prevención y también medidas sancionadoras, medidas recaudatorias, etc.

Atendiendo a lo anterior de acuerdo al contexto en que se encuentra utilizada la palabra “medidas”, unido a “limitativas” y la ubicación sistemática que tienen en la estructura jurídica de la Directiva, (el verbo medir, limitar, entre tantas de sus acepciones tiene varios sinónimos, prohibir, impedir, restringir, dentro de prohibir, tenemos sinónimos como condenar, expatriar, expulsar, deportar, desterrar). Lo anterior lleva a concluir que de acuerdo con todos los aspectos antes mencionados y a la sistemática estructural de la norma, entiendo que estamos hablando de “medidas sancionadoras”, (continuando usando el término empleado por la Directiva), por tanto, de la existencia de sanciones¹¹⁴⁵ con un procedimiento sancionador.

Podrá decirse de contrario que las medidas no reúnen los requisitos del principio de tipicidad¹¹⁴⁶, pues no se catalogan en un sistema de infracciones. Razonamientos tampoco compartidos, la tipicidad, es la descripción legal de una conducta específica, antijurídica, como elemento esencial en la estructura de toda infracción, a la que se conectará una sanción administrativa, no existiendo causas de exclusión de la responsabilidad. Esto no es más que el propio asiento del principio de legalidad que rige la entera actividad de las Administraciones públicas pero que ve potenciada su intensidad en el ámbito del *ius*

¹¹⁴³ Emanan del latín y más exactamente del verbo “*metiri*”, que puede traducirse como “*medir*”.

¹¹⁴⁴ Vid. nota 824 en lo relativo a los votos particulares Magistrados Fernández Valverde, Suay Rincón análisis y doctrina sobre aplicación del art 57.2 LO 4/00, STS Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 993/18.

¹¹⁴⁵ Consejo UE, Medida o Sanción. Las medidas restrictivas o “sanciones” son un instrumento esencial de la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) de la UE. La UE las utiliza dentro de un planteamiento político integrado y global que comprende el diálogo político, acciones complementarias y el recurso a otros instrumentos disponibles. En este contexto, los términos “medida restrictiva” y “sanción” son intercambiables y se utilizan indistintamente. Dirigida contra un país tercero o contra nacionales concretos o nacionales de un país tercero y encaminadas a mantener y restablecer la paz y la seguridad internacionales con arreglo a los principios de la PESC (arts. 11, 21 TUE). Las sanciones pretenden producir un cambio en la política o la conducta de aquellos a los que van dirigidas, con vistas a fomentar los objetivos de la PESC. Último informe Consejo UE: Medidas restrictivas (sanciones) – Actualización de las prácticas recomendadas de la UE para la aplicación eficaz de medidas restrictivas Nº doc. 15530/16. En la materia que nos ocupa se puede ver el documento 15114/05, 2-12-2005, Capítulo III epígrafe D, Restricciones sobre admisión (visado o prohibición de viaje); Documento 11205/12 de 15-07-2012, Capítulo III epígrafe D, Restricciones sobre admisión (visado o prohibición de viaje). Bruselas, 14-12-2016. <http://www.consilium.europa.eu>.

¹¹⁴⁶ Ley 40 de 1-10-2015 de Régimen Jurídico del Sector Público, BOE nº 236 de 2-10-015, art. 27 al “principio de tipicidad”, entendido en el sentido de predeterminación normativa de las conductas constitutivas de infracciones administrativas -apdo. 1- y de las sanciones aplicables a las mismas -apdo. 2-

puniendi del Estado y de la potestad administrativa de sancionar¹¹⁴⁷. Lo dicho traído a lo que aquí ahora nos ocupa, se traduce en la determinación, aplicación y alcance de estos conceptos a los procedimientos en los cuales se ve inmerso el CUE y su familiares -como veremos *infra*- (p. ej.), del art. 57.2 LO 4/00. Como he expuesto, el art. 57.2 LO 4/00 es una descripción legal de una conducta específica, -tener antecedentes penales- con una sanción -la expulsión-, y sin causas de exclusión de la responsabilidad. Es decir, se encuentra en ese tipo de “medidas” de nuestro derecho interno, la expresión de unas conductas reprochables –antecedente penal- y la sanción anudada a las mismas –la expulsión-, existiendo la ausencia del otro requisito para la conformación de la tipicidad, las causas de exclusión de la responsabilidad. Por tanto, estamos ante una infracción-sanción y no ante una medida.

Más adelante la Directiva 2004/38/CE (art. 27.3), introduce el sustantivo “*peligro*”, respecto del actuar de la persona con el orden o la seguridad públicos, pero centrándolo en su solicitud de certificado de registro o en el momento de expedirse la tarjeta de residencia respecto a los familiares. Aquí el “*peligro*” se determina en el acto de solicitud, primeramente, para el CUE o su familiar que han ejercido el derecho de circulación, pero a su vez para los familiares de los denominados CUE sedentarios o estáticos. En igual sentido, puede formularse la pregunta ¿cómo se ha de ver ese “*peligro*”, en qué contexto de la solicitud? Las respuestas también pueden ser variadas, si lo vemos, como una limitación al derecho de circulación al denegar dicha solicitud, como que el CUE o su familiar son un peligro para dicho orden público o tenga prohibiciones de entradas, como los ejemplos citados, o que realmente sea un acto de prevención. Esto último teóricamente se descarta, porque así mismo lo dice la Directiva, pero la realidad es que muchas veces el acto administrativo se enmascara tras una apariencia de legalidad y responde en el fondo a principios de oportunidad sancionadora administrativa, coacción administrativa directa o de prevención general. En estos supuestos al igual que los anteriores la casuística es amplia¹¹⁴⁸, el fondo del acto es de denegación a una solicitud inicial de residencia, no un acto sancionador. En principio el acto de denegación inicial de la solicitud de residencia podrá ser recurrido, suspendido y adoptar la medida cautelar más adecuada.

Así las cosas, sin mayores precisiones la Directiva da paso sin más a describir la regulación de la “*Protección contra la expulsión*”, (art. 28). En dicho artículo introduce otro concepto, “*decisión*”, señalando que “*Antes de tomar una decisión de expulsión...*”. Pasamos de “*medidas*” (art. 27.2) a “*decisión de expulsión*”, (art. 28) donde la Directiva señala valorar un grupo de circunstancias y requisitos. De la interpretación terminológica del sustantivo “*decisión*” en el contexto jurídico empleado se acerca más a determinación, resolución, fallo, decisión administrativa, por ende, dicha decisión debe responder y estar regulada o ajustada por un procedimiento. Sin embargo, como he señalado la Directiva es omisa en cuanto a la regulación de un procedimiento o normas de procedimientos comunes sobre dicha “*decisión de expulsión*”, remitiendo a los procedimientos de los EM, margen de maniobra (art. 36 Directiva).

¹¹⁴⁷ STC, Sala 1ª, nº 120/94, de 25-04-1994, BOE nº 129 de 31-05-1994, FJ 2-3.

¹¹⁴⁸ STJUE, Sala 1ª asunto Petrea c. Grecia, C-184/16, apdo. 49, 56, 65. STSJCL (Sede Burgos) Sala (Contencioso), Sec. 1ª, nº 218/17 de 3-11-2017, Rec. 130/17, FD 3 y 7, analizan situación CUE, sin inscripción en registro ciudadano Unión, estancia irregular y antecedentes orden público, seguridad. STSIB Sala (Contencioso) Sec. 1ª, nº 515/16 de 4-10-2016, Rec. 226/16, resuelve situación de ascendiente familiar de CUE, en situación irregular, incoación expediente sancionador preferente estancia irregular, solicitud de TFCUE, FD 2.

Continuando la estructura sistemática de la Directiva 2004/38/CE en su art. 31 regula las “*Garantías*” sobre la “toma de decisiones”. Lo que nos conduce a lo expuesto en el párrafo anterior. Volviendo a remitir la Directiva a las garantías de los procedimientos de los EM. En estos dos arts. 28 y 31 de la Directiva en estudio recobra un significado destacado los principios del margen de maniobra de los EM y el principio de autonomía procedimental, lo que nos permite ratificar lo señalado en cuanto a que nuestro derecho interno -la transposición de la Directiva debió tener un procedimiento más adecuado de aproximación legislativa-, dicho margen de maniobra y autonomía procedimental permitía perfectamente establecer unos cánones mayores de garantías, concretamente en cuanto a los efectos suspensivos de los recursos, cumpliendo incluso con el efecto útil de la Directiva elevando así los estándares de garantías.

No obstante, define la Directiva dentro del art. 31.2 la existencia de garantías de un recurso, tanto judicial, como administrativo sobre una decisión de expulsión, dicho recurso permitirá el examen de la legalidad de la decisión, el cual puede ir acompañado de una solicitud provisional de suspensión de la ejecución. Señala además el art. 31.2 que de presentarse dicha solicitud no podrá producirse la ejecución del acto hasta que no se haya adoptado la decisión sobre dicha solicitud provisional. Se exceptúa de lo señalado en el art. 31.2 determinadas circunstancias que se comentaran más adelante. Se ha de destacar que en la transposición/transcripción de la Directiva a nuestro derecho interno este aspecto ha sido recogido íntegramente en el art.17 RD 240/07.

Del análisis de los artículos mencionados, hemos visto cuatro conceptos (“*limitaciones*”, “*medidas*”, “*peligro*”, “*decisiones*”) que separada e indistintamente no tiene mayor relación terminológica entre sí, sin embargo, cuando se integran en una sistemática estructural de la norma, reflejan claramente su contenido y alcance de fondo, sancionar aquellas conductas que afecten al orden, la seguridad y la salud pública, máxime cuando el art. 28 recoge expresamente la decisión de la expulsión, la cual correctamente regula los elementos y requisitos a tener en cuenta para adoptar la misma.

Por demás la propia Directiva en su art. 36, Capítulo VII Disposiciones Finales señala que los EM establecerán el régimen de sanciones aplicables a las infracciones que recoge la misma, tomando todas las medidas necesarias para garantizar su aplicación.

Los análisis realizados sobre los conceptos utilizados por la Directiva 2004/38/CE nos ha permitido definir que la misma no regula ningún procedimiento sancionador, ni regula normas comunes de procedimiento sancionadores, no establece un sistema de recursos, sino que desplaza la regulación de estos a los EM. Estos últimos de acuerdo con su margen de maniobra y autonomía procedimental han de determinar los procedimientos y dicho sistema de recursos, impugnativos, suspensivos o recursos cautelares, debiendo cumplir a su vez los principios de equivalencia y efectividad. Teniendo así los EM la posibilidad de establecer cánones o estándares superiores sobre la base de lo mínimos que exige al Directiva y dentro del efecto útil y primacía de la misma.

Dicho lo anterior nos permite inferir que los requisitos, garantías, limitaciones, suspensiones o solicitudes de medidas provisionales o cautelares de suspensión en nuestro derecho interno de acuerdo con como ha quedado configurado el RD 240/07 responden a la autonomía que tuvo el Ejecutivo español al momento de la transposición de la Directiva. Serán, por tanto, en nuestro caso las garantías del art. 24 CE, en relación con

la LO 4/00, la LPACAP¹¹⁴⁹ y la LOPSC las que permitirán garantizar la efectividad y eficacia de los recursos suspensivo y cautelares sobre los procedimientos de los CUE y sus familiares. Mencionar en este momento, a modo de ejemplo ilustrativo una de las consecuencias enunciadas al inicio de este epígrafe: si las conductas que se pretenden imputar como medidas para la toma de la decisión de sancionar al CUE o su familiar con expulsión por representar el mismo un peligro real, grave, actual e inminente para el orden público o la seguridad y dichas conductas se tipifican en las infracciones que se tramitan por el procedimiento preferente (art. 63 LO 4/00), atendiendo al principio de equivalencia y efectividad¹¹⁵⁰ ese CUE o su familiar no gozaran del derecho más favorable que señala la propia Directiva, no podrá ser beneficiado de las garantías de suspensión del procedimiento administrativo ordinario. Estas y otras cuestiones serán tratadas a continuación partiendo del contexto jurídico antes definido.

2.4.2-b)- Suspensión procedimientos sancionadores Expulsiones.

De la sistemática estructural del Capítulo VI de la Directiva 2004/38/CE, de su interpretación hermenéutica se define claramente que la limitación del derecho de circulación esta dado fundamentalmente por las razones de orden público, seguridad o salud públicas, las cuales son causas de expulsión. Sin embargo, existen otras conductas de acuerdo con la propia Directiva y a cada derecho interno que puedan ser causas de procedimientos sancionadores (como se verá son procedimientos sancionadores con multas) que no afectan directamente el derecho de circulación, u otras conductas que no son sancionadoras pero que si pueden afectar el derecho de circulación¹¹⁵¹, son procesos

¹¹⁴⁹ Como se ha dicho se ha de aplicar al respecto la ley más favorable a los CUE y a sus familiares, en todo caso con garantías de legalidad y garantías de mejor defensa a los mismos, se pueden utilizar fundamentalmente en cuanto a la suspensión de los actos en vía administrativa supletoriamente los arts. 63, 64, 89 y 90 LPACAP y del 25 al 31 Ley 40/15.

¹¹⁵⁰ STJUE, Sala 2ª Byankov c. Bulgaria, C-249/11, apdo. 75-77, se reitera esta sentencia, con el objetivo de sostener la importancia del principio de cooperación leal, efectividad y seguridad jurídica en aquellos supuestos como el presente donde se imposibilita o se hace excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión, en este caso la revisión de un acto administrativo firme. Dicho principio como se ha dicho debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición dentro del conjunto del procedimiento y el desarrollo y las peculiaridades de este ante las diversas instancias nacionales. El DUE no limita a los EM en la regulación de aquellas conductas que consideren afecten a su orden público y seguridad. Pero los mismos no pueden limitar el derecho de un nacional de un EM a circular libremente en la UE, por el único motivo de que este tenga, como persona jurídica de Derecho privado, una deuda. Las únicas causas de limitación al citado derecho son las causas citadas en la Directiva 2008/34/CE, con las definiciones dadas en la misma. El DUE debe interpretarse en el sentido, de que se opone a una normativa de un EM en virtud de la cual el procedimiento administrativo que culminó con la adopción de una prohibición de abandonar el territorio como la analizada en el litigio principal, que ha adquirido firmeza y contra la que no se ha interpuesto un recurso judicial, sólo puede reabrirse, en el caso de que esta prohibición sea manifiestamente contraria al DUE.

¹¹⁵¹ Un botón de muestra de ello es la STJUE Sala 1ª de 17-12-2020, G.M.A c. Bélgica, asunto C-710/19, sobre la interpretación de los arts. 14, 15 y 31 Directiva 2004/38/CE, en relación con el art. 45 TFUE y con los arts. 41 y 47 CDFUE, apdo 51-53. Se ordena a G. M. A. abandonar el territorio de Belgica dentro de los 30 días siguientes a la notificación de la decisión de denegación de residencia por no acreditación de trabajo y búsqueda empleo. EL TJUE considero que un EM de acogida debe conceder un plazo razonable a un CUE (se interpreta debe ser mínimo 6 mees), que comienzan a correr desde el momento en que este CUE se da de alta como demandante de empleo, con el fin de que pueda tomar nota de las ofertas de trabajo que le puedan convenir y tomar las gestiones necesarias para ser contratado. Durante este período, el EM de acogida puede exigir al solicitante de empleo que presente pruebas de que está buscando trabajo. Solo después de la expiración de ese plazo, ese EM podrá exigir al solicitante de empleo que demuestre no solo que sigue buscando trabajo, sino también que tiene posibilidades reales de ser contratado.

a los cuales pueden estar sometidos los CUE y sus familiares los cuales también requieren su estudio para determinar las garantías de suspensión el acto o adopción de cualquier otra medida cautelar efectiva.

Visto así toca definir las causas de suspensión de la expulsión citadas en la Directiva respecto a las conductas de orden público, seguridad o salud públicas. Ello está plasmado en el art. 31 “Garantías procesales”, en relación con el art. 28 y 36. Dicho art. 31 en su apartado segundo señala que tanto en el procedimiento administrativo, como el jurisdiccional, la decisión de expulsión que vaya acompañada de la solicitud de una orden provisional de suspensión de la ejecución de dicha decisión no podrá producirse la expulsión hasta el momento en que se haya adoptado o resuelto la decisión sobre esa solicitud provisional.

El art. 31-2 de la Directiva 2004/38/CE establece excepciones a dicha suspensión, no se podrán suspender aquellos casos en que: i) la decisión de expulsión se basa en una decisión judicial anterior, (esta decisión puede ser preferentemente en nuestro derecho interno, la aplicación del art. 89 del CP, o la existencia de otra sanción administrativa ya firme, agotado la jurisdicción contenciosa administrativa¹¹⁵²); ii) las personas afectadas han tenido acceso previo a la revisión judicial, (puede comprender en nuestro derecho interno los procesos de amparo, o los procesos de revisión judicial propiamente dicho, así como entiendo puede ser el agotamiento de la vía del art. 267 del propio TFUE, reenvío interpretativo), iii) la decisión de expulsión se basa en motivos imperiosos de seguridad pública. Este supuesto remite al apartado 3 del art. 28 [este último establece a su vez una garantía reforzada contra la expulsión por motivos imperiosos de seguridad pública, se ha de tener en cuenta que el CUE: -a) haya residido en el EM de acogida durante los diez años anteriores¹¹⁵³; b) sea menor de edad, salvo si la expulsión es necesaria en interés superior del niño, tal como establece la CoDN-, generando así la posibilidad que por estas dos casuales se pueda solicitar la suspensión del acto].

Téngase en cuenta que dicho art. 28-3 (protección reforzada contra la expulsión) señala que los EM son los que definirán los motivos imperiosos de seguridad pública¹¹⁵⁴, (comprendida la seguridad interior y exterior de los EM) esto no es más que otra de las manifestaciones mencionadas del margen de maniobra de los EM. Sin embargo, ello nos lleva inexorablemente por su interconexión a tener presente el art. 83 del TFUE relativo a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatir las según criterios comunes. Señalando claramente en su párrafo tercero del apartado 1 que,

¹¹⁵² STJUE GS, asunto P.I., C-348/09, interpretación del art. 28-3-a) Directiva 2004/38/CE, apdo. 15-18-34. Declara el Tribunal que los EM están facultados para considerar que infracciones penales como las mencionadas en el párrafo segundo del art. 83.1 TFUE constituyen un menoscabo especialmente grave de un interés fundamental de la sociedad, capaz de representar una amenaza directa para la tranquilidad y la seguridad física de la población, y que por consiguiente cabe incluir en el concepto de “motivos imperiosos de seguridad pública” que pueden justificar una medida de expulsión en virtud del referido art. 28.3 siempre que la forma de comisión de tales infracciones presente características especialmente graves, extremo éste que incumbe verificar al tribunal remitente basándose en un examen individualizado del asunto del que conoce.

¹¹⁵³ SSTJUE, GS de 23-11-2010, asunto Panagiotis Tsakouridis C-145/09, apdo. 38, 40-43, 50-52, 56 y Sala 2ª de 16-01-2014, asunto Sra. Sol, C-400/12, apdo. 38.

¹¹⁵⁴ Estrategia Global para la Política Exterior y de Seguridad de la UE (Consejo Europeo el 28-06-2016).

“Teniendo en cuenta la evolución de la delincuencia, el Consejo podrá adoptar una decisión que determine otros ámbitos delictivos que respondan a los criterios previstos en el presente apartado. Se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo.” La combinación de los elementos seguridad pública y la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad con dimensión transfronteriza lleva a comprender la complejidad de la problemática, que puede generar inseguridad jurídica mientras se adapta y definen dichos elementos. Por tanto, existiendo los requisitos que exige el art. 28.3, prosperaría la suspensión e incluso la automática. En definitiva para el art. 31-2 Directiva 2004/38/CE -excepto las causas del art. 28.3 inciso a) y b)-, de acuerdo con la interpretación gramatical de la misma no podría prosperar la suspensión y mucho menos la automática, ni solicitar la adopción de alguna medida cautelar, tanto, ni en procedimiento administrativo, ni judicial, de sostenerse las tres excepciones establecidas en el mismo.

2.4.2-c)- Suspensión Prohibición entrada.

El art. 32 Directiva 2004/38/CE regula la Prohibición entrada, señalando que cuando se ha tomado la decisión de prohibición de entrada en el territorio por razones de orden público¹¹⁵⁵, seguridad o salud públicas se podrá presentar una solicitud de levantamiento de dicha prohibición. No definiendo plazo, introduciendo otro concepto jurídico indeterminado, “tras un plazo razonable”, el cual ha de ser construido individualmente ya que ha de responder y estar en función de las circunstancias del supuesto principal y cambio material de las mismas. Pero, en cualquier caso, define la Directiva que ello ha de ser tres años después de la ejecución de la decisión definitiva de prohibición.

En el art. 32-2 Directiva 2004/38/CE señala que las personas que hayan sido objeto de la Prohibición entrada, no tendrán derecho alguno de entrar en ese territorio mientras se examina su solicitud en el procedimiento administrativo correspondiente, quiere ello decir, que no existe suspensión en el procedimiento administrativo. No se pronuncia la Directiva sobre esta situación ante un procedimiento judicial, como si lo menciona su antecesor el art. 31. El TJUE en la sentencia Petrea c. Grecia, asunto C-184/16, sin llegar a interpretar aspectos relacionados con la suspensión, ya que ello no fue objeto del reenvío, si señala que “*el principio de efectividad no se opone a una práctica jurisprudencial de un EM, según la cual un nacional de un EM contra el que se ha dictado una resolución de retorno en circunstancias como las del litigio principal no puede invocar, en apoyo de un recurso interpuesto contra dicha resolución, la ilegalidad de la resolución de prohibición de entrada en el territorio anteriormente dictada contra él, siempre que el interesado haya tenido la posibilidad efectiva de impugnar en un plazo útil esta última resolución con arreglo a lo dispuesto en la Directiva 2004/38, (apartado 57-65)*”¹¹⁵⁶.

No obstante, lo dicho, entiendo que este art. 32-2 es omiso sobre la suspensión jurisdiccional de la prohibición de entrada a través de una medida cautelar. Ello no es un acto claro, el cual debe ser oportunamente aclarado. Es decir, una vez que el interesado haya tenido la posibilidad efectiva de impugnar en un plazo útil la resolución de prohibición de entrada con arreglo a lo dispuesto en la Directiva 2004/38/CE en su arts.

¹¹⁵⁵ SSTJUE, Sala 4ª de 17-11-2011, asunto Gaydarov, C-430/10, apdo. 33-34, orden público y Sala 1ª asunto Jipa, C-33/2007, apdo. 23-24, interpretación del art. 18 TCE y art. 27 y 32 Directiva 2004/38, prohibición de entrada, orden público.

¹¹⁵⁶ STJUE, Sala 1ª asunto Petrea c. Grecia, C-184/16, apdo. 57-65.

30 y 31, (Notificación de las decisiones, Garantías procesales), podrá solicitar ante un órgano jurisdiccional la suspensión del acto a través de la medida cautelar de suspensión o solicitar cuanta medida cautelar considere necesaria, incluida precisamente la autorización de entrada provisional mientras se sustancia el proceso ello en correspondencia con la tutela judicial efectiva del art. 47 CDFUE.

2.4.2-d)- Suspensión de otros procedimientos sancionadores. Carga social, Salud y abuso de derecho.

El Considerando 16 y el art. 14 Directiva 2004/38/CE, se refieren al mantenimiento del derecho de residencia. En sus redacciones encierran la posibilidad de procedimientos sancionadores, que incluso pueden conllevar a la expulsión. El art. 14 concretamente señala que para el mantenimiento del derecho de residencia los CUE y los miembros de sus familias no se pueden convertir en una carga excesiva para la asistencia social del EM de acogida, señalando que la ausencia de la acreditación de que no son una carga para el EM de acogida no tendrá por consecuencia automática una medida de expulsión.

Asimismo, el art. 14-4, establece las excepciones en cuanto a la expulsión, pero sin que ello quiera decir que el EM deje dicha conducta impune. Téngase en cuenta que el propio artículo señala que “sin perjuicio de las disposiciones del capítulo VI” (limitaciones al derecho de circulación), es decir, remite a los EM a que a través de la transposición del citado capítulo VI establezca las medidas necesarias. Dichas excepciones son las referida a que, si los CUE son trabajadores por cuenta ajena o propia, o que los mismos estén buscando empleo y que tienen posibilidades reales de ser contratados, cuestión que ha de ser probada (STJUE Sala 1ª de 17-12-2020, G.M.A c. Bélgica, asunto C-710/19). En todo caso de tramitarse este tipo de expulsión, como bien se interpreta no podrá tener consecuencia automática, por lo que tendrá efectos suspensivos o la adopción de cualquier otra medida cautelar¹¹⁵⁷.

Respecto a la temática de salud pública el art. 29 Directiva 2004/38/CE comprende las expulsiones por motivos de salud, enfermedades con potencial epidémico. Remitiendo a los instrumentos correspondientes de la OMS, en este caso al Reglamento Sanitario Internacional¹¹⁵⁸. Distingue la Directiva el momento en que se adquiere la enfermedad señalando, que las enfermedades que sobrevengan en el período de tres meses siguiente a la fecha de llegada no podrán justificar la expulsión del territorio queriendo ello decir que si al momento en que se ejerce el derecho de circulación el EM de acogida detecta la enfermedad puede expulsar o prohibir la entrada según el caso al CUE y a su familiar, (ello si existe la gravedad requerida de la enfermedad). En caso de que el CUE, sea sedentario o estático y quien sea portador de la enfermedad sea el beneficiario, se puede prohibir la entrada o devolver. En todo caso como veremos más adelante y de acuerdo con la normativa interna de cada EM se realizara la tramitación de dicho procedimiento de expulsión. El cual ha de gozar de las garantías reflejadas en los arts. 28 Directiva Protección contra la expulsión, art. 29 Notificación de las decisiones y art. 31 Garantías procesales, todos de la Directiva 2004/38/CE. Por lo que se podrán presentar recursos con efectos suspensivos, tanto en el procedimiento administrativo como judicial.

¹¹⁵⁷ SSTJUE GS asunto Nalini Chenchooliah c. Irlanda, C-94/18, apdo. 43, 47, 68,72, 77, 83; GS de 15-09-2015, asunto Berlín Neukölln y otras c. Alemania, C-67/14, apdo. 56-59, remite a Sala 3ª de 19-09-2013, asunto Brey, C-140/12, apdo. 64, 69 y 78.

¹¹⁵⁸ Vid. nota 1107.

El art. 35 de la Directiva 2004/38/CE (abuso de derecho), señala que los EM adoptarán las medidas necesarias para denegar, extinguir o retirar cualquier derecho conferido por la presente Directiva en caso de abuso de derecho o fraude, como los matrimonios de conveniencia. Este art. 35 hay que verlo en relación estrecha con el art. 15 Directiva 2004/38/CE Garantías de procedimiento referente a todos aquellos procedimientos que restrinja la libertad de circulación del CUE o los miembros de su familia por motivos que no sean de orden público, seguridad o salud públicas.

Establece nuevamente la Directiva 2004/38/CE en el art. 35 la palabra “*medidas*”, en este caso, entiendo aplicada correctamente, pues se refiere precisamente a otra serie de actos administrativos no sancionadores que se generan de los procesos ya mencionados, como (p. ej.), denegación de inscripción en el registro de extranjeros del CUE cuando ha ejercido su derecho de circulación o la solicitud de la TFCUE, o aquellos procesos administrativos para extinguir dichos certificados de inscripción, o extinción de TFCUE¹¹⁵⁹. Reiterando que también estos procedimientos se han de cumplir las garantías procesales enunciadas en los arts. 30 y 31 2004/38/CE.

2.4.3- Conclusiones parciales.

1.- La Directiva 2004/38/CE presenta ausencia de normas comunes de regulación en lo relativo a los procedimientos administrativos, reflejándose ello en una falta de regulación de recursos suspensivos, tanto en los procedimientos sancionadores, como de otros tipos de procedimientos, incluidos los relativos a las prohibiciones de entradas. Remite en sentido general al margen de maniobra a los EM quienes atendiendo a los principios de equivalencia y efectividad regulan los mismos en correspondencia con su autonomía procedimental. Esta ausencia de normas comunes de procedimiento y margen de maniobra de los EM trae como consecuencia diferentes cánones y estándares de garantías en los diferentes EM, por lo que los *test* de control de los mismos por los órganos jurisdiccionales nacionales son totalmente diferentes. Siendo el TJUE quien está conformando con su jurisprudencia dicha falta de procedimiento y garantías procesales.

2.- En el caso concreto del Estado español más que una transposición de la Directiva 2004/38/CE realizó una transcripción de la misma, no realizó una adecuada técnica legislativa, no atendió a nuestro art. 24 CE, no atendido a su autonomía procedimental, no tuvo en cuenta una razonabilidad en la transposición jurídica formal, pragmática, teleológica, por lo que en nuestro derecho interno el RD 240/07 adolece de las mismas debilidades de regulación de procedimientos que la Directiva 2004/38/CE, las cuales son subsanadas supletoriamente con la LO 4/00, la LPACAP y la LOPSC las que permitirán garantizar en parte la efectividad y eficacia de los recursos suspensivo y cautelares sobre los procedimientos de los CUE y sus familiares.

3.- La Directiva 2004/38/CE no tiene contemplado suspensión automática. El art. 31-2 la misma establece garantías procesales que no llegan a alcanzar con plenitud la suspensión automática, sino una suspensión semi automática, condicionada a la solicitud de esta tanto en recurso administrativo, como judicial. Siendo esta última también limitada a través de las excepciones que establece el propio artículo.

¹¹⁵⁹ SSTS Sala 3ª, Sec. 5º, nº 1047/20 de 20-07-2020, Rec. 6680/18, FD 4-9 y nº 900/20 de 1-07-2020, Rec. 1052/19, esta última modifica doctrina establecida a partir Sentencia nº 1295/17, Rec. 298/2016. Más reciente ratificando las dos primeras STS Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 1472/20, Rec. 3160/19, FD 5-7.

4.- Respecto a las prohibiciones de entradas reguladas por la Directiva 2004/38/CE, las mismas no gozan de suspensión en el procedimiento administrativo. No se pronuncia la Directiva sobre esta situación ante un procedimiento judicial. Por lo que es un acto no claro o aclarado jurisprudencialmente, que oportunamente deberá ser aclarado. En todo caso se considera que el art. 41 y 47 CDFUE, así como de acuerdo con los principios generales de primacía del DUE, el efecto útil de las directivas y en concreto aquella interpretación de la Directiva de que la misma no se contrapone a las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de un EM que sean más favorables para los beneficiarios de la presente Directiva de solicitarse una medida cautelar suspensiva o cualquier otra que permita la entrada deberán los órganos jurisdiccionales nacionales de los EM que tengan tal obligación admitir y resolver un recurso de anulación contra prohibición de entrada teniendo en cuenta los factores antes señalados y la jurisprudencia consolidada del TJUE respecto al derecho de libre circulación.

5.- En el resto de procedimientos administrativos, denegaciones de inscripción, o tarjetas iniciales de familiares o renovación de tarjetas permanentes, extinciones de certificados de inscripción o extinción de TFCUE, retiradas de cualquier otro derecho conferido por la Directiva, matrimonios de conveniencia, familia extensa, etc., en caso de existencia de abuso de derecho o fraude, y que los mismos restrinjan la libertad de circulación del CUE o los miembros de su familia por motivos que no sean de orden público, seguridad pública o salud pública, gozaran de las garantías de los art. 30 y 31 de la Directiva por ende, de las suspensiones que se requieran y de las medidas cautelares necearías.

2.4.4- Suspensiones de actos administrativos en el derecho interno RD 240/07. Procedimientos respecto a Ciudadanos de la Unión y sus familiares. Especificidades en cuanto a la suspensión y medidas cautelares en los procedimientos sancionadores ordinarios y preferentes, expulsión de acuerdo con el tipo de infracción y sanción.

2.4.4.a)-Consideraciones previas.

Expuesto el comportamiento normativo de la Directiva 2004/38/CE de acuerdo con su contenido analizaremos su transposición/transcripción al derecho interno a través del RD 240/07.

En las Disposiciones Adicional Segunda y final Cuarta del RD 240/07 se expone que el contenido del RD se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales y en los tratados internacionales en los que España sea parte con carácter supletorio¹¹⁶⁰, en la medida en que no se oponga a lo dispuesto en los Tratados constitutivos y el derecho derivado de los mismos y en la medida en que pudieran ser más favorables. Ello quiere decir concretamente que en todo lo que adolezca el mismo se aplicará de forma supletoria la LO 4/00 (por tanto, tratados y convenciones internacionales), su ROLEX, la LPACAP y otras normas como la LOPSC. Respecto a los tratados y convenciones internacionales recobra su significado en estos momentos lo expuesto en la primera parte respecto a la adhesión de la UE al CEDH. A su vez la LO 4/00 señala en su art. 1.3 que dicha norma sólo se aplicará a los CUE en aquellos aspectos que puedan ser más favorables.

¹¹⁶⁰ Sobre esta supletoriedad téngase en cuenta por analogía la STS, Sala 3ª, nº 872/19, de 24-06-2019, Rec. 1307/18, FD 3. Señala que la Disposición adicional segunda del RD 240/07 a efectos procedimentales establece en ella un orden respecto a la normativa aplicable, al prevenir que en primer lugar ha de estarse a la normativa del propio RD; en su defecto, y en segundo lugar, a la LO 4/00 y su ROLEX, y, en tercer lugar, a la LPACAP y su normativa de desarrollo, con carácter supletorio y en la medida en que no se oponga a lo dispuesto en los TUE Y TEFUE y el derecho derivado de los mismos.

Se ha dicho de forma reiterada que la transposición de la Directiva 2004/38/CE más bien que una transposición ha sido una transcripción literal. Tal deficiencia de aproximación legislativa ha traído como resultado que el RD 240/07 adolezca de los mismos males de quien la engendra -no señala los procedimientos a seguir, no define concretamente ninguno de ellos, no regula un sistema de recursos suspensivos o de medidas cautelares-, la subsanación como también se ha señalado puede estar en primera instancia en la LO 4/00 y en su ROLEX. Sin embargo, ello no es tan así, atendiendo a que la LO 4/00 y su propio ROLEX remiten a la LPACAP, por lo que indirectamente entonces también el RD 240/07 puede ir a buscar sus soluciones procedimentales a la citada norma. Pero ello aún no termina en ese punto, sino que se ha de tener en cuenta por *ratione materiae* que las cuestiones de orden y seguridad públicas se regulan en LOPSC. Atendiendo a ello, para las suspensiones, medidas cautelares o provisionales al existir una ausencia de regulación hay que recurrir a estas normas y dentro de ellas la más favorable en correspondencia con el asunto concreto que nos ocupe. Estos aspectos, como se dicho pudieron ser solucionados atendiendo al margen de maniobra y autonomía procedimental de que da la Directiva a los EM, pero ello no ha sido así. Ante esta situación no queda otra opción que realizar los análisis con los instrumentos jurídicos existentes en nuestro derecho interno.

Las deficiencias de la supletoriedad del RD 240/07 con respecto a la LO 4/00, su ROLEX, la LPACAP y LOPSC son significativas. Dichas deficiencias se comienzan a vislumbrar y manifestar a través de aspectos negativos, contradicciones e incongruencias, que se traducen fundamentalmente en la ausencia de las infracciones tipificadas en la LO 4/00, los procedimientos previstos para tramitar dichas infracciones y la aplicación del derecho más favorable a los CUE y sus familiares respecto de las infracciones que puedan cometer los mismo, no solo en cuanto al orden público, la seguridad y la salud que son sancionadas con la expulsión, sino aquellas otras, que no requieren expulsión, que llevan sanciones de multa y que también son sanciones graves y muy graves. Se ha de recordar que he señalado respeto al procedimiento administrativo en general en la presente disciplina y en el sancionador en especial que presenta complejidades administrativas e interpretativas, si ello es así para aquellos, para el que ahora nos ocupa -régimen de CUE y sus familiares- nos traerá como consecuencia en lo que aquí nos interesa un grado superior de dificultades procesales e interpretación de las mismas, repercutiendo en las garantías del debido proceso/proceso equitativo, así como para la solicitud de las medidas de suspensión o las medidas cautelares pertinentes en contra del acto administrativo concreto en vía administrativa. Tales limitaciones de las garantías de defensa se contraponen con los propios mandatos, principios y derechos de la Directiva 2004/38/CE y del DUE en general.

Los actos administrativos y resoluciones que se generan en el régimen de CUE y sus familiares son en sentido general los mismos actos que se analizaron en el régimen general de extranjería, (solicitudes¹¹⁶¹, denegaciones¹¹⁶², extinciones, sanciones,

¹¹⁶¹ Un ejemplo de ello la ya mencionada saga Rendón Marín c. España STJUE, GS de 13-9-2016, C-165/14. STS Sala 3ª, Sec. 3ª, nº 15/17, Rec. 961/13, FD 3-4. ATS, Sala 3ª, Sec. 3, nº 2169/14.

¹¹⁶² STJUE GS, de 10-5-2017, asunto Chávez Vilches c. Países Bajos nº C-133/15. Interpretación del art. 20 del TFUE. Para apreciar si hay riesgo de que un menor nacional de un EM, se vea obligado a abandonar el territorio de la Unión si a su progenitor, nacional de un tercer país, se le deniega el permiso de residencia, no es suficiente con que el otro progenitor nacional comunitario, sea capaz de asumir el cuidado diario y efectivo del menor y esté dispuesto a hacerlo. Habrá que tener en cuenta las circunstancias del caso concreto, en particular, su edad, desarrollo físico y emocional, intensidad de la relación afectiva con cada progenitor y el riesgo que entrañaría para su equilibrio separarlo de aquel con el que convive (apdo 59-72).

renovaciones, entre otros). El RD 240/07, en su Capítulo V, regula las “Disposiciones comunes a los procedimientos de solicitud, tramitación, expedición y renovación de certificados de registro y tarjetas de residencia”. En su Capítulo VI las “Limitaciones por razones de orden público, seguridad pública y salud pública”, art. 15 y ss.

Respecto a estas últimas –las limitaciones por razones de orden público, seguridad pública y salud pública- hay que verlas en estrecha relación con los procedimientos sancionadores –ya sean sanciones de expulsiones o multas-, a su vez hay que recordar el análisis realizado anteriormente respecto a la Directiva 2004/38/CE en cuanto a los términos “limitaciones”, “medidas”, “peligro”, “decisiones”. Estos han sido transpuestos literalmente al RD 240/07. Por tanto, los comentarios allí realizados serán retomados profundizando en algunos aspectos¹¹⁶³, entre ellos, su relación y aplicación al art. 57.2 LO 4/00 -expulsión como “medida” a los CUE y sus familiares. Como se ha dicho parte de la doctrina jurisprudencial¹¹⁶⁴ considera que el art. 57.2 LO 4/00 no es una sanción, ni un procedimiento sancionador, sino “medidas” o “causas” *ad hoc*, impuesta por la legislación del Estado dentro de la política migratoria y de extranjería en atención a la gravedad y en consideración de otros ámbitos normativos, potestad de la que disponen los poderes públicos para controlar la entrada, la residencia y la expulsión de extranjeros del territorio nacional¹¹⁶⁵, que responden a la transposición de la normativa europea. Pero lo importante a determinar en este trabajo, es qué, tanto una como otra –medidas o sanciones- se tramitan por un procedimiento predeterminado y configurado por el legislador nacional, un procedimiento sancionador (preferente u ordinario), que en el caso del régimen de CUE y sus familiares tienen trascendental importancia debido a la aplicación de la norma procedimental más favorable (principio de equivalencia y efectividad).

¹¹⁶³ Uno de esos aspectos como veremos más adelante puede ser la competencia del órgano jurisdiccional. Si se trata de sanción el interesado puede elegir el fuero de su domicilio art.14.1 regla 2ª LJCA, si fuese medida tendríamos que recurrir al art. 7.1 de la misma norma, fuero general, es decir, se perdería en dichos casos la facultad creada por el legislador para elegir el fuero de su domicilio. Incluso este aspecto como también se verá repercute en muchos casos en cuanto a la admisión de las cautelarisimas.

¹¹⁶⁴ Vid. notas 330, 553, 1069 y 1138. Lo expuesto en las notas referenciadas obtienen plena vigencia en el tema aquí analizado: principio de presunción de inocencia, expulsión, ¿medida o sanción?, respecto a los CUE y sus familiares, se hace necesario precisar que con independencia de que al art. 57.2 LO 4/00 se le categorice o clasifique como una medida, como he expuesto de acuerdo a sus efectos finalistas, es una sanción, atendiendo además a la sistemática estructural del propio art. 57.2 LO 4/00. En este orden de ideas se señala por una parte de la jurisprudencia que la expulsión del territorio nacional del art. 57.2 LO 4/00 debe también ajustarse al principio de legalidad y por tanto responde a los principios del procedimiento sancionador, debiendo tener todas las garantías atendiendo a que finalmente se impone una sanción. La trascendencia de lo anterior traspassa -en lo que aquí no interesa- la teoría sobre la naturaleza jurídica -si es una medida o sanción-, lo cierto es que en la práctica procesal alcanza otro significado repercutiendo en las garantías de derechos procesales fundamentales. Tanto unas como otras –medidas o sanciones- se tramitan por un procedimiento sancionador, que puede ser como se ha dicho el preferente o el ordinario. Conociendo las limitaciones de garantías del primero, así como la opinión jurisprudencial mayoritaria de que la decisión de tramitación por un procedimiento u otro no es una causa invalidante. Todo esto analizado en el contexto de los CUE y sus familiares sí tiene trascendental importancia debido a la aplicación de la norma más favorable. Ello en relación con la primacía de los derechos fundamentales de los CUE de acuerdo con la CDFUE y el derecho de libre circulación.

¹¹⁶⁵ STC, Sala 1ª, nº 72/05, FJ del 4-9. Interpretación art. 13 y art. 19 CE. Vulneración de los derechos a la libre circulación y residencia: denegación de entrada en frontera a extranjero. Ratifica doctrina del art. 13.1 CE referente a las libertades públicas de los extranjeros en España y su relación con otros derechos fundamentales en este caso concretamente con el derecho la libre circulación y residencia.

Requiere este último aspecto –procedimiento a adoptar en cuanto al art. 57.2 LO 4/00 respecto a régimen de CUE y sus familiares- detenernos en estas consideraciones previas para luego en el acápite 2.4.4.b)-4 *infra* poder analizar las cuestiones prácticas referidas a la suspensión y las medidas cautelares adoptar. Preciado lo anterior, se ha de señalar que desde el punto de vista teleológico y hermenéutico la doctrina jurisprudencial mayoritaria considera como se ha expresado que el art. 57.2 LO 4/00 es el resultado de la política migratoria del Estado (recuérdese que esa política proviene de la UE-ELJS). Sin embargo, las características y definición de los procedimientos sancionadores son el resultado del principio de autonomía procedimental de los EM de acuerdo con el margen de maniobra. Por ello, las características y el contenido del procedimiento sancionador preferente las ha definido nuestro legislador nacional y las ha desarrollado el Ejecutivo con el ROLEX, lo que quiere decir, que las características y diferencias entre el procedimiento sancionador preferente y ordinario, son un problema de nuestro derecho interno, no del DUE, pues como se ha señalado la Directiva 2004/38/CE, no establece normas comunes de procedimiento. Las diferencias esenciales repercuten en las garantías, plazos, competencia, caducidad, ejecutividad, efecto de las suspensiones e incluso en las medidas cautelares adoptar (internamiento en un CIE), que en el caso del procedimiento preferente son más limitadas todas estas garantías, la ejecutividad del acto es inmediata, no suspensiva en vía administrativa y permite adoptar la medida cautelar señalada, todo esto supuestamente es menos favorable para el CUE y sus familiares de acuerdo con la Directiva 2004/38/CE.

Llegados a este punto considero que la interpretación sistemática realizada en cuanto al art. 57.2 LO 4/00 no es del todo exacta a aplicar al régimen de CUE y sus familiares. El primer argumento para fundamentar lo anterior está basado en el análisis realizado en la interpretación terminológica efectuada [*ut supra* punto 2.4.2.a) conceptos utilizados]. Allí se realizó una interpretación hermenéutica sobre los conceptos “limitaciones”, “medidas”, “peligro”, “decisiones”. Comparada aquella con la interpretación jurisprudencial referenciada¹¹⁶⁶ dada sobre los términos “causa” o “medida”, existen sus diferencias. Estas diferencias parten del contenido, del tenor literal de las definiciones dadas, “*in claris non fit interpretatio*”, por ende, la interpretación de los términos “causa” o “medida”, en relación con una expulsión y el contexto que en que se encuentra -sistemática estructural de la norma-, sancionar con expulsión, aquellas conductas que contravienen el orden público, la seguridad pública y la salud, que evidente que su fin es sancionar con expulsión. Esto hace carecer de consistencia suficiente que se sustente que no responde a un procedimiento sancionador, sino a la política migratoria de extranjería. También es política migratoria de extranjería sancionar con expulsión las conductas referenciadas. Lo anterior entiendo no es más que justificar una forma de coacción administrativa directa del Estado configurada por el legislador nacional, que legítimamente puede asumir de acuerdo con sus facultades, ello no es cuestionable, lo cuestionable son las faltas de garantías de ese actuar en un Estado democrático máxime como se ha señalado estamos en el régimen de CUE y sus familiares. Desvirtuar la auténtica naturaleza de jurídica de “sanción” de una expulsión del art. 57.2 LO 4/00 con argumentos de política migratoria –recurriendo a una interpretación semántica-, hace estremecer todos los pilares enunciados anteriormente, (un Derecho Administrativo de Extranjería moderno, basado en los derechos fundamentales y en este caso en los derechos de la CDFUE). En todo caso, si prevaleciera el concepto “medidas”, dicho concepto

¹¹⁶⁶ Vid. notas 330, 553, 1069, 1138 y 1164.

debería ir al menos acompañado de un sustantivo “sancionadoras”. Las cuales en todo caso en el régimen de CUE y sus familiares han de definirse los cauces procedimentales con todas las garantías para desvirtuar, las medidas restrictivas de garantías de derechos individuales del procedimiento preferente.

El segundo argumento, se sustenta partiendo de la interpretación dada por el TEDH al respecto, al exponer en su sentencia *Saber y Boughassal c. España*, apartado 48, *mutatis mitandis*, que no comparte la tesis del Gobierno de España en su fundamentación dada respecto al art. 57.2 LO 4/00 como medida creada por el legislador donde en el mismo artículo ha ponderado el derecho al respeto de la vida privada y familiar y el respeto del orden público. Recuerda el TEDH que la naturaleza y gravedad de la infracción por el extranjero, es solo uno de los criterios que tienen que ser ponderados por las autoridades nacionales cuando aprecian la necesidad de una medida de expulsión, sino que además ha de tener en cuenta toda una serie de circunstancias en relación con los derechos protegidos.

Atendiendo a los argumentos antes expuestos, unidos a los sostenidos hasta el momento, nos permite señalar en lo que aquí nos ocupa, la expulsión de CUE y sus familiares por conductas que atentan contra el orden público, la seguridad pública y aquellas conductas definidas en el art. 57.2 LO 4/00, la jurisprudencia interna al respecto ha basado su interpretación de los conceptos “medida” o “causa”, únicamente en la interpretación concreta de los art. 27 y 28 Directiva 2004/38/CE en relación con el art. 15.5-d) RD 240/07, que llevados al art. 57.2 LO 4/00 lo consideran como una medida legítimamente adoptada por parte del Estado español en el marco de su política de extranjería. Ello es una interpretación gramatical, estricta y muy concreta, que no se puede hacer extensivo por analogía, como señala alguna de dichas sentencias¹¹⁶⁷. La analogía no tiene cabida en este análisis, son sistemas diferentes, el general y el de CUE, este tipo de normas definidoras de infracciones y sanciones no son susceptibles de aplicación analógica, (art. 27.4 Ley 40/15). Sin embargo, realizando un ejercicio interpretativo del art. 27.3 Ley 40/15¹¹⁶⁸, en unión del efecto útil y vinculante de la Directiva 2004/38/CE se podría solucionar dicha disfunción legal, viendo en el desarrollo reglamentario el principio dinámico, que traía como resultado la introducción de especificaciones, matizaciones o graduaciones de las infracciones o sanciones ya existente, sin que se alteren la naturaleza jurídica de las mismas y sus límites, matizando que precisamente esas introducciones, o especificaciones están dirigidas a lograr una mejor identificación o tipificación de dicha conducta existente y así puedan tener una mejor determinación o encaje, en los procedimientos y sanciones correspondientes. Cuestiones que abordare de forma específica más adelante.

Requiere lo antes dicho una reinterpretación jurisdiccional mucho más amplia basada en una hermenéutica jurídica que desmembré el significado real de cada concepto desde el punto de vista teleológico de los mismos e integralmente el texto jurídico, en fin una interpretación dogmática más profunda que lleve a una solución más justa y clara.

¹¹⁶⁷ Me refiero a las ya citadas SSTSJCL (Sede Valladolid) Sala (Contencioso), Sec. 3ª, nº 46/18 de 25-1-2018, Rec. 565/17 y Sec. 3ª, nº 1174/17 de 25-10-2017, Rec. 413/17.

¹¹⁶⁸ Art. 27.3 Ley 40/2015, “3. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites de las que la Ley contempla, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes”.

2.4.4.b)- Procedimientos Sancionadores para Ciudadanos de la Unión y sus familiares. Procedimientos ordinarios y preferentes. Sanciones de expulsión y multas.

2.4.4.b)-1- Consideraciones previas.

Como se ha dicho el RD 240/07 en su art. 15 y siguientes desarrolla las Medidas por razones de orden público, seguridad y salud pública. Define el artículo dichas medidas muy similares al capítulo VI de la Directiva 2004/38/CE, manteniendo el término “medidas”. La supletoriedad de la LO 4/00 y su ROLEX cubre todo lo no previsto en materia de procedimientos y en el resto de los supuestos comprendidos donde no haya una regulación. Estas tres conductas genéricas -orden público, seguridad y salud pública- deben buscar a su vez una equivalencia en la LO 4/00 y su ROLEX para así poder definir el tipo de procedimiento sancionador y suspensiones y otras medidas cautelares de acuerdo con el art. 17 RD 240/04 (art. 31 Directiva 2004/38/CE). Todo ello unido a que las normas a aplicar deben o pudieran ser más favorables, mientras no se opongan a lo dispuesto al TUE y TFUE, así como al derecho derivado de los mismos.

Atendiendo a lo anterior tenemos concretamente varias situaciones límites: i) un RD que ha transpuesto/transcrito la Directiva 2004/38/CE con los señalamientos interpretativos antes citados; ii) un RD y Directiva que remiten ambos de forma supletoria al derecho interno en materia de procedimientos y resto de supuestos no comprendidos en los mismo, en este caso reenviando a la LO 4/00, su ROLEX, la LPACAP y LOPSC; iii) una supletoriedad marcada a su vez por dos sublímites presuntamente contrapuestos o contradictorios: a) normas que pudieran ser más favorables; b) pero que no se opongan a lo dispuesto en el TUE y TFUE, así como al derecho derivado de los mismos, es decir efecto útil del DUE.

La interpretación sistemática, tanto de la Directiva 2004/38/CE, como del RD 240/07 permiten determinar que siempre y en todo caso, cualquier acto en materia sancionadora requiere la tipificación de las conductas infractoras. Estas conductas infractoras como condición “*sine qua non*” para la expulsión de forma genérica es la existencia y así lo imponen las circunstancias de razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública, para luego condenar las mismas con la sanción referenciada, deben estar presentes dichas condiciones como requisitos de perseguibilidad de oficio de acuerdo con la jurisprudencia del TS en correspondencia con la del TJUE. No obstante, a ello, no existiendo dichos requisitos, la Administración “*podrá*” adoptar alguna de las “*medidas*” de las recogidas en el citado art. 15 RD 240/07, es decir, las sanciones de multas o cualquier otra de las existentes en la LO 4/00. En fin, de estar presentes –las razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública- la Administración podrá adoptar alguna de las medidas siguientes señaladas en los incisos a, b y c del art. 15.1 RD 240/07¹¹⁶⁹. De ello se interpreta básicamente que existen tres procedimientos: i) respecto al inciso a) impedir la entrada, aunque los interesados presenten la documentación prevista en el art. 4 del presente real decreto; ii) un procedimiento respecto a la denegación de la inscripción en el RCE, o la expedición o renovación de las tarjetas de residencia y un iii) procedimiento, sancionador, la expulsión o devolución del territorio

¹¹⁶⁹ Art. 15.1 inciso “a) *Impedir la entrada en España, aunque los interesados presenten la documentación prevista en el artículo 4 del presente real decreto; b) Denegar la inscripción en el Registro Central de Extranjeros, o la expedición o renovación de las tarjetas de residencia previstas en el presente real decreto; c) Ordenar la expulsión o devolución del territorio español*”.

español. Este tercer procedimiento sancionador, puede ser ordinario, preferente, o abreviado. Aspectos que veremos seguidamente.

Ante esta complejidad técnico-normativa sistematizaré los procedimientos administrativos sancionadores para CUE y sus familiares, siguiendo las conductas y estructura del art 15.1 RD 240/07 y sus posibilidades de suspensión y medidas cautelares.

2.4.4.b)-2- Suspensión de impedir la entrada.

El inciso a) del art. 15-1 RD 240/07, Prohibición entrada, hay que verlo en relación con el art. 15-2 del propio RD, así como con el art. 15-5-b) y el art. 32 Directiva 2004/38/CE.

Inicialmente se ha de interpretar la prohibición de entrada¹¹⁷⁰, como la misma del régimen general (art. 11 ROLEX, antes estudiada). Para aquellos casos que dicha prohibición sea por razones de orden público, seguridad o salud públicas [este último concretamente lo abordare más adelante punto 2.4.4.b)-6-], o por la existencia de una prohibición consecuencia de aquellas en un procedimiento de expulsión. Dicha prohibición llevaría en principio la suspensión de carácter general previsto en la ley, tanto en la LO 4/00 (art 22.3, 26 y 60, así como art. 15 ROLEX y la del art. 90.3 LPACAP) al ser un derecho más beneficioso.

El apartado 2 del art. 15 del RD 240/07 así también lo reafirma al indicar que se podrá realizar solicitud de levantamiento de una decisión de prohibición de entrada, debiendo verse este artículo en relación con el art. 15-5-b) del citado RD 240/07, el cual señala que cualquier medida del art. 15 de su inciso 1 al 4 pueden ser revocadas si hay un cambio de circunstancias. Sin embargo, el último párrafo de este apartado segundo del citado art. 15-2 señala, “*Durante el tiempo en el que dicha solicitud es examinada, el afectado no podrá entrar en España.*”, ello en correspondencia con el art. 32-2 Directiva 2004/38 CE. Lo anterior significa que para aquellos supuestos donde la prohibición de entrada sea por motivos de orden público, seguridad o salud públicas, mientras se realiza el examen sobre la solicitud de levantamiento en el procedimiento administrativo correspondiente no hay efecto suspensivo en el mismo, se mantiene en dicho tiempo la prohibición de entrada, hasta que el órgano administrativo no resuelva el asunto. Siendo el plazo máximo de tres meses, que de no resolverlo operaría el silencio negativo.

Ante la situación descrita se generan los conflictos interpretativos antes anunciados, en este caso de aplicarse de forma supletoria la LPACAP en su art. 117, como normas más favorables, se interpondría un recurso contra dicha prohibición de entrada y solicitud de medida cautelar la que deberá ser resuelta en el mes o imperaría el silencio positivo. De no ser viable lo antes dicho se tendrá que recurrir a la jurisdicción contencioso-administrativa, aunque la redacción del art. 17-2 del RD 240/02 sobre garantías señala que “*Durante la sustanciación del recurso judicial, el interesado no podrá permanecer en territorio español, salvo en el trámite de vista, en que podrá presentar personalmente su defensa, excepto que concurran motivos graves de orden público o de seguridad pública o cuando el recurso se refiera a una denegación de entrada en el territorio*”.

¹¹⁷⁰ Rodríguez Tarduchy, M., (2008). “Entrada y residencia de los ciudadanos de la Unión Europea en otros Estados miembros, con especial referencia al Derecho español”, en M. Balado Ruiz-Gallegos. (Coord.). *Inmigración, Estado y Derecho. Perspectivas desde el siglo XXI*, (pp. 1003-1024). Barcelona: Bosch.

Solución distinta sería si dada las circunstancias y prohibida la entrada se hiciera uso de las medidas cautelares del art. 135 LJCA¹¹⁷¹.

Sobre estos particulares se ha pronunciado el TJUE en su sentencia GS de 8-05-2018, asunto K.A. y otros c. Bélgica, C-82/16 y en su STJUE asunto Petrea c. Grecia C-184/16, donde ha manifestado que resulta indiferente que la justificación de la decisión de prohibición de entrada en el territorio dictada contra el nacional de un tercer país o de un CUE que haya presentado una solicitud de residencia o revoque un certificado de registro expedido erróneamente a un CUE sea por el incumplimiento de su obligación de retorno o por la existencia de una prohibición de entrada anterior diferenciando que cuando la justificación de la decisión sean razones de orden público, solo podrá denegarse a dicho nacional de un tercer país un derecho de residencia derivado al amparo de ese artículo por tales razones si de la apreciación concreta del conjunto de circunstancias del asunto se desprende, a la luz del principio de proporcionalidad, de los derechos fundamentales alegados y que el interesado constituye una amenaza real, actual y suficientemente grave para el orden público.

No obstante lo dicho, entiendo que este art. 15-2 del RD 240/07 en lo relativo a la suspensión jurisdiccional de la prohibición de entrada no es un acto claro y que oportunamente debe ser aclarado, al existir en nuestro derecho interno una norma más favorable que permite suspender la prohibición de entrada, es decir, una vez que el interesado haya tenido la posibilidad efectiva de impugnar en un plazo útil la resolución y por otro tenemos el acto reglado del DUE con arreglo a lo dispuesto en la Directiva 2004/38/CE en su art. 32.2, su efecto útil y la no existencia de margen de maniobra del EM en particular asunto debiéndonos remitir los arts. 30 y 31, Notificación de las decisiones y Garantías procesales de la Directiva y a los arts. 41 y 47 CEDUE, así como al art. 13 del CEDH y 24 CE para realizar una interpretación adecuada.

2.4.4.b)-3- Suspensión denegación anotación RCE o expedición o renovación de las tarjetas de residencia.

El segundo procedimiento es el relativo a la denegación de la inscripción en el RCE, o la expedición o renovación de las tarjetas de residencia -inciso b) art. 15-1 del RD 240/07- en los supuestos donde estén presente razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública. Teniendo su equivalente en el art. 27.3 Directiva 2004/38/CE.

El citado art. 15.1-b) se relaciona con el art. 12 y ss. RD 240/07, así como con el art. 15-8 (relativo al incumplimiento de la obligación de solicitar la tarjeta de residencia o del certificado de registro, que comentaremos más adelante).

Nada dice el RD 240/07, ni la Directiva 2004/38/CE sobre la continuidad procedimental de esta denegación de inscripción o denegación de tarjeta por razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública. No obstante, a ello este art. 15.1-b) debemos verlos en relación con los arts. 15, 30 y 31 Directiva 2004/38/CE. Lo anterior nos hace volver a la supletoriedad y nos lleva al trámite de los recursos en los procedimientos

¹¹⁷¹ STEDH, Sec. 5ª de 2-7-2009, asunto Ignatov c. Bulgaria, nº 50/02, medida administrativa desproporcionada y prolongada en el tiempo, necesidad de revisión frecuente, pasividad de las autoridades competentes. El TEDH considera que la medida no era necesaria en una sociedad democrática, por lo que estima la violación del art. 2 del Protocolo nº 4 CEDH. Igualmente determina la inexistencia de recurso en derecho interno que permita a los demandantes hacer valer su queja, revisión de la medida con todas las garantías por lo que estima la violación del art. 13 CEDH. En igual sentido el asunto Gochev c. Bulgaria, apdo. 55-57.

administrativos (art. 21 LO 4/00), por lo que lleva la suspensión del acto y la solicitud de medidas cautelares, si en dicha denegación se impusiese la salida obligatoria (se ha de recordar que la jurisprudencia tiene concebido la salida obligatoria como un acto de contenido positivo por lo que lleva suspensión). Evidentemente no estamos ante un procedimiento sancionador, pero si un acto de gravamen que afecta el interés y el derecho subjetivo del CUE y sus familiares, ya que provoca en los mismos cambios en su situación, son actos que limitan o restringen el ejercicio de libre circulación, por tanto, dichos actos podrán ser recurridos en vía administrativa y luego judicial. Siendo en procedimiento administrativo susceptible de suspensión y de solicitud de medida cautelar de acuerdo con como sea dictado dicho acto.

Sin embargo, en estos supuestos de salida obligatoria como un acto de contenido positivo que lleva consigo la suspensión, cabría preguntarse, ¿qué sucedería respecto al interesado si la Administración no hiciera mención a ello en la resolución, por razones de fondo, por razones de omisión involuntaria o por razones de conocimiento que puede ser un acto que en vía jurisdiccional puede ser suspendido? La respuesta en todo caso sería que jurisdiccionalmente el acto ha de ser suspendido, ya que reglamentariamente y por el propio DUE es un acto como consecuencia legal del acto principal.

2.4.4.b)-4- Suspensión Procedimientos sancionadores ordinarios y preferentes. Expulsión.

El tercer procedimiento es el sancionador, la expulsión o devolución administrativa del territorio español reflejado en el inciso c) del art. 15-1 RD 240/07. En cuanto a la expulsión de acuerdo con la equivalencia y supletoriedad general señalada sería muy simple decir que es de aplicación el art. 57 LO 4/00¹¹⁷², expulsión, la cual conlleva una prohibición de entrada en España. Dichos motivos están en correspondencia inicialmente como se ha de recordar en los arts. 27 y 28 Directiva 2004/38/CE. Sin embargo, entiendo que el análisis debe ir más allá, de acuerdo con lo señalado más arriba.

Dicho lo anterior, entiendo que las conductas genéricas -orden público, de seguridad pública o de salud pública- requieren una concreción, una materialización de conductas típicas o por lo menos una aproximación a ellas. En esta concreción a la tipicidad, tenemos que la conducta referida a la seguridad pública se encuentra su equivalencia en relación con el art. 53.1-d) infracción grave LO 4/00, referida a seguridad pública, alejamiento de fronteras y otras, por lo que inicialmente pudiésemos decir que el procedimiento administrativo sancionador sería el preferente, con las consecuencias ya enunciadas (art. 63 LO 4/00 y 234 y ss. ROLEX). En lo referido al orden público su concreción a la tipicidad lo tendríamos en su equivalente el art. 53. 1-f) infracción grave de la LO 4/00, referida al orden público en el cual inicialmente el procedimiento administrativo sancionador también sería el preferente.

A su vez existen dos figuras más recogidas en el art. 54.1- a) y b) LO 4/00 infracciones muy graves, actividades contrarias a la seguridad nacional o que pueden perjudicar las relaciones de España con otros países, o estar implicados en actividades contrarias al orden público y la de inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro, la inmigración clandestina (la trata de seres humanos), estando esta última en estrecha

¹¹⁷² Córdoba Castroverde, D., (2017). “El derecho de circulación y residencia de los padres de ciudadanos de la Unión Europea”. *Lefebvre, RJD* <http://www.online.elderecho.com>. Recuperado el 14-12-2017.

relación con el art. 83 segundo párrafo del TFUE, siendo estas infracciones del art. 54.1. a) y b) tramitadas por el procedimiento administrativo sancionador preferente.

Lo expuesto nos conduce a comparar la expresión jurídica, “*aplicación en lo más favorable de la LO 4/00*”, nos llevaría a una conclusión muy rápida, todas las conductas de orden público, de seguridad pública o de salud pública del art 15.1 del RD 240/07, deberían incoarse y tramitar por el procedimiento sancionador ordinario (art 63.bis LO 4/00 y art. 226 y ss. ROLEX), teniendo así todas, las posibilidades de suspensión en el procedimiento administrativo. Sin embargo, ello no siempre es así, sino que ante las conductas típicas referenciadas se pueden generar procedimientos sancionadores preferentes. Esto, nos hace volver a encontrarnos ante dos posiciones diferentes, por un lado, en cuanto al propio DUE que permite un margen de maniobra, adoptar normas más favorables y a su vez dentro de dicho margen de maniobra deja a los EM las facultades de regular las medidas respecto a dichas razones de orden público de seguridad pública o de salud pública, es decir, permite a los EM escojan sus formas de procedimiento y la infracción que se comete¹¹⁷³, y por otro lado, está el propio efecto útil de la Directiva y del DUE en este caso expulsar a los CUE y a sus familiares cuando por las razones expuestas, sean personas no gratas en los EM de acogida. Ante esta doble situación se tendrá que adoptar una posición que permitirá discernir o permita esclarecer la decisión a escoger, un procedimiento u otro. Una posible solución puede ser, lo referido a la necesidad de la utilización de las actuaciones previas art. 218 ROLEX¹¹⁷⁴. Tal distinción es más que importante y va dirigida a garantizar los derechos de defensa. Incluso una garantía reforzada para determinados supuestos de CUE y sus familiares, pues como ya hemos expuesto, el procedimiento ordinario goza de la suspensión general prevista en vía administrativa, mientras que el preferente su ejecutividad es inmediata.

A su vez se ha de tener presente en este análisis el art. 17.1 RD 240/007, Garantías procesales, (en correspondencia con art. 31 Directiva 2004/38/CE). Dicho art. 17.1 RD 240/007, puede tener dos lecturas¹¹⁷⁵: i) cuando sea presentado un recurso en vía administrativa o judicial, contra la resolución de expulsión y en dicho recurso se presente solicitud de medida cautelar de suspensión o cualquier otra medida efectiva, ante ello no

¹¹⁷³ STS Sala 3º Sec. 5ª, nº 160/19 de 11-02-2019, Rec. 5211/17, FJ 3, asocia disfrutar los derechos como familiar de un CUE –matrimonio- en el acto de solicitud y obtención de la correspondiente residencia de TFCUE y en la condición familiar señalando que el procedimiento correspondiente es el referido en los arts. 15.1 y 28.1 Directiva 2004/38/CE, traspuesta a RD 240/07, sin que se analice en la sentencia el tipo de procedimiento aplicado al respecto.

¹¹⁷⁴ Córdoba Castroverde, D., (2017). “Las actuaciones previas...”, op. cit., cuando señala que “*las actuaciones previas se realizan a fin de determinar, con carácter preliminar, sin concurren circunstancias que justifiquen la iniciación del procedimiento de restablecimiento de la legalidad...*”, “*...Utilización fraudulenta que conlleva la nulidad del procedimiento sancionador...*”.

¹¹⁷⁵ Me refiero a la ya citada STSJCL (Sede Valladolid) Sala (Contencioso), Sec. 3ª, nº 643/18, Rec. 223/18. “*Las Secciones Segunda y Tercera de esta Sala consideran que en virtud de la Disposición adicional segunda del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, son aplicables las modalidades procedimentales ordinaria o preferente reguladas en el Título XIV del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril relativo a las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador y, específicamente, el artículo 225 del citado Real Decreto, en lo relativo al plazo de caducidad del procedimiento, el cual se fija en 6 meses desde el acuerdo de inicio hasta la notificación de la resolución dictada, por lo que no resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 21.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, no es aplicable a este supuesto lo dispuesto en el apdo. 3 del citado artículo que dispone que "cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo, éste será de tres meses"*”.

debe ejecutarse el acto hasta que esta última no sea resuelta a través de la resolución pertinente. Es evidente que esta lectura se está refiriendo a un procedimiento sancionador ordinario, de contrario si fuera un procedimiento preferente continua latente la ejecutividad del acto al no tener efecto suspensivo en vía administrativa; y si estuviésemos en la jurisdiccional se ha de recordar el vacío o el termino en “tierra de nadie” (Vid. nota 1045), mientras se resuelve por el órgano jurisdiccional la solicitud ; ii) mientras que la otra lectura es lo contrario a ello, el art. 17.1-c) remitiendo al art. 15.5. a) y d)¹¹⁷⁶, nos lleva a definir que las infracciones antes narradas pueden ser tramitadas por el procedimiento sancionador preferente, el recurso administrativo suspensivo en vía administrativa o una solicitud de medida cautelar de suspensión, no es efectivo ni eficaz debido a las características y contenido de tipo de procedimiento definido por el legislador y refrendado por el TC, -la ejecución de dicha resolución es inmediata su naturaleza jurídica del procedimiento no lo permite-. Esta última lectura se puede confirmar incluso del estudio de propio art. 17.2 RD 240//07, cuando señala que, durante la sustanciación del recurso judicial, el interesado no podrá permanecer en territorio español cuando concurren motivos graves de orden público o de seguridad pública.

Las dos lecturas anteriores no agotan la problemática, la existencia de concurso de leyes, normas, conductas y/o infracciones hacen que inexorablemente examinemos la LOPSC, al ser la norma que por excelencia regula el orden y la seguridad públicos. En lo que aquí nos interesa el contenido del art. 44 LOPSC, -procedimiento sancionador/régimen jurídico-, remite al título IX Ley 30/92, (Derogada por LPACAP, art 25-31, 53, 56, 77 y 85). En todo caso, de acuerdo con los derechos enunciados de defensa y garantías en el procedimiento se ha de aplicar el más favorable, garantista, principio de *iure aequissimo* que en todo caso sería el procedimiento ordinario, (tanto el previsto por la LO 4/00, por la LOPSC o por la LPACAP 39/15), por lo que esta proyección interpretativa hace que el criterio de la STSJCL (Sede Valladolid) Sala (Contencioso), Sec. 3ª, nº 643/18, Rec. 223/18 –no aplicación de LPACAP- sea cuestionables.

Dentro de este punto también se encuentran las expulsiones por motivos de salud, enfermedades con potencial epidémico, art. 29 Salud pública de la Directiva 204/38/CE, transpuesto al RD 240/07 en su art. 15-9. Cuestiones que por su especificidad tratare en el punto 2.4.4.b)-6.

2.4.4.b)-4-1- Art. 57.2 LO 4/00. Efectos del mismo sobre los Ciudadanos de la Unión y sus familiares.

¹¹⁷⁶ Se ha de recordar que el Considerando 24 Directiva 2004/38/CE, señala que circunstancias excepcionales cuando concurren razones de seguridad pública de carácter imperativo, bajo dicha circunstancia debería y puede adoptarse una medida de expulsión. A su vez el art. 15. 5 a) RD 240/07, señala que si resolución de expulsión se basa en motivos imperiosos de seguridad pública en correspondencia y con arreglo a la legislación reguladora del orden público y la seguridad pública y a las disposiciones reglamentarias vigentes en la materia, no es más que lo regulado en el art. 53.1-f- LO 4/00, cuando expone que la participación por el extranjero en la realización de actividades contrarias al orden público previstas como graves en la LOPSC y lo regulado en el art. 54.1-a) infracción muy grave consistente participar en actividades contrarias a la seguridad nacional o que pueden perjudicar las relaciones de España con otros países, o estar implicados en actividades contrarias al orden público previstas como muy graves en la LOPSC. En lo que respecta al art. 15.5-d) refleja que cuando la medida de expulsión se adopte por razones de orden público o de seguridad pública, deberán estar fundadas exclusivamente en la conducta personal de quien sea objeto de aquéllas, que, en todo caso, deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. Esta redacción es en esencia los elementos objetivos del tipo, orden público o de seguridad pública.

Dicho todo lo anterior y concretada la posibilidad de tramitación de las conductas del art. 15.1 del RD 240/07 por procedimiento preferente, toca ahora analizar si dichas conductas de orden y seguridad públicos, basadas o relacionadas con antecedentes penales pueden ser incardinadas en el art. 57.2 LO 4/00, -expulsión existencia antecedentes penales-. Esto a su vez relacionado con la suspensión del acto administrativo. Para lo anterior se ha de partir del art. 15.5-d) del RD 240/07, en relación con el art. 53.1-f) y 57.2, ambos de la LO 4/00. A s vez se ha de recordar lo expuesto más arriba punto 2.4.4.b)-1.

La figura del art. 15-5-d) RD 240/07, (guardando la distancia en el tiempo con respecto al art. 27.3 Ley 40/15, tipicidad), de acuerdo con la supletoriedad y margen de maniobra concedido por la Directiva 2004/38/CE se puede considerar como una “especificación” o “graduación” al cuadro de las infracciones de la LO 4/00, respecto del art. 53.1-f) y 57.2, ambos de la LO 4/00, ya que entre unas y otras tienen todas elementos comunes de identificación, tipificación y configuración de las conductas, entre ellos, orden público, antecedentes penales y conductas graves.

Los art. 15-5-d) RD 240/07 y art. 53.1-f) LO 4/00, tienen un elemento común objetivo de identificación, la tipicidad, y dentro de ella, aquellas conductas que conforman el orden público, la existencia de condenas penales. Luego configuran dicha tipicidad otra serie de elementos subjetivos del tipo, tales como que la comisión del delito sea dolosa, que la conducta personal de quien sea objeto de dichas condenas deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. Para luego existir elementos distintivos, tales como, que en el caso del art. 57.2 LO 4/00, el delito sancionado debe ser con pena privativa de libertad superior a un año y que los mismos no hayan sido cancelados, mientras que en el art. 15.5-d) del RD 240/07, señala que las condenas penales, por sí sola no constituirán razón para adoptar la expulsión.

Dicho lo anterior, tanto los CUE como sus familiares pueden ser sujetos de incoación de procedimientos sancionadores preferentes por la modalidad del art. 57.2 LO 4/00¹¹⁷⁷. Sin embargo, se deberá tener en cuenta lo relativo al derecho más favorable. El legislador en la configuración del art. 57.2 LO 4/00 hace una especie de remisión en blanco o el empleo de una cláusula abierta o excesivamente genérica, señala “...*que previa tramitación del correspondiente expediente...*”, ello quiere decir que según las circunstancias del asunto y los elementos que lo conformen puede ser un procedimiento ordinario o preferente (en este último caso debiendo además de reunir los requisitos del art. 234 segundo párrafo del ROLEX para aquellos supuestos que el CUE o el familiar se encuentren en situación de estancia irregular art. 53.1.-a) LO 4/00, al respecto téngase en cuenta las sentencias asunto Petrea c. Grecia, C-184/16 y la STS Sala 3º Sec. 5ª, nº 160/19, Rec. 5211/17, FJ 3).

El elemento diferenciador en este supuesto del art. 57.2 LO 4/00 respecto de los CUE y sus familiares está precisamente en la apertura configurativa dada por el legislador del precepto respecto a la tramitación por el procedimiento correspondiente, por lo que permite tener en cuenta la adopción de la norma más favorable¹¹⁷⁸. Debiendo ser en todo caso el procedimiento ordinario, ello en correspondencia y de acuerdo con lo sostenido. Se estaría garantizando así a los CUE y sus familiares, la suspensión de los actos en vía

¹¹⁷⁷ STS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 1334/19 de 9-10-2019, Rec. 5076/18, FD 2-3

¹¹⁷⁸ Sobre estos particulares también se pronunció la ya mencionada STSJCL (Sede Valladolid) Sala (Contencioso), Sec. 3ª, nº 643/18 de 27-06-2018, Rec. 223/18.

administrativa y solicitud de medidas cautelares y resto de garantías que prevé este procedimiento.

Existe un segundo argumento para ello, el referido art. 44 LOPSC y la LPACAP las cuales como se ha dicho remiten -para las conductas como las aquí analizadas- su tramitación por el procedimiento ordinario, por lo que para la figura del art. 15.5-d) RD 240/07 en relación con el art. 57.2 LO 4/00 se ha de tramitar por un procedimiento ordinario, por lo que todos aquellos procedimientos que se hayan tramitado por procedimiento preferente pueden estar sujetos a revisión como mismo señala la Directiva 2004/38/CE.

Este concurso de normas, conductas y/o infracciones, lleva a dos observaciones: i) que el art. 31 LOPSC, recoge el conflicto de Normas concursales señalando un grupo de reglas de clasificación para la solución de los diferentes conflictos, ii) con ello, supuestamente estaría superado el conflicto normativo en cada caso, pero existe un factor concreto, el instructor del expediente administrativo, quien atendiendo al debido proceso/proceso equitativo (principio/derecho a una buena administración, art. 41 CDFUE y art. 103 CE) defina o decida que procedimiento incoar, para ello deberá hacer una correcta y motivada narrativa de hechos, para así poder tipificar correctamente la conducta que se pretende sancionar. De lo contrario las garantías de defensa según el tipo de procedimiento no serían las mismas respecto a la ejecutividad, suspensión de los actos, medidas cautelares, caducidad, internamientos.

2.4.4.b)-5- Suspensión Procedimientos sancionadores de multa.

El RD 240/07 concibe procedimientos sancionadores que llevan como sanción la multa. Ello está regulado en el art. 15-8, el cual señala: *“El incumplimiento de la obligación de solicitar la tarjeta de residencia o del certificado de registro conllevará la aplicación de las sanciones pecuniarias que, en idénticos términos y para supuestos similares, se establezca para los ciudadanos españoles en relación con el Documento Nacional de Identidad”*.

La anterior configuración legal lleva al análisis de 3 puntos fundamentales: i) diferenciación de esta infracción –art. 15-8 con ya descrita del art. 15.1-b), ambos RD 240/07; ii) el supuesto en análisis tiene una similar conducta o infracción en la LO 4/00, art 53.1-h) *“Incumplir la obligación del apartado 2 del artículo 4”*, -solicitud de tarjeta de identidad de extranjero-, es decir, una equivalencia de las conductas; y iii) un conflicto de jerarquía normativa para la determinación de ese procedimiento sancionador y sus garantías de suspensión.

En cuanto al primer punto, diferenciación entre art. 15-8 y art. 15.1-b) debemos decir que la primera a pesar de la posible similitud, no tiene nada que ver con la infracción del art. 15.1-b), RD 240/07 *“Denegar la inscripción en el Registro Central de Extranjeros, o la expedición o renovación de las tarjetas de residencia previstas en el presente real decreto”*. Son dos conductas tipificadas y diferenciadas completamente, en esta última como ya se dijo se deniega la solicitud, mientras que en el art. 15-8 RD 240/07 lo que se tipifica es el incumplimiento de la obligación de solicitar la tarjeta de residencia o del certificado de registro en ese periodo de 3 meses, de no hacerlo y transcurrir los 3 meses el CUE y su familiar en su caso incurrir en esta infracción y a su vez en la del art. 53.1-a) LO 4/00 (estancia irregular transcurrido dicho plazo sin realizar la solicitud pasaran a estar en situación administrativa de irregularidad en España). Cuestión distinta es haber solicitado en plazo la tarjeta de residencia o del certificado de registro y sea denegada, de continuar en territorio nacional desencadenaría la circunstancia del art. 53.1-a) LO 4/00 (estancia

irregular). En fin, el art. 15-8 RD 240/07 se tipifica como infracción el incumplimiento de la obligación de solicitar la tarjeta de residencia o del certificado de registro, que conlleva a las sanciones pecuniarias correspondientes las cuales puede ser suspendidas o aplazadas, pero de considerar la Administración que también se tipifica la infracción del art. 53.1-a) LO 4/00 se deberá determinar de acuerdo con las circunstancias concretas de supuesto que procedimiento sancionador se escogerá para la tramitación y sanción de dicha infracción. En este sentido, téngase en cuenta la jurisprudencia del TJUE donde señala claramente, que en el EM de acogida está legitimado para sancionar dicha conducta de acuerdo con la Directiva 2008/115/CE. (Asunto Petrea c. Grecia, C-184/16)¹¹⁷⁹. En todo caso como ya se dijo deberá ser el procedimiento sancionador ordinario.

Concretamente en cuanto a la infracción del art. 15-8 RD 240/07 para su tramitación el RD remite de forma muy general a la norma que se ha de utilizar para tal procedimiento, redirecciona someramente, al procedimiento administrativo que con todas las garantías se ha de utilizar. El RD señala que será el previsto para los ciudadanos españoles en relación con el Documento Nacional de Identidad¹¹⁸⁰, es decir aplica el principio de equivalencia. Se interpreta literalmente que se aplicaran sanciones pecuniarias, por tanto, no son “medidas” como señala parte de la doctrina citada. Dicho procedimiento sancionador es el abreviado según art. 54 LOPSC, siendo una infracción leve¹¹⁸¹ conllevando como se dijo la suspensión o el aplazamiento.

El segundo punto, referido a que el art. 15-8 RD 240/07 tiene una similar conducta o infracción en la LO 4/00, art 53.1-h) “Incumplir la obligación del apartado 2 del artículo 4”, -que no es más que derecho y el deber de conservar la documentación, solicitud, obtención de la tarjeta de identidad de extranjero), ello en relación con el Título XIII, art. 205 y siguientes del ROLEX, Documentación de los extranjeros-, es decir, una equivalencia de las conductas. Dicha infracción se tramitaría por el procedimiento sancionador ordinario que goza de todas las garantías previstas en la ley para la suspensión.

No obstante, dicho lo anterior aflora su presencia la sombra de un concurso de normas, entre RD 240/007, LO 4/00, la LOPSC y el RD 1553/05. Al respecto el art. 31 LOPSC recoge el conflicto de Normas concursales señalando un grupo de reglas. En su apartado a) cita, que se aplicará la regla de “*El precepto especial se aplicará con preferencia al general*”. Esta regla nos conduce a la siguiente pregunta ¿cuál es el precepto especial? Se podrá de decir que es art. 15-8 RD 240/07, sin embargo, como hemos visto el mismo remite al RD 1553/05 -por el que se regula la expedición del DNI-, cuando el propio art. 15-8 RD 240/07 señala “*idénticos términos y para supuestos similares*”, por lo que de alguna forma el RD 1553/05 pasa a convertirse en el “*precepto especial*”. De coincidirse con ello, la infracción de este último se regula por el art. 8 y ss. -Documentación e identificación personal- LOPSC y de esta última el art. 35.10 infracción leve “*incumplimiento de la obligación de obtener la documentación personal legalmente exigida*”. Con ello, supuestamente estaría superado el conflicto normativo, y por ende se

¹¹⁷⁹ Vid. nota 519.

¹¹⁸⁰ RD 1553/05, de 23 de diciembre, por el que se regula la expedición del documento nacional de identidad y sus certificados de firma electrónica. Texto consolidado BOE nº 307 de 24-12-2005.

¹¹⁸¹ LOPSC en su art. 8 y siguientes regula Documentación e identificación personal. En su art. 35 las infracciones leves, entre ellas el art. 35.10 señala como infracción “*El incumplimiento de la obligación de obtener la documentación personal legalmente exigida, así como la omisión negligente de la denuncia de su sustracción o extravío*”.

aplicará la LOPSC al existir un precepto especial al cual remite el art. 15-8 RD 240/07. El procedimiento sancionador sería el abreviado según art. 54 LOPSC, siendo una infracción leve del art. 35.10 en relación con el art. 8.

El tercer punto, un conflicto de jerarquía normativa para la determinación de ese procedimiento sancionador y sus garantías de suspensión, es decir poder discernir otro posible conflicto, pero este respecto a la jerarquía normativa¹¹⁸². La solución final que más adelante se dirá tiene estrecha relación con el conflicto de normas anteriormente planteado, por lo que siguiendo similar análisis al anterior se define que: para la determinación de ese procedimiento sancionador y sus garantías de suspensión el RD 240/07 por jerarquía normativa es inferior a la LO 4/00, como bien señala el artículo 1.3 LO 4/00, está se aplicara en aquellos aspectos que pudieran serles más favorables. No siendo precisamente este uno de los supuestos de aplicación más favorable. En el tipo de procedimiento sancionador analizado la infracción del art 53.1-h) LO 4/00 es una infracción grave que aunque ese trámite por procedimiento ordinario se sanciona según el art. 55 con multa de 501 hasta 10.000 euros; mientras que en la LOPSC la infracción señalada del art. 35.10 es leve, y se sanciona con multa de 100 a 600 euros. Por demás, gozando este procedimiento abreviado de todas las garantías de suspensión, aplazamiento, así como solicitud de cualquier otra medida cautelar. En definitivas al ser más favorable y garantista el procedimiento sancionador de la LOPSC se debe adoptar el mismo.

En este mismo punto se ha de incluir aquellos procedimientos sancionadores consistentes en el art. 35 Directiva 2004/38/CE, referente a los matrimonios de conveniencia¹¹⁸³. Concretamente el RD 240/07 no hace mención a ellos a lo largo de su art. 15, por ende debemos remitirnos al art. 53-2-b) LO 4/00, el cual tipifica la conducta antes señalada. Dicha conducta se tramita por el procedimiento ordinario y lleva como sanción multa, por lo que dicho procedimiento puede ser suspendido en la fase administrativa y ser objeto de solicitud de cualquier medida cautelar.

2.4.4.b)-6-Suspensión Procedimientos sancionadores enfermedades con potencial epidémico.

La Directiva 2004/38/CE y por ende el RD 240/07 comprenden las expulsiones por motivos de salud, enfermedades con potencial epidémico, art. 29 Salud pública de la Directiva, transpuesto al RD 240/07 en su art. 15- 9. Como también se ha dicho se ha de tener presente los instrumentos normativos de la OMS, en este caso al Reglamento Sanitario Internacional.

Tanto la Directiva 2004/38/CE como el RD 240/07 distinguen y hacen a que se precise el momento en que se adquiere la enfermedad, señalando el segundo que las enfermedades que sobrevengan tras los tres primeros meses siguiente a la fecha de llegada del interesado no podrán justificar la expulsión del territorio, queriendo ello decir que si al momento en que se ejerce el derecho de circulación el EM de acogida en este caso España detecta la enfermedad puede expulsar al CUE y a su familiar, si existe la gravedad requerida de la

¹¹⁸² STC, Pleno, nº 5/81, de 13-02-1981, BOE nº 47 de 24-02-1981, FJ 20.

¹¹⁸³ El propio Considerando 28 Directiva, señala que los EM deben poder adoptar las medidas necesarias para protegerse contra el abuso de derecho o el fraude de ley, particularmente de los matrimonios de conveniencia o cualquier otra relación contraída con el exclusivo objeto de disfrutar del derecho de libre circulación y residencia.

misma. En caso de que el beneficiario familiar del CUE –y este último no haya ejercido la circulación, CUE sedentario o estático- sea el portador de la enfermedad se le puede prohibir la entrada o devolver.

En todo caso el procedimiento de expulsión, prohibición de entrada o devolución por razones de salud pública se ha de ajustar al principio de equivalencia a los procedimientos existentes en el nuestro derecho interno, puede ser: en cuanto al primero –expulsión-, tramitado tanto por un procedimiento sancionador ordinario, como preferente, ello estaría en dependencia del grado de gravedad e intensidad de la enfermedad y de afección a la salud, así como su repercusión en cuanto a la seguridad ciudadana y el control epidemiológico, dicho en otras palabras si el grado de afectación al sistema de salud es grave su ejecutividad puede ser inmediata. La determinación del grado de la amenaza real, actual de la enfermedad para la sociedad y el interés general es lo que ha de determinar el tipo de procedimiento¹¹⁸⁴; en cuanto al segunda prohibición de entrada o devolución se ha de tramitar por los cauces ya señalados de la LO 4/00 (por tanto tiene plena vigencia los señalamientos allí realizados), distinguiendo que en todo caso se ha de aplicar el cauce más favorable. Una circunstancia excepcional respecto a las prohibiciones de entrada o devoluciones es el cierre de fronteras exteriores e interiores del espacio Schengen como resultado de la pandemia de Coronavirus- Covid-19¹¹⁸⁵. En este sentido, como se verá más adelante, en todo caso, si fuera necesario se pueden adoptar medidas cautelares de internamiento hospitalario o cuarentena.

2.4.4.b)-7- Suspensión Procedimientos sancionadores ordinarios especial referencia a la asistencia social y la búsqueda activa de empleo.

Se ha señalado anteriormente que el Considerando 16 y el art. 14 Directiva 2004/38/CE, regula el mantenimiento del derecho de residencia y el cumplimiento de las obligaciones para no ser una carga para el EM de acogida, no siendo ello motivo para una expulsión automática¹¹⁸⁶. Este artículo ha sido transpuesto al RD 240/2007 a través del art. 9 *bis* por parte de la Disposición Final segunda del RD 1192/2012, de 3 de agosto por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud¹¹⁸⁷, dicha transposición más bien ha sido otra transcripción literal como hemos dicho anteriormente.

Como se ha señalado la norma y la interpretación de esta a través de la jurisprudencia (G.M.A c. Bélgica, asunto C-710/19), no niega tajantemente la posibilidad de una expulsión, sino que en el mejor de los casos la atenúa, pues dice que no será automática pero regula un plazo para el cumplimiento de las obligaciones (se interpreta que 6 meses apdo 23 asunto G.M.A c. Bélgica), así como que durante este período, el EM de acogida puede exigir al solicitante de empleo que presente pruebas de que está buscando

¹¹⁸⁴ Sobre estas cuestiones sin estar relacionadas con los procedimientos sancionadores, pero si con la limitación de la libertad de circulación de los ciudadanos de la UE y sus familiares, fueron las medidas de cierre de fronteras interiores y exteriores de la UE en la pandemia del Coronavirus, así como la restricción de movimiento y desplazamiento. En este sentido se puede ver, Núñez Herrera, V. E., (2020). “El Coronavirus, medidas necesarias restrictivas de derechos”. *Aspectos jurídicos del Coronavirus, Guía práctica*. 17-03-2020. Sepín. Marzo 2020 SP/DOCT/98532.

¹¹⁸⁵ Orden INT/248/20, de 16 marzo, Criterios de actuación para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad ante el restablecimiento temporal de controles fronterizos. BOE, nº 73 de 18-03-2020.

¹¹⁸⁶ Vid. nota 1151.

¹¹⁸⁷ B.O.E. nº 186 de 4-08-2012.

trabajo. Solo después de la expiración de ese plazo, el EM podrá exigir al solicitante de empleo que demuestre no solo que sigue buscando trabajo, sino también que tiene posibilidades reales de ser contratado. A lo igual que la Directiva el RD establece excepciones no se aplicará la expulsión, si el familiar es trabajador por cuenta ajena o propia o, si se encuentra inscrito como demandante de empleo y tiene “*posibilidades reales*” de ser contratado.

Aplicando nuevamente la supletoriedad, el contenido del artículo en estudio pudiese tener encaje normativo en el art. 53.1- b) LO 4/00 encontrarse trabajando en España sin haber obtenido autorización de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida o la del propio art. 53. 2-a), e incluso en la del art. 54.1-c) o f) de la misma norma. Sin embargo, este encaje aproximativo no tiene validez, precisamente porque existe un derecho de efecto útil primario el cual se protege con las excepciones del art. 9 *bis*-3 a) y b), el derecho a la circulación, mercado y trabajo del RD 240/07.

En definitiva, de esta conducta se interpreta que no puede ser sometida a ejecución automática, sino que puede ser sometida a suspensión en el procedimiento administrativo, teniendo excepciones favorables a los CUE y sus familiares, por lo que debe ser tramitada por el procedimiento ordinario, interpretándose de la jurisprudencia del TJUE citada *ut supra* al efecto que la expulsión debe ser utilizada como medida o sanción para los supuestos de orden público, seguridad y salud.

2.4.4.c)- Internamiento en el CIE de los ciudadanos de la Unión y sus familiares.

Llegados a este punto de entenderse que el procedimiento preferente puede incoarse respecto de los CUE y sus familiares existiendo las causas y requisitos para ello, entonces es ajustado a derecho el internamiento de estos en el CIE. Podría interpretarse que lo anterior hace tambalear la máxima de aplicar el derecho más favorable a los mismos, sin embargo, no se puede olvidar el efecto útil de la Directiva y por ende del DUE donde aquellas conductas que atenten contra el orden público, la seguridad pública y la salud pública han de ser reguladas por los EM atendiendo su afección al interés general del DUE.

2.4.5- Conclusiones parciales.

1.- Con independencia de las definiciones dadas tanto en la Directiva 2004/38/CE como en el RD 240/07 respecto a las “*medidas*” de limitación de los derechos de los CUE y sus familiares cuando ejercen su derecho de libre circulación, en una interpretación dogmática, teleológico/finalista y hermenéutica más detallada de dichas medidas da como resultado que no son más que sanciones tipificadas de acuerdo con un cuadro de infracciones que se corresponde con el del derecho interno del EM correspondiente. Respondiendo ello al margen de maniobra que permite la Directiva 2004/38/CE y el desplazamiento de los estándares de garantías a los EM.

2.- El RD 240/07 ha sido creado mediante un proceso de trasposición deficiente, ha sido una aproximación legislativa de transcripción que no ha tendido en cuenta la autonomía procedimental que como EM le correspondió al Gobierno español para realizar una transposición correcta y de acuerdo con nuestras fuentes del derecho, a nuestra CE -en especial art. 24- con una propia y correcta técnica legislativa. No tuvo en cuenta en dicha transposición/transcripción principios elementales, como el de equivalencia. Lo cual trae como resultado que el principio de seguridad jurídica este debilitado y se haya generado una norma confusa, oscura e incompleta (en general tiene una ausencia de normas

procedimiento y en especial en los referido a las medidas del art. 15), fundamentalmente en lo que aquí nos interesa, el efecto y eficacia de los recursos, su carácter suspensivo, respecto a los procedimientos en general y a los sancionadores en particular.

3.- Sostenido lo anterior, a los CUE y sus familiares le son aplicables sanciones y no medidas, estando sometidos a diferentes procedimientos sancionadores de nuestro derecho interno. En el caso concreto de las sanciones de expulsión pueden ser sujetos a procedimientos sancionadores preferentes en correspondencia con el tipo de infracción tipificada y conducta acometida. No obstante, a ello ha de prevalecer el derecho más favorable, por lo que en todo caso se ha de valorar la adopción del procedimiento que reúna mayores garantías de defensa y recursos suspensivos más favorables.

4.- Existe una contradicción, un acto no claro y no aclarado respecto a las prohibiciones de entradas reguladas por el RD 240/07 en relación con la aplicación supletoria de un cauce más flexible –LO 4/00 y su ROLEX- y el efecto útil del DUE con arreglo a lo dispuesto en la Directiva 2004/38/CE -art. 32.2-. Cuando las mismas son por motivos graves de orden público o de seguridad pública -no gozan de suspensión en el procedimiento administrativo, tampoco pueden ser objeto de suspensión en fase jurisdiccional contencioso-administrativa -art. 17.2 RD 240/07-, sin embargo al existir supletoriamente el cauce de la LO 4/00 y su ROLEX- que permite suspender la prohibición de entrada debiendo ser aplicado el mismo por ser más favorable, sin embargo por otro lado ha de ser de aplicación lo dispuesto en la Directiva 2004/38/CE -art. 32.2-, su efecto útil. Atendiendo a lo anterior y en correspondencia con los arts. 30 y 31, Notificación de las decisiones y Garantías procesales de la Directiva 2004/38/CE en relación con el art. 41 y 47 CEDUE, así como con el art. 13 CEDH y 24 CE ha de prevalecer la suspensión del acto o la adopción de medida cautelar efectiva.

5.- Son diferentes los cauces, garantías suspensivas y medidas cautelares a adoptar en los procedimientos sancionadores del art. 15-1-b) RD 240/07 -procedimientos respecto a la denegación de la inscripción en el RCE, o la expedición o renovación de las tarjetas de residencia-, con los del art. 15-8 RD 240/07-incumplimientos de la obligación de solicitar la tarjeta de residencia o del certificado de registro-, ambos poseen naturaleza jurídica diferentes lo cual conlleva a sanciones diferentes. En todo caso ambos pueden generar situaciones de estancia irregular del art. 53.1-a) LO 4/00 por lo que se pueden incoar procedimientos sancionadores que de acuerdo con las circunstancias pueden ser ordinarios o preferentes.

6.- La conducta del art. 15.1-c) RD 240/07 expulsión o devolución administrativa, puede ser tramitada por el procedimiento administrativo sancionador preferente. El mismo está en relación con el art. 57 LO 4/00 y con los art. 27 y 28 Directiva 2004/38/CE. Su equivalencia en la LO 4/00 sería el art. 53.1-d) infracción grave (seguridad pública, alejamiento de fronteras), art. 53.1-f) infracción grave referida al orden público, art. 54.1-a) y b) de infracciones muy graves, actividades contrarias a la seguridad nacional, o actividades contrarias al orden público, inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro, la inmigración clandestina (la trata de seres humanos), estando esta última infracción en estrecha relación con el art. 83 segundo párrafo del TFUE.

7.- Al ser LOPSC la norma que por excelencia regula el orden público y la seguridad pública la misma ha de ser aplicada a aquellos supuestos donde las garantías de procedimientos sancionadores sean más efectiva y garantista y donde los efectos suspensivos de los recursos y la adopción de las medidas cautelares sean más efectivas y eficaces.

8.- EL art. 57.2 LO 4/00 es de aplicación para la expulsión de los CUE y sus familiares, al permitir el mismo una apertura adecuada respecto al procedimiento sancionador que se decida adoptar. Atendiendo a que prevalece el principio de la norma más favorable, permite la tramitación del mismo por un procedimiento ordinario, ello en correspondencia con los principios de equivalencia y eficacia del DUE, así como el art. 47 CDFUE. Con ello se estaría garantizando así a los CUE y sus familiares, la suspensión de los actos en vía administrativa y solicitud de medidas cautelares.

9.- Aquellos procedimientos sancionadores de expulsión o devolución, o que se impongan razones de impedir la entrada por motivos de salud pública (enfermedades con potencial epidémico), puede ser tramitados tanto por procedimientos preferentes, como ordinarios en correspondencia con la infracción cometida por los CUE y sus familiares (ver en este sentido conclusión 4 más arriba).

10.- El resto de los procedimientos, denegaciones, extinciones o retirada de cualquier derecho, asistencia social y la búsqueda activa de empleo, abuso de derecho, matrimonios conveniencia también se deben adoptar a través los procedimientos correspondientes recogidas en la LO 4/00 y ROLEX, en aquellos casos en que sean procedimientos sancionadores deberá ser el procedimiento ordinario.

CAPITULO-III.- Las medidas cautelares procedimiento administrativo extranjería. Art. 61 de la LO 4/00.

3.1- Consideraciones previas.

Expuesto la suspensión de los actos tanto en el sistema general de extranjería como en el sistema de CUE y sus familiares, se analizará a continuación las medidas cautelares en la LO 4/00 y su aplicación a los procedimientos administrativos de extranjería.

Las medidas cautelares se encuentran reguladas el art. 61 LO 4/00 "Medidas Cautelares", ubicado en la sistemática estructural de la ley en los procedimientos sancionadores, por tanto, inicialmente se configuran como garantías de efectividad y cumplimiento de la tutela ejecutiva administrativa sancionadora. Sin embargo, se puede realizar otra lectura de acuerdo con lo que hemos analizado hasta este momento, las medidas cautelares en la presente disciplina pueden ser adoptar de acuerdo con los diferentes procedimientos administrativos de la disciplina en estudio, siempre cumpliendo los fines de las mismas asegurar la resolución final del procedimiento administrativo en cuestión y de garantía a los derechos subjetivos de los extranjeros. En la práctica forense esta segunda lectura es casi inoperante, las medidas contempladas en el citado art. 61 LO 4/00 van dirigidas fundamentalmente a garantizar como se ha dicho la ejecución o ejecutividad del acto administrativo en el procedimiento administrativo sancionador, asegurando la eficacia de la ejecución del acto¹¹⁸⁸.

Para el análisis e interpretación de las medidas reguladas en el art. 61 LO 4/00 se incorpora la aproximación definida inicialmente sobre las medidas cautelares en la materia, así como la visión de una Administración que cumple el derecho a una buena administración, unido a la aproximación configurada del interés general e individual. Por

¹¹⁸⁸ Fernández Arévalo, L., Rodríguez Candela, J. L., Solans Poyuelo, F., Núñez Herrera, V. E., (2013). "De las infracciones en materia de extranjería...", op. cit., pp. 513-520. Romero Ródanos, J., (2012). "Artículo 61. Medidas cautelares", en J. L. Monereo Pérez, J. A. Fernández Avilés & L. Á. Triguero Martínez. *Comentario a la Ley y al Reglamento de extranjería, inmigración e integración social*. (LO 4/2000 y RD 557/2011). (pp. 979-983). Granada: Comares.

ello el sintagma “*eficacia de la resolución*” debe verse en estos tiempos modernos en la materia en estudio con un sentido amplio, que incluya no solo las garantías de su ejecución y el efectivo logro por ésta de los intereses generales y sus fines, sino que también ha de abarcar en muchas ocasiones los intereses de los extranjeros, como he dicho la convergencia de los intereses generales con los individuales.

Las medidas que serán sometidas a estudio cumplen las mismas características de las medidas cautelares del art. 56 LPACAP, instrumentalidad, accesoriedad, provisionalidad o temporalidad, variabilidad, discrecionalidad, verosimilitud, recurribilidad y en este caso concreto veremos la urgencia, así como el elenco de medidas cautelares y el *numerus apertus* de ellas. En igual sentido estas medidas cumplen los mismos principios o presupuestos enunciados anteriormente, *periculum in mora*, *fumus boni iuris*, proporcionalidad, efectividad, menor onerosidad, motivación, como elementos de juicio rectores de la imposición de las medidas, así como que en expedientes sancionadores, no afectan a la presunción de inocencia. Las mismas se extinguen con la eficacia de la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento correspondiente. Finalmente, dichas medidas pueden ser alzadas o modificadas durante la tramitación del procedimiento, ello de oficio o a instancia de parte, en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser tenidas en cuenta en el momento de su adopción.

Ya sea la Administración quien adopte la medida cautelar de oficio o la adopte a partir de quien la solicita, deberá según la naturaleza de estas, cumplir los presupuestos y características descritas en la primera parte de este trabajo.

3.2- El art. 61 de la LO 4/00. Naturaleza jurídica.

Continúa siendo objeto de debate doctrinal si la naturaleza jurídica de las medidas cautelares en el procedimiento administrativo de extranjería son verdaderas medidas cautelares¹¹⁸⁹ o medidas provisionales. De la propia interpretación gramatical de la LO 4/00 y de su ROLEX como se verá, se usa indistintamente los términos, así como dependiendo del momento en que se utilizan en el procedimiento -pueden ser provisionales si se adoptan al inicio o previo al procedimiento-, y otras se adoptan una vez firme el acto persiguiendo el objetivo de asegurar la ejecutoriedad del acto. Aunque las medidas pueden ser adoptadas en cualquier parte del procedimiento.

De acuerdo con el art. 56 LPACAP (medidas provisionales) en relación el art. 61 LO 4/00 (medidas cautelares), existe plena correspondencia (Vid. *ut supra* punto 2.2), por tanto, como se ha dicho la definición conceptual de una u otra, entiendo no van más allá precisamente del problema conceptual, ambas podríamos calificarlas como medidas reguladas con un último fin, asegurar el cumplimiento de la resolución administrativa, la efectividad de la ejecutividad y ejecutoriedad del acto. Ello atendiendo a la concepción finalista de ambas, así como al tipo de su función, asegurar la eficacia de la resolución

¹¹⁸⁹ Por un lado, existe la postura de que son verdaderas medidas cautelares, “*strictu sensu*”, al afirmar que concurren los presupuestos propios de las mismas para que puedan adoptarse, *periculum in mora*, *fumus boni iuris*, y ponderación de intereses, proporcionalidad (Esplugues Mota, C. & Lorenzo Segrelles, M., (2001). *El nuevo régimen jurídico de la inmigración en España*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 452, Dorado Noguera, F. M., & Rodríguez Candela, J. L. (2001). “Las infracciones en materia de extranjería...”, op. cit., pp. 833.-908. En este sentido se ha de tener en cuenta que existen opiniones divergentes, entre ellos, López-Muñoz Goñi, M., (2001). *La nueva Ley de Extranjería...*, op. cit., p. 928, las denomina “medidas de seguridad”.

administrativa, es decir, las medidas del art. 61 LO 4/00, son medidas de garantía eminentemente de la ejecución del acto. Señala el citado artículo:

“Medidas cautelares

1. Desde el momento en que se incoe un procedimiento sancionador en el que pueda proponerse la expulsión, el instructor, a fin de asegurar la resolución final que pudiera recaer, podrá adoptar alguna de las siguientes medidas cautelares:

- a) Presentación periódica ante las autoridades competentes.*
 - b) Residencia obligatoria en determinado lugar.*
 - c) Retirada del pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad, previa entrega al interesado del resguardo acreditativo de tal medida.*
 - d) Detención cautelar, por la autoridad gubernativa o sus agentes, por un período máximo de 72 horas previas a la solicitud de internamiento.*
- En cualquier otro supuesto de detención, la puesta a disposición judicial se producirá en un plazo no superior a 72 horas.*
- e) Internamiento preventivo, previa autorización judicial en los centros de internamiento.*
 - f) Cualquier otra medida cautelar que el juez estime adecuada y suficiente.”*

Previamente la LO 4/00 en su art. 55 sanciones, hace referencia en su apartado 5 a la sanción de decomiso respecto a conductas infractoras del art. 54.1.b) -inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro la inmigración clandestina-, que se hacen extensivas, como veremos a las actividades vinculadas propiamente dichas a transportistas. En ambos casos la sanción aquí narrada, también conforma una medida cautelar de inmovilización del medio de transporte, (aspectos que veremos *infra* punto 3.3).

A su vez el ROLEX hace referencia a las medidas cautelares en su art. 244, para los procedimientos de expulsión, el cual señala:

1. De conformidad con lo previsto en los artículos 55 y 61 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, el instructor podrá adoptar en cualquier momento mediante acuerdo motivado las medidas de carácter provisional que resulten necesarias para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer.

En caso de que el procedimiento tramitado fuera de carácter ordinario no podrá adoptarse la medida cautelar de internamiento.

2. En iguales términos que los establecidos en el artículo 221 de este Reglamento, el instructor podrá mantener la aprehensión de los bienes, efectos o instrumentos que hayan servido para la comisión de la infracción prevista en el artículo 54.1.b) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

Como he señalado se constata en el artículo transcrito que utiliza primeramente en el encabezamiento de su título el término medidas cautelares, mientras que en su contenido utiliza “*las medidas de carácter provisional*”. Seguidamente el propio ROLEX en su art. 251, vuelve a utilizar el término medidas cautelares, en esta ocasión refiriéndose al procedimiento para la imposición de multas. Las medidas cautelares del art. 251 ROLEX quedan reguladas de la siguiente forma:

“1. En iguales términos que los establecidos en el artículo 221 de este Reglamento se podrá proceder a la aprehensión de los bienes, efectos o instrumentos que hayan sido utilizados para la comisión de la infracción prevista en el artículo 54.1.b) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

2. Cuando se siga expediente sancionador por alguna de las infracciones previstas en el artículo 54.2.b) y c) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y los transportistas infrinjan la obligación de tomar a cargo al extranjero transportado ilegalmente, la autoridad gubernativa podrá acordar alguna de las siguientes medidas:

a) Suspensión temporal de sus actividades, que no podrá exceder de un periodo de seis meses.

b) Prestación de fianza o avales, en atención al número de afectados y el perjuicio ocasionado.

c) Inmovilización del medio de transporte utilizado hasta el cumplimiento de la referida obligación.”

Ambos artículos - art. 244 y art. 251 ROLEX- remiten al art. 221 ROLEX decomiso, sobre la misma infracción del art. 54.1.b), inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro la inmigración clandestina. Respecto a las medidas cautelares del art. 251-2 ROLEX referidas a la infracción del art. 54.2.b) y c) contra los transportistas, serán examinadas *infra* punto 3.3.

Partiendo de las anteriores descripciones de las medidas cautelares a adoptar en materia sancionadora en el derecho de extranjería nos hace reafirmar algunos rasgos distintivos: i) que no solo son aplicables a los procedimientos sancionadores de expulsión, sino también a aquellos que son sancionables con multas y a los transportistas u otras infracciones dedicadas a inmigración ilegal; ii) de la sistemática interpretativa de las mismas permite la aplicación de un *numerus apertus* de medidas cautelares, no solo para la panoplia de infracciones tipificadas para procedimientos sancionadores, sino que también pueden ser adoptadas para otros tipos de procedimientos en relación con el art. 56 LPACAP.

Las medidas cautelares descritas abarcan desde la compulsión personal, hasta medidas económicas, embargos, llegando a restricciones de derechos fundamentales (libertad personal, a la integridad personal, a la propiedad). En la realidad forense generalmente se materializan las de compulsión personal, rara vez se aplica otra medida, más allá de la retirada pasaporte, detención cautelar e internamiento. Pudiéramos calificar estas medidas cautelares medidas de policía administrativa¹¹⁹⁰.

No obstante, a ello, en una aproximación a una clasificación general de las medidas cautelares en la materia en estudio de acuerdo con su naturaleza jurídica de cada una de ellas, pudiésemos decir que las clasificaríamos en medidas coercitivas que afectan derechos de libertad personal y la integridad personal, presentación periódico ante las autoridades competentes, residencia obligatoria en determinado lugar, internamiento

¹¹⁹⁰ Vid. nota 936.

preventivo. Dentro de esta clasificación tendremos también las medidas precautelares personales: detención por 72 horas¹¹⁹¹.

Otras medidas coercitivas que afectan a la vez a la libertad y la integridad personal, serían aquellos internamientos que de acuerdo con el art. 62-1 párrafo segundo LO 4/00, consistente en internamiento un centro médico u hospitalario especializado en caso de enfermedad grave del extranjero, donde el juez ha de valorar el riesgo del internamiento para la salud pública o la salud del propio extranjero.

A su vez también se encuentran presente medidas de carácter preventivo personales, como la retirada del pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad.

En cuanto a las medidas coercitivas sobre la propiedad, económicas o patrimoniales, se configuran de acuerdo con el presente artículo y de acuerdo con las infracciones cometidas como consecuencia de la responsabilidad derivada de la infracción administrativa cometida, la de los transportistas, empleadores que realizan contrataciones ilegales, entre otras, por tanto, se pueden generar medidas cautelares de fianzas, embargos preventivos, anotación de embargos preventivos o de prohibición de disponer de los bienes, cierre provisionales de locales y licencias de explotación, intervención inmediata del vehículo o medios de transporte. Derivando ello como veremos la posibilidad de adopción de cauciones o contracautelas.

3.2-1-Clasificación de las medidas cautelares del art. 61 de la LO 4/00.

Anteriormente se ha mencionado una aproximación a una clasificación general de las medidas cautelares en la materia en estudio de acuerdo con su naturaleza jurídica, señalando que podían clasificarse en personales, económicas o patrimoniales. En este acápite ampliamos dicha clasificación atendiendo a la concepción finalista de las mismas el tipo de función y a la obligación que genera. La ampliación abarcaría las medidas de conocimiento y medidas provisionales protectoras de la paz, seguridad ciudadana y social y orden interior.

A su vez también se realizará una clasificación partiendo del contenido y objeto sobre la que recaen, al respecto pueden existir cuatro grandes grupos de medidas cautelares en la materia de estudio, i) las personales propiamente dichas, ii) las dirigidas contra personas jurídicas, iii) las económicas o patrimoniales y iv) las registrales.

Comenzado por la clasificación de las personas, atendiendo a lo más conocido, los sujetos pasivos, existirá a su vez un primer grupo, serían aquellas que se aplican directamente sobre las personas físicas e individuales; un segundo grupo, aquellas que se pudiera aplicar a personas jurídicas, (empresarios, compañías aéreas, empresas transportistas, navieras).

Atendiendo a esta misma calificación de las personas podemos subclasificar de acuerdo obligación o fines que generan respecto a las personas, estas se clasificarían: i) las de hacer o no hacer, prevaleciendo las de no hacer; ii) las restrictivas de la libertad

¹¹⁹¹ Barona Villar, S., (2019). “El Proceso Cautelar. Las medidas cautelares”, en J. Montero Aroca, J. L. Gómez Colomer, S. Barona Vilar, I. Esparza Leibar, & J. F. Etxeberria Guridi. *Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal*. (Vol. III, 27ª Ed., pp. 276-318). Valencia: Tirant lo Blanch.

individuales¹¹⁹² y de circulación¹¹⁹³, comprendería la detención, presentación periódica ante autoridades competentes, internamiento, residir obligatoriamente en determinado lugar, prohibiciones de salida art 28.3 LO 4/00, alejamiento de fronteras o núcleos de población, retirada documentación pasaporte, tarjeta de identificación, cédula de identidad, certificado de registro en R.C.E, fianza, embargo preventivo de bienes, rentas, depósito, retención o inmovilización de cosa mueble, intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita, entre otras.

A su vez sobre la propia clasificación de las personas encontramos: i) las físicas individuales, no solamente podemos encontrarnos al extranjero de terceros estados no miembros de la UE, sino también los CUE o sus familiares, también podemos encontrar personas físicas nacionales – de acuerdo con el tipo de infracciones cometidas podemos encontrar, (p. ej.), por la comisión de determinadas infracciones como: a) las previstas en art. 53.2-b-c) LO 4/00 -matrimonio de conveniencia-; b) aquellos que pudieran ser sujetos activos de promover la permanencia irregular después de la carta de invitación¹¹⁹⁴ (art. 53.2-d); c) aquellos relativos a consentir la inscripción de un extranjero en el padrón municipal; d) las del art. 54.1-b) -inducir, promover favorecer o facilitar con ánimo de lucro por el tráfico de personas-, entre otras. También podemos encontrar dentro de las personas individuales pero con una sub-clasificación especial a las personas físicas autónomo, en aquellas infracciones relacionadas, (p. ej.), con la contratación y orden social; ii) las personas jurídicas encontramos: i) sociedades, ya sean anónimas, limitadas, unipersonales, empresarios individuales.

La clasificación económicas o patrimoniales en relación con el contenido y objeto encontramos aquellas que tiene que ver con la incautación o aprehensión, embargo de bienes muebles, o inmueble, suspensiones de licencias, cierre de locales, embargo preventivo de cuentas bancarias, prestación de fianzas, retirada o intervención de bienes productivos o suspensión temporal de servicios, clausura o el cierre temporal del establecimiento o de locales, embargo preventivo de bienes, rentas, depósito, retención o inmovilización de cosa mueble, intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita y cuya prohibición o cesación se pretenda, aprehensiones, suspensión de licencia, entre otras.

Tenemos además aquella clasificación que responde a su conocimiento o efectos registrales tendríamos, las anotaciones en R.C.E, gravar en dicho registro las incidencias y restos de medidas, así como los recursos administrativos, las de prohibiciones de acercamiento a fronteras, lugares poblaciones. Las registrales estarían en correspondencia con el art. 213, 214 ROLEX, RCE y art. 215 Registro de Menores Extranjero No Acompañados (en lo sucesivo REMENA). Como se expondrá más adelante, [*infra* punto

¹¹⁹² Se ha de recordar que el art. 5 LO 4/00 regula el derecho a la libre circulación de los extranjeros dentro de España. Ello lo hace supeditándolo a la licitud de su situación administrativa, al expresar que los ciudadanos “*que se hallen en España de acuerdo con lo establecido en el Título II de esta Ley*”, tendrán derecho a circular libremente por el territorio español y a elegir su residencia sin más limitaciones que las establecidas con carácter general por los tratados y las leyes o las acordadas por la autoridad judicial, con carácter cautelar o en un proceso penal o de extradición en los que el extranjero tenga la condición de imputado, víctima o testigo o como consecuencia de sentencia firme

¹¹⁹³ STC, Sala 1ª, nº 94/93, FJ 3. Vulneración del derecho circular libremente por el territorio nacional (art. 19 C.E): posición jurídica de los extranjeros en España.

¹¹⁹⁴ SJCA nº 17 de Barcelona, nº 245/2020 de 15-09-2020. Rec. PA 26/20, FD 4-5, carta de invitación, la acción de no regresar al país de origen es imputable a los invitados, pero en forma alguna al anfitrión.

3.2.1.f)-3] consistirán en la anotación preventiva de los recursos correspondiente, en fase administrativa o jurisdiccional y de las propias medidas cautelares en sí.

En cuanto a las medidas cautelares protectoras de la paz, seguridad ciudadana y social y orden interior atendiendo a la concepción finalista de las mismas, tipo de función y a la obligación hace obligatoriamente remitirnos al tipo de infracción cometida, por ende del catálogo de infracciones de la LO 4/00, determinadas infracciones van dirigidas a la paz, como (p. ej.), las del art. 54 1.a) infracción muy grave contra la seguridad nacional o que pueden perjudicar las relaciones de España con otros países, contra la seguridad ciudadana y el orden interior, como se ha comentado el catálogo de infracciones de la LO 4/00 están dirigidas a esos órdenes.

Teniendo en cuenta la naturaleza jurídica en general de las medidas cautelares y su clasificación de la materia en estudio procede a continuación el análisis individualizado de las mismas, donde se ha de incorporar los razonamientos desarrollados hasta el presente. Para dicho análisis se partirá de la propia estructura que tiene concebida la LO 4/00.

3.2.1.a)- Presentación periódica ante las autoridades competentes.

Dicha medida está regulada en el art. 61.1-a) LO 4/00. La misma es una medida coercitiva que afectan derechos de libertad personal en cuanto a la libertad ambulatoria, restrictivas de las libertades individuales y de circulación y a su vez tiene rasgos de prevención de control y aseguramiento. La misma se puede adoptar en cualquier procedimiento sancionador.

Dicha presentación se realiza fundamentalmente ante el órgano administrativo que incoa el proceso principal correspondiente y adoptó la citada medida cautelar. No obstante, permite la propia norma tras su interpretación que pueda ser ante cualquier otra autoridad competente al no definir o especificar la ley quien es la citada autoridad competente. Por tanto, es defendible que pueda hacerse ante cualquier tipo de autoridad administrativa, tales como ayuntamientos, juzgados, incluso ante otro órgano instructor de la propia DGP, u otros órganos de la seguridad del Estado, como la GC, sin que sea imprescindible la presentación ante el órgano instructor inicial. Ello pueda traer otros inconvenientes de interrelación entre las propias administraciones públicas por asumir competencias que no corresponde¹¹⁹⁵. No obstante, a este respecto entiendo existen vías más efectivas en la actualidad que expondré más adelante.

Esta medida está dirigida con la finalidad del control personal al ciudadano extranjero, para evitar que el mismo pueda evadir el cumplimiento de la resolución final del proceso principal, así como si la autoridad facultada durante la investigación determina cambio de circunstancias, ya sean sentido positivo o negativo puede levantar o modificar la medida. Generalmente la práctica cotidiana lleva a la detención para la ejecución del acto dentro de las 72 horas, o solicitar medida de internamiento. Mientras que si existe incumplimiento de esta obligación de presentación periódica se considera una infracción grave a tenor del art. 53-d) LO 4/2000, susceptible de ser sancionada con la expulsión.

¹¹⁹⁵ Dorado Noguerras, F. M., & Rodríguez Candela, J. L. (2001). "Las infracciones en materia de extranjería...", op. cit., pp. 890.

A su vez se vincula en la práctica con las situaciones en que el ciudadano extranjero carece de una estabilidad de domicilio o territorio, o no tenga domicilio conocido. También se asocia a situaciones de falta de arraigo familiar.

La frecuencia de las presentaciones deberá fijarse atendiendo al principio de proporcionalidad entre los intereses, así como el resto de los presupuestos. En este sentido se ha de destacar el *fumus boni iuris* bajo la visión aproximativa señalada en cuanto al arraigo, pero visto desde el orden social o la vida privada en el seno de la sociedad donde se desarrolla ciudadano extranjero. Es decir, entiendo que la doctrina jurisprudencial antes analizada del TEDH respecto al art. 8 CEDH, en lo que respecta a vida privada, tiene plena vigencia y aplicación en la presente medida.

Respecto a ese análisis proporcional de intereses se ha de tener en cuenta en esta medida la legalidad de los requerimientos fraudulentos de personación, en fraude de ley o como coacción administrativa directa, para comprobación de matrimonios y luego incoar expedientes sancionadores o citaciones para luego realizar detenciones para expulsión¹¹⁹⁶. En este sentido ya se mencionó la STEDH del 5-02-2002, Sec. 3ª, asunto Čonka c. Bélgica, nº 51564/99, la cual señala, que ese ejercicio fraudulento por parte de la autoridad administrativa no debe ser admitido en una sociedad democrática, es un *fumus mali iuris*, una desidia administrativa que vulnera el derecho a la libertad (art. 5.1 CEDH). En fin, la práctica abusiva de convocar a la Comisaria de manera fraudulenta a ciudadanos extranjeros con la finalidad de propiciar su detención (apartados 34-46), es una violación de un derecho fundamental.

Ante estas situaciones las autoridades administrativas superiores al momento de resolver el recurso interpuesto o los órganos jurisdiccionales de lo contencioso- administrativo no deben entrar en el punto de la denominada ponderación de intereses o intereses en conflicto, ni considerar que esta circunstancias no son invalidantes *a prima facie*, ni en el *periculum in mora*, sino sin más proceder a la revocación o levantamiento de la medida cautelar en cuestión o adoptar aquella más adecuada al interesado de acuerdo con ese mal actual de la administración.

Al no definir la norma ante qué autoridad competente hay que presentarse, atendido a la introducción de las nuevas tecnologías en la actividad administrativa y al existir el R.C.E, entiendo que esta medida se puede cumplir y controlar desde cualquier Brigada de Extranjería a nivel nacional, más cercanas a su domicilio con el auxilio de los medios telemáticos.

3.2.1.b)- Residencia obligatoria en determinado lugar.

La presente medida está regulada en el art. 61.1-b) LO 4/00. La misma es una medida coercitiva que afectan derechos de libertad personal, (a pesar de como expondré más abajo el TC haya señalado que no), en cuanto a la libertad ambulatoria, restrictivas de las libertades individuales y de circulación y a su vez tiene rasgos de prevención de control y aseguramiento¹¹⁹⁷.

¹¹⁹⁶ Informe Anual 2019, Defensor del Pueblo. (2020 Vol. I. Informe de gestión), pp. 213-214.

¹¹⁹⁷ STEDH, GS de 23-02-2017, asunto De Tommaso c. Italia, nº 43395/09, análisis sobre restricciones en su libertad de circulación en el sentido del art. 5.1 CEDH en relación con art. 2 del Protocolo nº 4 (libertad de circulación). la amplia discrecionalidad sin establecer una indicación clara del alcance o de la manera de ejercicio de tal discrecionalidad al momento de adoptar la medida.

La presente medida cautelar puede adoptarse en cualquier procedimiento sancionador en sentido general, pero se aplica mayoritariamente en los procedimientos de expulsión de extranjeros. Ha señalado el TC que no vulnera los derechos fundamentales porque se acuerda en el marco de un procedimiento en el que se establecen requisitos y condiciones exigibles a los extranjeros para su entrada y residencia en España y se dirige a asegurar la eficacia de la resolución que se adopte.

Esta medida es mucho más gravosa que la anterior por cuanto es más restrictiva del derecho a la libertad de circulación y a elegir libremente el lugar residencia; debiendo ser adoptada motivadamente ponderando adecuadamente las circunstancias concurrentes, a fin de justificar una restricción de este tipo, que sólo debe proceder cuando la autoridad administrativa tenga serios indicios de la presunta evasión de cumplimiento de la resolución administrativa que se dicte en su momento. Atendiendo a lo antes expuesto la autoridad facultada deberá en este sentido ser más exigente con su nivel de motivación y ponderación de intereses.

La STC Pleno, nº 260/07, analizó la presente medida a partir de la modificación introducida por la LO 8/00 la cual era limitadora de la libertad y la misma era adoptada por una autoridad administrativa sin ningún control e intervención judicial, no estableciendo además ninguna limitación temporal. Al respecto, señala el TC que la medida cautelar impuesta sobre el extranjero consistente en la obligación de residir en un lugar determinado no afecta a la libertad personal del art. 17 CE, sino a la libertad de residencia y circulación art. 19 CE, ratificando toda su doctrina ya comentada sobre este último artículo¹¹⁹⁸.

Dicho lo anterior, se vuelve a insistir en la concepción inamovible del TC sobre el alcance real y verdadero de la dignidad humana y del desarrollo de la personalidad, cuando se expone que la libertad de residencia y circulación no es imprescindible para la garantía de la dignidad humana.

3.2.1.c)- Retirada del pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad, previa entrega al interesado del resguardo acreditativo de tal medida.

La presente medida regulada en el art. 61.1-c) LO 4/00 es de carácter preventivo personal. La misma hay que verla relacionada con el Derecho a la documentación art. 4 LO 4/00, en relación con TÍTULO XIII Documentación de los extranjeros del ROLEX, (art. 205 y ss., y art. 235.6-a), así como con las diligencias de identificación de extranjeros previstas en la LOPSC art. 13.1 en su apartado 2, en relación con art. 16 y 17 de la misma norma; no debiéndose confundir con la regulación actual que tiene la LECrim al respecto¹¹⁹⁹. Estos

¹¹⁹⁸ Se ha de recordar que resumida dicha doctrina significa que personas extranjeras que no poseen la nacionalidad española sólo tienen derecho a residir en España y a circular dentro del territorio nacional cuando se lo otorga por la disposición de una ley o de un tratado o la autorización concedida por una autoridad competente, puesto que la libertad de circulación a través de las fronteras del Estado, y el concomitante derecho a residir dentro de ellas, no son derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana. La doctrina sobre la libertad de residencia y circulación de los extranjeros se puede encontrar en la ya citadas SSTC, Sala 2ª, nº 107/84; Sala 1ª, nº 97/93, de 22-03-1993, BOE nº 100 de 27-04-1993.

¹¹⁹⁹ El artículo 530 LECrim establece, sin distinción de nacionalidad, que se podrá acordar motivadamente la retención de su pasaporte. Esta posibilidad fue introducida inicialmente por la LO 13/03, de 24 de octubre, con motivo de la STC, Sala 2ª, nº 169/01, FJ 8. Caso Scilingo el TC consideró que carecía de cobertura legal suficiente la retención de pasaporte como medida cautelar penal en la investigación de

aspectos se deben delimitar y diferenciar adecuadamente debido a que como veremos más adelante luego convergen identificación, conducción y detención¹²⁰⁰ y las posibles situaciones de vía de hecho.

El citado art. 4 LO 4/00 referente al derecho y deber de conservar la documentación que acredite la identidad del extranjero también hay que verlo en relación con el art. 210 ROLEX (referente a la Tarjeta de Identidad de Extranjero, portación, identificación requerimiento y no privación). El propio art. 4 antes citado, en su apartado tercero define “*los extranjeros no podrán ser privados de su documentación...*” estableciendo la excepcionalidad de salvo en aquellos supuestos y con los requisitos previstos en la propia LO 4/00 y en la LOPSC.

La interpretación sistemática de lo anterior permite la posibilidad de que la autoridad administrativa competente retire el pasaporte o documento acreditativo de la nacionalidad de un extranjero, previa entrega al interesado del resguardo acreditativo de tal medida, si se le ha incoado un procedimiento sancionador de expulsión, con el fin de asegurar la resolución final cuando no se ha procedido a su internamiento¹²⁰¹.

La LOPSC en su Disposición Derogatoria Única, señala “*quedan derogadas cuantas disposiciones, de igual o inferior rango, se opongan a lo dispuesto en esta Ley*”. Ello, parece indicar que las medidas establecidas en la legislación de extranjería al respecto quedan derogadas por la LOPSC. Sin embargo, todo lo contrario, lo anterior nos hace remitir a la Disposición Final Tercera de la propia LOPSC que enumera los preceptos de esa ley que tienen carácter de ley orgánica, entre los que no se encuentra el art. 13 de la misma. Cuestión distinta ocurre con la LO 4/00, cuya Disposición Final Cuarta dota de naturaleza orgánica al contenido de su art. 61. Esto nos conduce al análisis sobre la jerarquía normativa, siendo las dos normas emanadas las Cortes Generales, regulando esos artículos aspectos de la misma materia (art. 81.2 CE). Al respecto se han de tener en cuenta la regulación específica de los preceptos que así lo indiquen, aplicación del principio de especialidad, sobre principio de temporalidad¹²⁰², considerando la LOPSC como una norma general sobre la identificación de extranjeros y la LO 4/00 como norma con diligencia específica de uno de sus procedimientos sancionadores.

La doctrina científica en la materia ha interpretado, por un lado, que la redacción del art. 13.2 LOPSC supone una derogación “*tacita*” del art. 61.1.c) LO 4/00 (ya que la Disp. Derogatoria Única de la LOPSC expresamente dispone la derogación de las normas que “*se opongan a lo dispuesto en esta Ley*”, (en este sentido, se cuenta con la opinión de SÁNCHEZ TOMAS, así como de expertos integrantes de la Subcomisión de Extranjería del CGAE, SOLANS PUYUELO y TORRES RODRIGUEZ.

delitos, ya que solo estaba prevista en el art. 8.3 de la Ley de extradición pasiva para los procedimientos de extradición (FJ 8).

¹²⁰⁰ Sobre la detención en sentido genérico y detención conducción específica para identificación, ha existido históricamente un amplio debate, cuestiones que se abordarán seguidamente. Esta problemática ha sido interpretada concretamente por las SSTC, Sala 1ª, 86/96, de 21-05-1996, BOE nº 150, de 21-06-1996; Pleno, nº 341/93; y de forma específica en la materia en estudio, las ya mencionadas SSTC Sala 2ª, nº 174/99, nº 179/00 y Pleno, nº 53/02, entre otras.

¹²⁰¹ STSJ Cat. Sala (Contencioso), Sec. 3ª, nº 937/18, 31-10-2018, Rec. 388/217, FD 2-3.

¹²⁰² Sánchez Tomás, J. M., (2015). “Sobre la retirada del pasaporte de ciudadanos extranjeros en España”. Informe realizado en el marco del Proyecto I+D+i Iusmigrante (DER 2011-26449). Peña Pérez, A., (2015). “Retirada de Pasaporte como medida cautelar de expulsiones”. <http://extranjeriaiuscogens.blogspot.com>, recuperado 2-07-2016.

A nuestro juicio siguen siendo aplicables los preceptos de la LO 4/00 relativos a la medida cautelar de retirada del pasaporte o documento acreditativo de la nacionalidad a una persona extranjera en situación irregular en España, incoado un procedimiento de expulsión¹²⁰³. Otra cosa distinta es que dicha práctica de las Brigadas de extranjería no se realizan de forma análoga en todo el país, pero por lo general la medida se adopta en los procedimientos preferentes y ordinarios de expulsión.

La interpretación literal de la LOPSC¹²⁰⁴ señala de forma prohibitiva que “*los extranjeros no podrán ser privados de su documentación de origen salvo en el curso de investigaciones judiciales de carácter penal*”, es decir, habla de “*privación*” en el curso de la “*Acreditación de la identidad de ciudadanos extranjeros*”, entiendo de acuerdo con la sistematización de la norma, a los fines y objetivos de la misma, que ello responde al momento de la detención e identificación del ciudadano extranjero, es decir, el agente actuante no puede privar al ciudadano extranjero en ese momento de la detención de su identificación, sino que ha de ser en las investigaciones judiciales que den origen a dicha intervención. Define por demás en qué tipo de jurisdicción ha de ser aplicada dicha privación, la jurisdicción penal, así las cosas, ha de ser el juez instructor el que aplique la medida cautelar de retirada de pasaporte, según art. 530 LECRIM a través de una resolución judicial motivada. Lo anterior también se interpreta del propio art. 13.3 de la LOPSC que señala que los extranjeros estarán obligados a exhibir la documentación mencionada en el art. 13.1 y permitir la comprobación de la misma.

Lo anterior conduce a los arts. 16 y 17 LOPSC identificación de personas (art.16.2 compulsión personal, se ha de ver en relación con el art. 104 LPACAP) y el control en las vías o lugares públicos requerimiento de documentación que en ningún caso permite los requerimientos de identificación¹²⁰⁵ a efectos de verificar cumplimiento de la situación de irregularidad migratoria¹²⁰⁶. De la jurisprudencia citada se constata que el

¹²⁰³ STSJ Asturias, Sala (Contencioso) nº 898/17, de 13-11-2017, Rec. 260/17, FD 2. STSJ Cant. Sec. 1ª, Sala (Contencioso), Sec. 1ª, nº 697/12, de 25-09-2012, Rec. 191/12.

¹²⁰⁴ Téngase en cuenta que la propia LOPSC en su Disposición Final II señala que la Disposición Final IV de la Ley Orgánica 4/2000 se modifica y queda redactada del siguiente modo “*tiene naturaleza orgánica...*” una serie de preceptos citados en la misma siendo los de nuestro interés de investigación el 4.1 y el art 61. Por tanto, ello quiere decir que dichos artículos tienen naturaleza orgánica. Mientras que el art. 13 LOPSC tiene carácter ordinario atendiendo a su propia Disposición Final III.

¹²⁰⁵ Sánchez Tomás, J. M., (2015). *Las Estrategias de Defensa en las Vistas de Internamiento. Medidas cautelarisimas*. Conferencia impartida en ICAV Valencia, 21-04-2015. Valencia: ICAV. En igual sentido se puede ver Circular 2/2012, de la DGP: Tercero: “*(...) se resalta la improcedencia de trasladar a aquéllos a las dependencias policiales por el mero hecho de que en la diligencia de identificación se constate su estancia irregular en España, siempre que se haya comprobado su identidad mediante documento oficial o documento que se considere válido y suficiente al efecto y aporte domicilio susceptible de comprobarse o que pueda ser comprobado en el momento de la identificación. En este supuesto, se informará al afectado de que se dará cuenta a la autoridad gubernativa al objeto de dar cumplimiento, en su caso, a las previsiones legales del Título III de la Ley Orgánica 4/2000, relativo a las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador.*”

¹²⁰⁶ En este sentido la complejidad del tema también sobrepasa nuestras fronteras, (p. ej.), STJUE GS, asunto Achughbadian, c. Francia, C-329/11 (la ley francesa permite también llevar a cabo controles de identidad en la vía pública, atendiendo a sospechas de comisión de delito, apdo del 17-20). STJUE GS, asuntos Aziz Melki y Sélim Abdeli, c. Francia, C-188/10 y C-189/10, controles de identidad en fronteras interiores de acuerdo con ley francesa, en espacio de 20 km en fronteras con otros EM, señalando que dicha norma se opone al DUE. El grado de complejidad del análisis se centra, en que el TJUE expone dos criterios diferentes, i) control por delito y ii) es un supuesto control de fronteras. El TJUE también distingue y matiza, las diferencias entre estos tipos de controles en fronteras exteriores e interiores de los EM. STJUE, Sala 2ª

propio TJUE, asume diferentes posiciones interpretativas en correspondencia con las circunstancias de los hechos.

La actuación o intervención de los Cuerpos Policiales al momento de la “*Acreditación de la identidad de ciudadanos extranjeros*”, como se ha observado es una cuestión que requiere el examen de varas arista: i) identificación por indicios de criminalidad penal, de no estar presente dichos indicios la intervención o privación del documento de origen sería totalmente nula, arbitraria y contraria a derecho; ii) identificación por indicios de infracción en materia de extranjería –materia sancionadora-, los actuantes darán traslado conducirán¹²⁰⁷ al grupo operativo de la Brigada Extranjería correspondiente para la incoación del procedimiento sancionador que corresponda. En su caso y de acuerdo con las actuaciones del instructor del procedimiento sancionador de extranjería adoptará la

de 19-07-2012, asunto Atiqullah Adil, C-278/12, en este último, el Tribunal estimo que el DUE no se opone a los controles en fronteras interiores e identificación de personas con objeto de comprobar si las personas detenidas cumplen los requisitos de estancia legal que se aplican en el EM de que se trate, cuando los antedichos controles se basan en la información general y la experiencia obtenidas en materia de estancia irregular de personas en el lugar en que deba efectuarse el control, cuando también pueden realizarse en una medida limitada con el fin de obtener dicha información general y dicha experiencia en esa materia, así como, cuando su ejercicio está sujeto a determinadas limitaciones, en particular, por lo que respecta a su intensidad y frecuencia. STJUE, Sala 1ª, asunto A., C-9/16, en su parte dispositiva segunda, señala que nada se opone al DUE que una normativa de un EM permita que los servicios de policía de dicho EM efectúen, a bordo de los trenes o en el recinto de las instalaciones ferroviarias de ese EM, controles de identidad de cualquier persona o de los documentos que permiten cruzar la frontera, y puedan dar el alto e interrogar a cualquier persona a tal fin, cuando esos controles se basan en el conocimiento de la situación o en la experiencia de la policía fronteriza, siempre que el ejercicio de tales controles quede sujeto en el Derecho nacional a precisiones y limitaciones que determinen la intensidad, la frecuencia y el carácter selectivo de tales controles, extremo que incumbe comprobar al órgano jurisdiccional remitente.

¹²⁰⁷ Análisis especial merece el art. 16.2 LOPSC que regula el polémico y ya consagrado traslado a efectos de identificación; cuestión que entendemos que con la actual redacción se debe reducir a la mínima expresión atendiendo a que la norma señala que dicha comprobación de la identificación se puede realizar por cualquier medio posible (incluida la vía telemática o telefónica). El requerimiento a los ciudadanos que acompañen a los Agentes de la Autoridad a una dependencia policial a efectos de identificación exige la concurrencia de los requisitos, i) que la identificación no haya podido lograrse en el lugar donde se haga el requerimiento, sea por no llevar un documento que acredite suficientemente la identidad o por cualquier otra circunstancia que permita conocer de qué persona se trata. Agotarse todos los medios que puedan servir para identificar a la persona o personas requeridas, *in situ*, ii) Esta "invitación" al ciudadano sólo podrá efectuarse en dos supuestos: para impedir la comisión de un delito o para sancionar una infracción administrativa que ya se ha cometido, iii) la dependencia policial a la que se trasladen al extranjero deberá contar con los medios necesarios para la realización de las diligencias de identificación y no realizarse otras prácticas, iv) durará tan sólo el tiempo imprescindible para lograr el objetivo propuesto. Cambian las circunstancias si de dicha identificación no logra materializarse por ninguna vía posible la identificación o bien si la persona se negase a identificarse, en este caso los agentes, para impedir la comisión de un delito o al objeto de sancionar una infracción, considerando que ello serán las únicas circunstancias en que los agentes y cuerpos de seguridad del Estado podrán requerir a quienes no pudieran ser identificados a que les acompañen a las dependencias policiales más próximas en las que se disponga de los medios adecuados para la práctica de esta diligencia, a los solos efectos de su identificación y por el tiempo estrictamente necesario, *que en ningún caso podrá superar las seis horas*. Este plazo máximo de duración ha sido introducido por la LOPSC con la intención de limitar la actuación policial consistente en identificar al sujeto en dependencias policiales. Otra cosa será la determinación del momento *a quo* para contabilizar dichas horas, atendiendo a que dicho plazo incluiría no solo la permanencia en las dependencias policiales en aras de la comprobación de la identificación, sino también el tiempo transcurrido en el desplazamiento, que en ocasiones y en el caso de grandes ciudades puede ser significativo, evitando con ello, que los agentes encargados de dicho traslado puedan tener a una persona dando vueltas por vía pública sin fundamento alguno. En definitiva, el tiempo estrictamente necesario, nunca superior a las seis horas, transcurrido desde el requerimiento al acompañamiento hecho en la vía pública.

medida cautelar “*retirada*” del pasaporte. Llegados a este punto ello deberá ser con la resolución administrativa correspondiente a través del procedimiento administrativo sancionador y la adopción de la medida cautelar de forma motivada.

Expuesto lo anterior, de no cumplirse las circunstancias antes descritas y el actuar *prima facie* de la autoridad sobrepasa dichos límites (vía de hecho) existen motivos suficientes para la solicitud de la nulidad de las actuaciones. De ser ello así, como he sostenido inicialmente puede dar lugar a la solicitud de una medida cautelar de suspensión o devolución de dicho documento originario atendiendo a la intensidad del *fumus boni iuris*, así como la intensidad del mal actuar de la Administración. Se produce un debilitamiento del *periculum in mora*. La valoración de la proporcionalidad de los intereses en conflicto deberá estar dirigida a determinar si ese actuar ha sido correcto o excesivo, así como el grado de afectación que se le pudo haber creado al particular al efecto.

Otras circunstancias distintas, (p. ej.), solicitud inicial de circunstancias excepcionales (arraigo social) donde es preceptiva la presentación de pasaporte y el mismo se encuentra retirado como medida cautelar al existir previamente la incoación y tramitación de un expediente sancionador. La autoridad administrativa, en este caso las Brigadas de Extranjería no proceden a la devolución del citado documento. En este tipo de supuesto, al existir un cambio de circunstancia, lo procedente la solicitud del levantamiento de dicha medida cautelar, y en todo caso si el órgano instructor entiende y considera necesario asegurar la finalidad de la ejecución del acto puede tomar otra de las medidas establecidas en la norma como pueden ser las ya estudiadas, presentación periódica ante las autoridades competentes o residencia obligatoria en determinado lugar.

3.2.1.d)- Detención cautelar por la autoridad gubernativa o sus agentes. Internamiento.

3.2.1.d)-1- Consideraciones previas.

Antes de realizar el análisis de las medidas de detención cautelar por la autoridad gubernativa o sus agentes e internamiento, se hace necesario realizar una aproximación a las cuestiones generales sobre la detención cautelar y el internamiento¹²⁰⁸. Estas cuestiones son de trascendencia para cuando se estudien cuestiones, tales como, la definición de domicilio o “*acto originario impugnado*” para la solicitud de una medida cautelarísimas del art. 135, en relación con el art. 14.1 regla Segunda, ambos de la LJCA

¹²⁰⁸ Santos Pérez, M. L., (2019). “¿Da el Estado la medida en el tratamiento del problema de los extranjeros indocumentados? Algunas consideraciones sobre los centros de internamiento desde el punto de vista de la justificación de la pena”, en VV.AA. Á Solanes Corella. (Dir.). *Discriminación, racismo y relaciones interculturales*. (241-261). Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi. Soler García, C., (2019). *Los límites a la expulsión de extranjeros...*, op. cit., pp. 321-400. Castilla Juárez, K.A., (2018). *¿Detención por motivos migratorios?* ...op. cit., pp. 143-190. En este sentido se ha de distinguir aquellos extranjeros que solicitan asilo, refugio o protección subsidiaria, donde la detención según el art. 21.1 y 21.3 LO 12/09, es de 4 días. Estos plazos como veremos difieren de los establecido en la LO 4/00. En este sentido se ha de recordar la ya citada jurisprudencia del TC respecto a la detención en general, la detención para expulsión y la detención en frontera ante solicitudes de asilo o protección subsidiaria, todas cumpliendo los requisitos del art. 17.2 CE (dicha jurisprudencia será nuevamente recordada más adelante). En igual sentido se ha de tener presente lo señalado en cuanto a la diferencia de los internamientos en estos dos supuestos, las Directivas no transpuestas al efecto (Directivas 2013/32/UE y 2013/33/UE, BO de las Cortes nº 57 de 13-02-2017) y la jurisprudencia citada del TJUE (VL c. España C-36/20; Samba Diouf C-69/10; Arslan c. República Checa C-534/11; M.G. y N.R C-383/13; Gnandi C-181/16 y C y J, S c. Países Bajos C-269/18 PPU). Lo dicho y lo que se analizará en estos epígrafes se retomará más adelante en cuanto a las medidas del art. 135.2 LJCA y su levantamiento.

A su vez, como veremos la naturaleza jurídica tanto de la detención cautelar, como del internamiento actualmente continúa siendo objeto de debate¹²⁰⁹.

No es objeto en este trabajo realizar una clasificación de la detención y sus tipos¹²¹⁰. Lo cierto es que la detención e internamiento de personas extranjeras para su posterior expulsión, o como ya he señalado para su devolución o prohibir su entrada, está prevista en distintas normas internacionales¹²¹¹, como botón de muestra, los ya citados art. 13 PIDCP y art. 5.1 f) CEDH¹²¹², o la Resolución 43/173, de 9-12-1988 de la ONU (Principios para la protección de personas detenidas o en prisión). En similares términos se pronuncia los arts. 6 y 19 CDFUE, concretamente la Directiva 2008/115/CE en su art. 8.4, establece que los EM utilicen como último recurso las medidas coercitivas para llevar a cabo la expulsión¹²¹³. Lo anterior es tenido en cuenta en nuestro derecho interno por imperativo del art. 10.2 CE, en relación con el art. 17 y 25 ambos de la CE¹²¹⁴. A pesar de ello, nuestro derecho interno ha sido sometido a múltiples críticas siendo en lo que aquí nos interesa una de ellas, lo referente a las garantías jurisdiccionales en dichas figuras jurídicas de naturaleza jurídica propia e independientes, señalándose que las mismas son

¹²⁰⁹ Se ha de recordar y así lo señala Martínez Pardo, V. J., (2006). *Detención e internamiento de extranjeros...*, op. cit., pp 273-ss, referenciando a Gimeno Sendra y Moya Escudero, Campo Cabal (entre otros), que dicho debate existe encontrando en la doctrina distintas posturas sobre la naturaleza jurídica de esta detención, si es una detención atípica, o una compulsión forzosa necesaria para ejecutar un acto administrativo, o una verdadera medida asegurativas con las garantías en derecho para la ejecución.

¹²¹⁰ Lora Crovetto, M., (2017). *La realidad de los CIE en España: ...*, op. cit., pp. 266-272. En similares terminos, Martínez Pardo, V. J., (2006). *Detención e internamiento de extranjeros...*, op. cit., pp. 237-297.

¹²¹¹ Barbero González, I., Fernández de Valderrama, C. B., Arrese Iriondo, M. N., & González Murua, A. R. (2017). *Defensa de los Derechos Fundamentales ante la Detención, Internamiento...*, op. cit., pp. 145-149. Castilla Juárez, K.A., (2018). *¿Detención por motivos migratorios? ...*, op. cit., pp. 143-190. La STC, Pleno, nº 115/87 declaro desde ese entonces la constitucionalidad del internamiento de extranjeros, ratificando su doctrina en las SSTC 144/90, de 26-09-1990; Sala 1ª, nº 12/94 de 17-01-1994, BOE nº. 41, de 17-02-1994, FD 5; Sala 2ª, nº 96/95, de 19-06-1995, BOE nº 175, de 24-07-1995 y Sala, nº 182/96, de 12-11-1996, BOE nº 303 de 17-12-1996. Sala 1ª, nº 224/98, de 24-11-1998, BOE nº 312 de 30-12-1998, si las averiguaciones por las cuales se efectúa la detención concluyeren antes de cumplirse este plazo máximo de 72, se deberá poner en libertad o a disposición judicial.

¹²¹² Arrese Iriondo, M. N., (2015). “Artículo 5. Derecho a la libertad y...”, op. cit., 113-202. Díaz Crego, M., (2012). “Derecho de extranjería y jurisprudencias...”, op. cit., pp. 407-408. SSTEDH, Sala de 18-12-1986, asunto Bozano c. Francia, nº 9990/82 apdo. 54; Sec. 3ª de 6-03-2001, asunto Dougoz c. Grecia, nº 40907/98, apdo. 55; Sec. 1ª de 12-03-2003, asunto Ocalan c. Turquía 46221/99, apdo. 86; Sec. 2ª de 25-01-2005, asunto Singh c. República Checa, nº 60538/00, apdo. 61; Sec. 1ª de 24-01-2008, asunto Riad e Idiab c. Bélgica, nº 29787/03, 29810/03, 628973/03, apdo. 78.

¹²¹³ En este sentido la ya citada pero importante STJUE, asunto VL c. España, C-36/20, apdo. 105. SSTEDH, Sec. 1ª de 11-02-2010, asunto Raza c. Bulgaria, nº 31465/08; Sec. 1ª, de 17-10-2014, asunto Kim c. Rusia, nº 44260/13, donde también se analiza las detenciones prolongadas e indefinidas.

¹²¹⁴ Garrido Falla, F., (1980). “Comentario al artículo 25.3 de la Constitución”, en VV.AA. *Comentarios a la Constitución*, Madrid: Civitas, p. 23. Caballol Angrill, M., (1990). “El reconocimiento constitucional de la potestad sancionadora de la administración. Límites establecidos en el artículo 25.1 de la Constitución”. *Autonomies Revista catalana de dret públic*. (nº 11), pp. 115-130. En este sentido el TC también ha considerado que la presente medida cautelar no es contraria a la Constitución (STC, Pleno, nº 115/87). Asimismo, como se ha señalado, la doctrina constitucional ha establecido, que no toda compulsión personal constituye detención preventiva, pues al margen de esta situación se encuentran otras situaciones jurídicas de sujeción o compulsión personal. (Recuérdese en este sentido las SSTC, Pleno, nº 341/93; Sala 2ª, nº 174/00, nº 179/99, respecto al alcance e interpretación del art. 24 y 25 CE, principio de legalidad penal, extendido al derecho administrativo sancionador, en este sentido se ha de tener presente, la histórica STC, Sala 1ª, nº 18/81 y Sala 1ª, nº 50/03, de 17-03-2003, BOE nº 91 de 16-04-2003, entre otras.

poco respetuosas con el principio de la independencia judicial y sumisión exclusivamente al imperio de la ley (art. 117.1 CE y 1 LOPJ)¹²¹⁵.

La actual controversia se sigue sustentando sobre la base del art. 25.3 CE y el art. 29.1 Ley 40/15, que establecen la prohibición de la administración de imponer sanciones de privación de libertad. No obstante, a ello, como se ha señalado reiteradamente en este trabajo, la STC, Pleno, n.º 115/87 esclareció estos particulares interpretativos sobre el art. 25.3 CE, respecto a esta medida en el procedimiento sancionador de extranjería los cuales encuentran vigentes hasta hoy¹²¹⁶.

Dicho lo anterior, especial referencia requiere las medidas señaladas en relación con el principio “*favor libertatis*”, el principio de proporcionalidad, el juicio de necesidad y la tutela cautelar eficaz y efectiva¹²¹⁷.

No obstante a lo anterior, como se ha dicho *ut supra* es necesario recordar y distinguir que detención, detención cautelar e internamiento; las tres son figuras jurídicas de naturaleza jurídica independientes¹²¹⁸. Como mismo señala el art. 61 LO 4/00 en el caso detención cautelar e internamiento son concebidas por la ley para ejecutar un mismo acto, una expulsión, una devolución o una prohibición de entrada. Siendo cierto que la aplicación de ambas medidas a las figuras jurídicas descritas hace que sus características y naturaleza jurídica varíe en determinados aspectos concretos, precisamente porque la expulsión, devolución y prohibición de entrada, como hemos visto son de naturaleza jurídica diferente. Ello puede inducir a pensar que nos encontramos ante tres clases de detenciones cautelares o tres tipos de internamientos diferentes, atendiendo a los distintos supuestos y efectos diferentes de cada uno de ellos, pero ello no es así, se produce la detención o el internamiento indistintamente para la ejecutoriedad de cualquiera de los

¹²¹⁵ Peces Morate, J. E., (2001). “Garantías jurisdiccionales para los extranjeros. Medidas cautelares en el proceso”, en VV.AA. J. M. Álvarez-Cienfuegos Suárez. (Coord.). *Cuadernos de Derecho Judicial. Dedicado a: Reflexiones sobre la nueva Ley de Extranjería*. (n.º 8, pp. 213-258). Madrid: CGPJ. En este sentido el autor señaló, “cuando en el ejercicio de la potestad jurisdiccional los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo revisan la legalidad de los actos y disposiciones de las Administraciones Públicas interpretan y aplican normas reglamentarias, pero lo hacen desde su cometido de control jurisdiccional, mientras que en los aludidos preceptos reglamentarios se señala al Juez cuándo y cómo debe ejercer su función de garante, lo que no parece acorde con su condición de ejerciente de un poder del Estado, entre cuyos cometidos está el de controlar la potestad reglamentaria del Ejecutivo, por lo que considero que sobran del Reglamento de Ejecución de la Ley de Extranjería todos los preceptos relativos al cometido garantista de los Jueces de Instrucción”, pp. 230-232.

¹²¹⁶ Precisamente desde el dictado de la citada sentencia hasta el presente han sido varios los comentarios a favor y en contra de esta, ello extensivo a la medida de internamiento. En este sentido encontramos criterios como los de: Villaverde Menéndez, I., (2004). “El régimen jurídico-constitucional de la detención e internamiento de los extranjeros con ocasión de su expulsión del Estado”, en M. Á. Presno Linera. (Coord.). *Extranjería e inmigración: aspectos jurídicos y socio económicos*, (pp. 147-197). Valencia: Tirant lo Blanch. Martínez Pardo, V., (2006). *Detención e internamiento de extranjeros...* op. cit., pp. 237-297, justifican la postura formalista de la medida y la interpretación dada es correcta en cuanto a su análisis formal. Mientras que Tomé García, J., (2006). *Intervención de juez penal en la expulsión de extranjeros*. Madrid: Colex, pp. 39-41. Benito López, R., (2011) “Centros de Internamiento para Extranjeros, privación de libertad sin garantías”, *Corintios XIII*, (n.º 137-138), pp. 299-322. Martínez Escamilla, M., (2009). ” Inmigración, Derechos Humanos y Política Criminal: ¿Hasta dónde estamos dispuestos a llegar?”. *InDret*, (n.º 3), [http:// indret.com](http://indret.com), recuperado 22-06-2018, p. 27. Granero Sánchez, H. V., (2011). *El Extranjero y el Derecho a la Libertad Personal. La Detención Cautelar...* op cit, y Lora Crovetto, M. (2017). *La realidad de los CIE en España: ...*, op.cit, p. 360, manifiestan una posición contraria

¹²¹⁷ SSTC 32/87 y 34/87, ambas del Pleno del TC, BOE n.º 71, de 24-03-1987.

¹²¹⁸ Lora Crovetto, M. J., (2017). *La realidad de los CIE en España: ...*, op.cit. p. 328.

tres actos, por lo que el control del cumplimiento de las garantías y respeto de los derechos fundamentales¹²¹⁹, tanto para la detención como para el internamiento son iguales, conllevando este último un *plus* de control y autorización judicial.

A su vez se ha de tener presente que la actual LO 4/00 a lo igual que sus antecesoras no tiene definido un catálogo de derechos o garantías sobre la detención del extranjero. Es decir, los derechos y garantías procesales del extranjero detenido o sometido al internamiento no tienen una especificidad propia, ya que se encuadran genéricamente dentro de la protección procesal de los derechos fundamentales de las personas, (art. 13.1 y 24 CE y art. 3.1 LO 4/00) y en las leyes procesales penales¹²²⁰. Cuestión distinta es lo referido a su suspensión, modificación o levantamiento, ya que su control jurisdiccional va sobre los fines distintos de las figuras jurídicas mencionadas.

3.2.1-d)-2- Detención cautelar.

Acotado las cuestiones generales anteriores se procederá a analizar de forma individual la medida de detención cautelar por la autoridad gubernativa o sus agentes por un período máximo de 72 horas. La misma está regulada en el art. 61.1, d) LO 4/00, su naturaleza jurídica es una medida coercitiva que afectan derechos de libertad personal. A partir de ello se ha de precisar y distinguir el momento concreto de la identificación- conducción-detención¹²²¹. Anteriormente se ha expuesto sobre los dos primeros – identificación/conducción- pueden constituir *prima facie* una causa de nulidad o razón invalidante¹²²² la cual debe ser alegada en el correspondiente recurso para la suspensión o solicitud de una medida o su modificación o levantamiento.

¹²¹⁹ Martínez Pardo, V. J., (2006). *Detención e internamiento de extranjeros...*, op. cit., pp. 504-512. Concretamente se ha de tener en cuenta en estos aspectos que lo referenciado responde a otro momento de vigencia de la ley de extranjería y otro reglamento.

¹²²⁰ Sobre el posible paralelismo entre la detención cautelar e internamiento con figuras similares en la LECrim, prisión provisional, se puede estudiar Del Río Fernández, L. J., (2001). “Detención e internamiento de extranjeros: Estatuto jurídico”, *Diario La Ley* nº 5422 y 5423, de 20 y 21 de noviembre 2001. En igual sentido STC, Sala 1ª, nº 144/90.

¹²²¹ González Pérez, J., (2009). *El principio general de la buena fe...*, op., cit., pp. 26-28, 30-33, 35 y ss., 60-61. Villaverde Menéndez, I., (2004). “El régimen jurídico-constitucional de la detención e internamiento de los extranjeros...”, op. cit., pp. 147-197. Respecto al momento de la detención y su asentamiento en los registros de control, con todos los datos, hora, motivo, lugar, etc., son elementos indispensables y necesarios para poder llevar a cabo el control de las garantías sobre detención, en este sentido se pueden estudiar SSTEDH, Sec. 1ª de 4-12-2014, asunto Navalnyy y Yashin c. Rusia, nº 76204/11, apdo 94 y 95; Sec. 1ª, de 21-06-2011, asunto Efremidze c. Grecia, nº 33225/08, apdo. 52; Sec. 1ª de 17-06-2010, asunto Kolesnik c. Rusia, apdo. 80, de la Sec. 4ª, de 26-07-2011, asunto M. y otros c. Bulgaria, nº 41416/08, apdo. 61 y de la Sec. 2ª de 13-04-2010, asunto Ranjbar y otros c. Turquía, nº 37040/07 apdo 42 y 43. De todas ellas se pueden obtener como denominador común, el control que han de tener las autoridades respecto a las detenciones y en caso, de que exista controversia y el Estado no es capaz de demostrar cuándo fue arrestada la persona, el beneficio de la duda es dado al detenido. Es obligación de las autoridades registrar y facilitar los datos relativos a las detenciones de las personas. De igual forma se establece que en el contexto de la privación de libertad de una persona, se espera que el Estado actúe de buena fe no ocultando la intención de materializar la detención, de manera que las personas puedan actuar para defender su libertad. STC, Pleno, nº 236/07, FD 15, sobre la detención. Así como SSTC, Sala 2ª 107/85 de 7-10-1985, BOE nº 265 de 05-11-1985; Sala 1ª, nº 98/86, de 10-07-1986, BOE nº 175 de 23-07-1986, FD 4; Pleno, nº 115/87, FJ 1, detención preventiva por parte de autoridad gubernativa; Sala 2ª, nº 174/99, FD 4, no toda compulsión personal constituye detención preventiva.

¹²²² SSTC, Sala 1ª, 86/96; Pleno, nº 341/93. De forma específica en la materia en estudio, las ya mencionadas SSTC, Sala 2ª, nº 174/99, nº 179/00 y Pleno, nº 53/02, entre otras, lo cual nos permitirá tener en cuenta aquellos requisitos y garantías que precisamente determinan la nulidad o razones invalidantes.

Como es conocido y definido por la jurisprudencia antes citada las limitaciones de la libertad deben ser siempre calificadas de la forma que estén prevista en la ley, cumplir las exigencias de la misma, así como garantizar los derechos de defensa, entre ellos, el derecho a ser informados de la causa de la detención, a la asistencia letrada (art. 22 LO 4/00), asistencia de un intérprete y ser comunicada su situación al Consulado del país de origen -Convención de Viena sobre Relaciones Consulares art. 36.1-b)-c)-, no se deben realizar¹²²³ actos de identificación y detención atendiendo a criterios discriminatorios, raza, sexo, etnia¹²²⁴. Ello a su vez está en correspondencia con la Directiva 2008/115/CE y la interpretación dada por el TJUE respecto a la ejecución forzosa de la expulsión.

Se puede resumir conceptualmente que la detención administrativa es aquella que se realiza al margen de los supuestos que permite la LECrim, para el cumplimiento forzoso de una resolución administrativa firme. Según la legislación española, cabe la detención administrativa/civil básicamente en dos supuestos: i) cuando se trata extranjeros cuya entrada o permanencia en España no se ha realizado conforme a la legalidad. En este supuesto cabría la detención por parte de la autoridad o agentes de la misma para iniciar el correspondiente expediente administrativo que culmina con su expulsión del territorio nacional, prohibición de entrada devolución, retorno coactivo en frontera; ii) cuando se trata de enfermos por trastorno psíquico, al amparo de lo que dispone el LEC¹²²⁵, con el fin de internarlos en centros habilitados al efecto. (Sobre este último aspecto pero relativo a extranjeros se analizará específicamente dentro de las medidas de internamiento por razones de enfermedad psiquiátrica, punto 3.2.1.f)-1-d-4).

Es necesario puntualizar que respecto a la detención por plazo de 72 horas se deben distinguir 3 supuestos fundamentales: i) aquellos que lleva incoación de expediente

¹²²³ Recomendación 17/12, de 31-01-2012, Defensor del Pueblo, formulada a la DGP del Ministerio del Interior, para que se impartan las instrucciones oportunas con el fin de erradicar la práctica de controles de identificación basados en perfiles étnicos y raciales y para que se arbitren mecanismos de control a posteriori, que permitan verificar el número y la motivación de las identificaciones realizadas en la vía pública por funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía (11008455). Rechazada. Ante las reiteradas críticas, denuncias y condenas a España en fecha 16-05-2012, se emitió por la DGP la Circular 2/12 la cual trata lo procedimientos de identificación.

¹²²⁴ Pacheco Torralva, P., (2017). “Sociedad, multiculturalidad y policía: La prevención de perfiles étnicos y conductas discriminatorias”, en A. Solanes Corella. (Ed.). *Derechos humanos, diversidad y convivencia: Actas del III Congreso internacional MULTIHURI*. (pp. 4-15). Valencia: Instituto de Derechos Humanos de la Universitat de Valencia. Tomé García, J., (2014). *Internamiento preventivo...*, op. cit., pp. 140-142. García Añón, J., Bradford, B., García Sáez, J. A., Gascón Cuenca, A., Llorente Ferreres, A., (2013). *Identificación Policial por Perfil Étnico en España. Informe sobre experiencias y actitudes en relación con las actuaciones policiales*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 39-42, 46-56, 92-96, 106-108. Dictamen del CDHONU de 17-08-2009 sancionador contra España, asunto Rosalind Williams Lecraft, sobre los controles de identificación, condenando a España por discriminación racial (Comunicación nº 1493/2006), CDHONU 96º período de sesiones 13 a 31-07-2009. ONUBI. (apdo. 7.2-4). En este sentido se puede ver STC, Sala 2ª, nº 13/01 de 29-01-2001, BOE nº 52 de 01-03-2001, interpretación del art. 14 CE y art. 14 CEDH, del propio asunto de Rosalind Williams. Dicha sentencia hace referencia a la doctrina del TC sobre la igualdad y no discriminación, prohibición de discriminación encubierta. Requerimiento policial de identificación practicado atendía a determinadas características físicas o étnicas que concurrían en su persona al ser de color negro. El control de identificación se declara no discriminatorio ante la inexistencia de criterios raciales en su ejercicio.

¹²²⁵ Art. 763 LEC “*El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento*”.

sancionador de expulsión generalmente procedimiento preferente, aunque ello no quiera decir que para los procedimientos ordinarios no se realice de igual forma. En el caso del primero, el preferente, a través de dicha detención se proceda a la solicitud de medida cautelar de internamiento, ii) aquellos que ya tengan notificada la resolución de expulsión y que se proceda a la detención para la ejecución de la misma en el plazo de 72 horas y de no ser posible solicitud de internamiento; iii) consistente en los casos de prohibición de entrada, denegación de entrada y devolución en puesto fronterizo habilitado al efecto. De no producirse dicha devolución dentro de las 72 horas se procederá para dejar en libertad o solicitar la medida de internamiento correspondiente. (Prohibición de entrada art. 60.4 LO 4/00, denegación de entrada art. 15.3 y 4 del ROLEX procedimiento de devolución, art. 58.6 LO 4/00, en relación con el art 23.4 del ROLEX).

A su vez el art. 64.1 y 4 LO 4/00, se refieren también a la detención del extranjero. El primero al indicar que una vez expirado el plazo de cumplimiento voluntario sin que el extranjero haya abandonado el territorio nacional, se procederá a su detención y conducción hasta el puesto de salida por el que se deba hacer efectiva la expulsión, mientras que el inciso 4 se refiere a la detención cuando exista resolución de expulsión por un EM de la UE. En correspondencia con lo anterior el ROLEX en su art. 246.3 regala en sentido general también esta detención al señalar que, “*Transcurrido dicho plazo sin que el extranjero haya abandonado el territorio nacional, los funcionarios policiales competentes en materia de extranjería procederán a su detención y conducción hasta el puesto de salida por el que haya de hacerse efectiva la expulsión*”.

En igual sentido el art. 237 ROLEX, dentro del procedimiento preferente se señala: “*La incoación del expediente, las medidas cautelares de detención y de internamiento y la resolución de expulsión serán comunicadas [...]*”.

En fin, el concepto detención para fines de ejecución de una orden de expulsión, devolución, prohibición entrada, es una detención especial (cautelar) amparada tanto, en la LO como en su ROLEX, siendo a su vez amparado constitucionalmente (art. 17.1 de la CE), existiendo en todo caso un mecanismo de control contra aquellos exceso que puedan existir en dicha detención o violación del principio de limitación temporal (plazo relativo y plazo máximo absoluto, tiempo indispensable para realizar las oportunas pesquisas dirigidas al esclarecimiento¹²²⁶); por el procedimiento de “*Habeas corpus*”¹²²⁷ en relación con aquellos supuestos de prolongada detención o tiempo imprescindible¹²²⁸

¹²²⁶ STC, Sala 2ª, nº 95/12, de 07-05-2012, BOE nº 134, de 05-06-2012.

¹²²⁷ LO 6/84, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de *Habeas Corpus*. BOE nº 126, de 26-05-1984. Sobre este procedimiento existe una amplia literatura y jurisprudencia que como veremos a continuación se aplica a los supuestos de detención ilegales de extranjeros. No obstante, se acota que no será objeto de estudio dicho procedimiento. Dicha institución jurídica aplicada al derecho de extranjería puede ser estudiada en Lora Crovetto, M. (2017). *La realidad de los CIE en España: ...*”, op. cit. pp. 325-329. Tomé García, J., (2014). *Internamiento preventivo...*, op. cit., 164-165. Martínez Pardo, V. J., (2006), “Las privaciones de libertad de los extranjeros y el derecho de «habeas corpus»”. *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana: jurisprudencia seleccionada de la Comunidad Valenciana*. (nº 18), pp. 49-75.

¹²²⁸ STC, Sala 2ª, nº 179/00, FD 3-5. La detención en zona de tránsito de un aeropuerto es una situación de privación de libertad, ello para la ejecución de un acto administrativo que conlleva adoptar medidas de compulsión personal en la forma previstos en la ley y de conformidad con el principio de limitación temporal. STC, Sala 1ª, nº 12/94 de 17-01-1994, BOE nº 41, de 17-02-1994, FD 6, corresponde al Juez del “*habeas corpus*” examinar en cualquier caso el *fumus boni iuris* que justifica la adopción de toda medida de privación de libertad.

y como es lógico antes de la toma de decisión de la autoridad judicial competente, (juez instructor), quien deberá distinguir si es una situación de compulsión o sujeción personal, es decir, si es una devolución, una prohibición de entrada o una detención inicio expediente sancionador o para ejecución del acto. En todo caso si las autoridades administrativas estiman que la ejecución de la orden de expulsión o devolución no va a ser posible dentro de dicho plazo, deberán poner al detenido bajo disposición judicial, a fin de que el Juez competente determine si es viable su internamiento en un CIE, mientras se realizan los trámites respectivos.

En sentido general contra la medida de detención cautelar por 72 horas para ejecutar el acto se podrá interponer varios recursos: i) el *Habeas corpus*, en relación con aquellos supuestos de detención arbitraria, prolongación de la misma en relación con el tiempo imprescindible; ii) solicitud de medida cautelar de puesta en libertad ante el juzgado de instrucción de guardia, por otros motivos y iii) solicitud de medida cautelarísima atendiendo a su especial urgencia art. 135 LJCA, contra el acto originario que se pretende ejecutar forzosamente (expulsión, devolución, prohibición entrada), solicitando la suspensión del mismo y la revocación de la medida de detención, por otra medida menos gravosa. En dicha solicitud se han de alegar todos los aspectos antes referenciado, para que el juez de garantías (ya sea el juez de instrucción de guardia o el juez de lo contencioso administrativo), se pronuncie sobre dichas circunstancias y de las concomitantes en los autos.

Si lo anterior no fuera así, es decir que el actuar de la Administración no fuera arbitrario, pero que se mantengan los indicios objetivos de que no se pueda ejecutar dicho acto de expulsión, se debe interponer ante la autoridad Administrativa el correspondiente recurso solicitando el levantamiento de dicha medida cautelar por inejecutividad del acto de acuerdo con la doctrina jurisprudencial establecida al respecto. Dichas acciones se pueden desarrollar en paralelo atendiendo a que ambas llevan procedimientos y naturaleza jurídica diferente.

Aún más complejo es la situación referente a la detención y el conflicto que genera en cuanto a los presuntos menores de edad y las pruebas de determinación de la edad, su impugnación y el conflicto de intereses con el Ministerio Fiscal. Esto generalmente termina en la medida de internamiento. Cuestión que se estudiarán con mayor profundidad más adelante.

3.2.1.d)-3- Internamiento preventivo, previa autorización judicial en CIE.

Una vez analizada la detención del extranjero (incluida los supuestos de detención menores), si la autoridad administrativa considerase que agotado el plazo de la detención y de no haberse ejecutado el acto, existiendo motivos suficientes y necesarios para mantener el aseguramiento del extranjero para garantizar la ejecución del acto, deberá solicitar (acto de trámite¹²²⁹), según la LO 4/00 el internamiento preventivo del mismo

¹²²⁹ Castilla Juárez, K.A., (2018). *¿Detención por motivos migratorios? ...*, op. cit., pp. 197-203, señala el autor un grupo de supuestos 24 en total, de expulsión sin causas penales, clasificación que realiza sobre la base de la LO 4/00, Ley 12/09, seguridad pública, orden público o seguridad nacional. Un botón de muestra de estos supuestos, STS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 276/07 de 25-01-2007, Rec. 4342/03. En similares términos de la misma Sala y Sec. 5ª, sentencias nº 7888/06 de 14-12-2006, Rec. 3405/03; nº 2708/06 de 12-05-2006, Rec. 4345/03; nº 6611/05 de 28-10-2005, Rec. 3478/03; nº 6614//05 de 28-10-2005, Rec. 3769/03.

ante la autoridad judicial competente, juez de instrucción¹²³⁰, art. 61.1- e). Como he expresado esta medida también se encuentra regulada en el art. 15 Directiva 2008/115/CE en correspondencia con lo establecido en el art. 5.1 f) CEDH y 6 CDFUE. En igual sentido se ha de tener presente en estos momentos RD 162/14 del 14 de marzo Reglamento de Funcionamiento de los CIE¹²³¹. Como fin último estará orientado a garantizar la presencia del extranjero durante la sustanciación del expediente administrativo y la ejecución de la medida de expulsión (art. 62), denegación de entrada (art. 60.1), devolución o regreso (art. 58.6).

La situación de la presente medida se puede agrupar en dos grandes supuestos de situaciones, en territorio y en frontera¹²³²: i) en territorio se caracteriza por aquellos supuestos en que el ciudadano extranjero es detenido y se incoa el expediente administrativo sancionador preferente de expulsión junto a la solicitud de medida cautelar de internamiento, o que sea detenido y presentado a solicitud de medida de internamiento al tener resolución de expulsión firme que pueda ser ejecutable; ii) el segundo en frontera correspondería a todo aquellas situaciones frontera propiamente dicho puestos de entrada habilitados al efecto y entradas masivas.

Como veremos en los párrafos siguientes, la medida cautelar de internamiento tiene una naturaleza jurídica *sui generis*, o mucho más especial que la detención cautelar¹²³³. A pesar de la calificación general expuesta *ut supra*, -naturaleza personal y coercitiva-, la medida cautelar de internamiento tiene otras características y peculiaridades que le dan ese carácter especial *sui generis*. Ello entre otras razones: i) derivado de su propia tipificación en la LO 4/00 y en el ROLEX; ii) así como lo expuesto en el Reglamento de Funcionamiento de los CIE, (art. 1 naturaleza jurídica¹²³⁴). De la interpretación gramatical

¹²³⁰ Tomé García, J., (2014). *Internamiento preventivo...*, op. cit., pp. 65-95, 169-171, 201-286. Juanes Peces, Á., (1999). “Medidas cautelares en el Derecho de extranjería”, en VV.AA. *El extranjero en el Derecho Penal español sustantivo y procesal. (Adaptado a la nueva LO 4/2000)*. (nº 5), pp. 13-66. Madrid: CGPJ.

¹²³¹ BOE nº 64, de 15-04-2014. Sobre la creación de los CIE y su sentido como el único caso en la normativa española de posible privación de la libertad deambulatoria por comisión de una infracción administrativa se poder ver a Solanes Corella, Á. (2016). “Un Análisis Crítico de los Centros de Internamiento de Extranjeros en España: normativa, realidad y alternativas”. *RTFD*, <https://www.rtfed.es>, (nº 19), pp. 37-76.

¹²³² Clasificación similar señala Castilla Juárez, K.A., (2018). *¿Detención por motivos migratorios? ...op. cit.*, 196-252, expulsión, denegación entrada, devolución. Con independencia de dicha clasificación basada en puntos de partidas diferentes, adecuados cada uno a su contexto investigativo, lo cierto es que la medida en estudio, aunque legalmente reconocida, tanto, convencional, supranacional y en nuestro derecho interno, no deja de estar sometida a crítica desde varios principios y derechos, tantos sustantivos como procesales, entre ellos, igualdad, proporcionalidad, determinación por un Juez que no es natural de la materia de fondo.

¹²³³ Castilla Juárez, K.A., (2018). *¿Detención por motivos migratorios? ...op. cit.*, pp. 143-156. Como se ha anunciado las SSTC, Pleno nº 115/87, Sala 1ª, nº 144/90 y Pleno nº 303/05, (entre otras), sientan parte de la doctrina interpretativa sobre la medida cautelar de internamiento. Como veremos, dicha doctrina jurisprudencial ha de ser reinterpretada, entre otras razones, porque fueron dictadas en el análisis de otra norma de extranjería que ha sido aventajada con creces por el tiempo y como es conocido por su propia inconstitucionalidad en varios artículos, así como, por tantas nuevas leyes de extranjería, donde se han incorporado nuevas formas de regulación y garantías, que ni remotamente tenía aquella. Téngase en cuenta que la LO 7/85, en su art. 26.2 párrafo 2, dista mucho su redacción a la actual en el art. 62.1 LO 4/00.

¹²³⁴ RCIE art. 1 apartados 2-3-4 define la naturaleza jurídica de los CIE, custodia preventiva y cautelar de extranjeros para garantizar su expulsión, devolución o regreso por las causas y en los términos previstos en la legislación de extranjería, y de los extranjeros que, habiéndoseles sustituido la pena privativa de libertad por la medida de expulsión, el juez o tribunal competente así lo acuerde en aplicación de lo dispuesto por el artículo 89.6 del Código Penal, e finalidad preventiva y cautelar, y estará orientado a garantizar la presencia del extranjero durante la sustanciación del expediente administrativo y la ejecución de la medida

de las normas citadas indistintamente -art. 61 LO 4/00, “Medidas Cautelares”, el legislador en el inciso e) lo nombro “Internamiento Preventivo”-, convergen en la misma finalidad preventiva¹²³⁵ y cautelar, como se ha dicho para garantizar el resultado final del acto o resolución ejecución de la medida de expulsión.

El alcance del internamiento concebido en la actual LO 4/00, es mucho más amplio que la de sus predecesoras¹²³⁶, al comprender aquellas conductas típicas de situación irregular del art. 53.1-a), las cuales, en su gran mayoría, como es conocido son tramitada por el ya comentado procedimiento preferente, así como los procedimientos referidos al art. 57.2 LO 4/00. Ello lleva aparejado consigo la posibilidad de la adopción de la medida cautelar en estudio. Concretamente el art. 62 LO 4/00, recoge lo referente al ingreso en centros de internamiento. Señalando: “1. Incoado el expediente por alguno de los supuestos contemplados en las letras a) y b) del artículo 54.1, en las letras a), d) y f) del artículo 53.1 y en el artículo 57.2 de esta Ley Orgánica en el que pueda proponerse expulsión del territorio español, el instructor podrá solicitar al Juez de Instrucción competente que disponga el ingreso del extranjero en un centro de internamiento en tanto se realiza la tramitación del expediente sancionador”.

La naturaleza jurídica *sui generis* o especial señalada, parte también a su vez de la detención cautelar. No hay género de dudas que la antesala de la medida cautelar del internamiento es una detención normal o una detención cautelar de 72 horas. Ello dependiendo de cómo se materialice el inicio del procedimiento sancionador inicial e incluso el *iter* del mismo y en el momento concreto en que se pueda adoptar la citada medida. Por ello a su vez la propia medida de internamiento puede tener un *iter* diferente o una función u otra. Por ejemplo, puede tener una naturaleza de detención preventiva-ejecutiva-asegurativas, si la resolución de expulsión fuera firme y ejecutable, sin embargo, si es un procedimiento sancionador inicial con solicitud de medida cautelar en las primeras 24 o 48 horas, respondería a un tipo de detención normal, pasando en su *iter* una vez adoptada la medida, de la detención a la medida de internamiento.

Otro punto de vista para la determinación de dicha naturaleza jurídica es si precisamente en una prisión provisional¹²³⁷ como la concebida en la jurisdicción penal. En este caso, surgen los matices diferenciadores con la institución penal y los requisitos del art. 503 LECrim. En todo caso, existen algunos rasgos comunes, existe una infracción administrativa típica, la posible existencia de antecedentes penales no cancelados, ni susceptibles de cancelación, derivados de condena por delito doloso, los cuales pueden constituir un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional,

de expulsión, devolución o regreso, rigiendo el principio de proporcionalidad en los medios utilizados y objetivos perseguidos, el de intervención menos restrictiva y el de atención especializada a personas vulnerables regirán, entre otros, la gestión de los centros. Almeida, C., Ríos, J., Cuesta, S., Santos E., (2020) *Invisibles en la “Última frontera”. Manual jurídico para la defensa de las personas extranjeras en los centros de internamiento (CIE)*. Caritas, pp. 20-26. Anteriormente Almeida, C., Ríos, J., Santos E., (2014). *Manual para la defensa de los derechos humanos de las personas encerradas en los Centros de Internamiento (CIE)*. Donostia: Gakoa, pp. 31-33.

¹²³⁵ STS Sala 3ª Pleno, nº 807/15 de 10-02-2015, Rec. 373/14, FD 5.

¹²³⁶ Molina Navarrete, C. (2001). “Artículo 61. Medidas cautelares”, en C. Molina Navarrete, & J. L. Monereo Pérez, *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e integración social* (p. 866). Granada: Comares.

¹²³⁷ Martínez Pardo, V. J. (2006). *Detención e internamiento de extranjeros*. op. cit. p.460. El autor clasifica y entiende que la medida de internamiento es una medida preventiva dentro de un procedimiento administrativo sancionador.

asegurar la presencia del extranjero en el procedimiento cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga, riesgo de incomparecencia, evite o dificulte la expulsión, existencia de requisitorias, entre otros. A pesar de ello tampoco llega a reunir todos los requisitos exigidos por el art. 503 LECrim, por tanto, tampoco tiene la naturaleza jurídica de la prisión provisional.

Otra distinción en cuanto a su naturaleza jurídica es lo referido a la autoridad legitimada para la adopción de esta. Como es conocido es adoptada por un juez de la jurisdicción penal (juez instructor de guardia) en este caso en unas diligencias previas¹²³⁸, el marco de un procedimiento administrativo principal (procedimiento sancionador de expulsión o procedimiento de prohibición de entrada/devolución), donde a su vez el órgano de instrucción administrativo (en este caso las Brigadas Provinciales de Extranjería o de Fronteras), en pieza a su vez separada incoan la solicitud de dicha medida de forma motivada. Esta característica distintiva de su naturaleza jurídica nos remite al análisis de que si quien la adopta actualmente debe ser la autoridad judicial adecuada, es decir, si ha de continuar correspondiendo al juez de instrucción o a un juez contencioso administrativo¹²³⁹.

Expuesto lo anterior, considero y comparto la opinión como se señaló al inicio de este punto de que la medida cautelar de internamiento en CIE, es una medida cautelar plena¹²⁴⁰, que, por demás, ha de ser adoptada por el juez de lo contencioso administrativo¹²⁴¹, solicitada por la autoridad administrativa interesada, ello atendiendo a los siguientes razonamientos:

¹²³⁸ Martínez Pardo, V. J., (2006). *Detención e internamiento de extranjeros...*, op. cit., p. 516. Esclarece el autor la diferencia entre diligencias previas e indeterminadas, para estos tipos de supuestos y la intervención del Fiscal en la primera y no así en la segunda. En este sentido STSJM Sala (Contencioso) Sec. 9ª, nº 900/15 de 06-11-2015, Rec. 730/14, FD 3º. Define las competencias de lo penal y contencioso administrativo respecto a la autorización del internamiento de un extranjero en un CIE. La solicitud de la autorización para ingreso en un CIE es una decisión que no es susceptible de impugnación ante los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo, la revisión de esta decisión administrativa corresponde por imperativo legal exclusivamente a los órganos del orden penal, que son quienes deben valorar las circunstancias del extranjero. Al respecto se ha de tener en cuenta el criterio jurisprudencial del STJUE, Sala 3ª, asunto Mahdi C-146/14 PPU, respecto a las prórrogas del internamiento y el conocimiento por nuevo órgano jurisdiccional.

¹²³⁹ Lora Crovetto, M., (2017). *La realidad de los CIE en España: ...*, op. cit., pp. 333-336. Martínez Pardo, V. J., (2006). *Detención e internamiento de extranjeros...*, op. cit., pp. 226 y ss.

¹²⁴⁰ Molina Navarrete, C. (2001). "Artículo 61. Medidas cautelares", en C. Molina Navarrete, & J. L. Monereo Pérez, *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e integración social* (pp. 847-861). Granada: Comares. Esplugues Mota, C. & Lorenzo Segrelles, M., (2001). *El nuevo régimen jurídico...*, op. cit., p. 452. Dorado Noguera, F. M., & Rodríguez Candela, J. L. (2001). "Las infracciones en materia de extranjería...", op. cit., pp. 833-908. Más reciente se une a este criterio Lora Crovetto, M., (2017). *La realidad de los CIE en España, ...* op. cit., pp. 333-336.

¹²⁴¹ Escuin Palop, V., (1991). "Régimen jurídico de la entrada y permanencia de extranjeros en España". *CEC*, p. 97, analizo el control judicial del juez de instrucción. Ya desde aquel entonces y bajo la LO 7/85 señaló que no suponía un acto de verdadera tutela judicial mientras que el extranjero está internado permanece a disposición de la autoridad gubernativa. Posteriormente con la entrada en vigor de la LO 4/00, autores tales como, Calvo Rojas, E., (2001). "El procedimiento administrativo sancionador. Especial referencia a las medidas cautelares",...op. cit., pp. 176-212. Peces Morate, J. E., (2001). "Garantías jurisdiccionales para los extranjeros...", op. cit., p. 235. Vidal Fueyo, M. C., (2001). "La nueva Ley de Extranjería a la luz del texto constitucional", *REDC*, (nº 62), p. 217. Han señalado y defienden la tesis que ha de ser la jurisdicción contencioso-administrativa, y no el juez de instrucción el que asuma la competencia en cuanto a la adopción de la medida cautelar de internamiento.

1.- Es una medida cautelar, atendiendo a lo ya señalado con anterioridad, referente a que la propia doctrina científica, no distingue entre, las medidas provisionales o cautelares en el procedimiento administrativo, atendiendo a que en ambas situaciones jurídicas, las medidas cumplen los mismos presupuestos y características.

2.- Desde el punto de vista estructural de la norma, LO 4/00, art. 61.1.e), y art. 62 lo ubica sistemáticamente en el Título III, (De las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador) y lo define como una medida cautelar. En similares términos también lo define el RDCIE, art. 1.3, cuando señala “cautelar”.

3.- No tiene carácter de ejecución de lo acordado y mucho menos de sanción¹²⁴², sino de asegurar el cumplimiento de la resolución final, ya sea la administrativa o la judicial en su momento. Es decir, asegurar el cumplimiento efectivo. El propio art. 61.1 y 62 de la LO 4/00, lo señalan.

En todo caso, el internamiento en cumplimiento de una suspensión de una condena penal firme, (art. 89 del CP), responde a otro tipo de naturaleza jurídica, totalmente diferente. Se parte como he señalado, de la existencia de una condena penal firme, existe una sentencia firme, que se ejecutará en sus propios términos. Se persiguen otros objetivos, fines, el cumplimiento de la condena firme, que responde por su naturaleza a la ejecución penal. No existe en dicha ejecución penal, ni se dan los presupuestos, ni características de las medidas cautelares¹²⁴³.

4.- Se conforma primeramente en el procedimiento administrativo sancionador, una pieza separada del asunto principal, la expulsión/devolución, prohibición entrada, o respecto a un acto administrativo de los anteriores ya firme, el acto va a hacer ejecutado, o si es para devolución o retorno. En todo caso se incoa unas actuaciones administrativas que dan lugar a un acto administrativo con naturaleza jurídica propia. Luego cuando llega a vía jurisdiccional, se incoa unas diligencias previas o indeterminadas dentro del cauce del procedimiento abreviado¹²⁴⁴, que deben concluir con una resolución motivada. Por tanto, en todo caso, tanto en una como en la otra, existen unas actuaciones al respecto, que se agrupan y conforman un grupo de documentos, reunidos y ordenados, que se folian, dando lugar a un expediente, legajo o diligencias.

5.- Es a su vez una medida cautelar, ya que es en última instancia adoptada por un juez (jurisdiccionalidad). En este caso un juez de instrucción, perteneciente a la jurisdicción penal. El cual dicta una resolución motivada, auto, donde pondera los intereses en conflicto y ha de tener en cuenta el resto de los presupuestos de las medidas cautelares (art. 62 LO 4/00). Otra cosa bien distinta es que en nuestro derecho interno se haya configurado y otorgado dicha facultad al juez de instrucción, facultad y garantías que

¹²⁴² Thomas Andreu, G., (1994). “La intervención del Juez Penal en el internamiento preventivo de extranjero. La autorización judicial para expulsar extranjeros encartados en determinados delitos y la expulsión como sustitutiva en cumplimiento de penas impuestas en sentencia”, *“Extranjeros”-Cuadernos de Derecho Judicial*, (nº 37). Madrid: CGPJ, p. 86.

¹²⁴³ Boza Martínez, D., (2019). “Expulsiones. Cifras y su Interpretación”. *Revista Crítica Penal y Poder*. (nº 18), (pp. 309-318) OSPDH. Universidad de Barcelona. Datos más completos al respecto, lo encontramos en la obra del propio autor, (2016), *La expulsión de personas extranjeras condenadas penalmente el nuevo artículo 89 CP*. Cizur Menor: Thomson Reuters/Aranzadi.

¹²⁴⁴ Heredia Puente, M., & Fábrega Ruiz, C., (1997). *Medidas cautelares en el derecho de extranjería...*, *op. cit.*, pp. 43-46. Barona Vilar, S., (2019). “Los Porcesos ordinarios. El procedimiento abreviado”, en J. Montero Aroca, J. L. Gómez Colomer, S. Barona Vilar, I. Esparza Leibar, & J. F. Etxeberria Guridi. *Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal*, (Vol. III, 27ª Ed., pp. 577-584). Valencia: Tirant lo Blanch.

deben abarcar no solo la justificación del internamiento, sino todas las circunstancias intervinientes, no es solo cumplir una función de garante¹²⁴⁵ del derecho a la libertad personal del extranjero¹²⁴⁶, sino que también ha de exigir y requerir a la Administración a que cumpla lo señalado en el art. 62.1 párrafo segundo y aporte una pieza de solicitud de medida cautelar, lo más completa posible -situación del acto administrativo, si ha sido recurrido o no, estado de dicho recurso, si existe suspensión o no, ya sea en el orden jurisdiccional o ante la propia administración, si el justiciable ya ha estado interno con anterioridad, informe de capacidad del CIE, cancelación de penales, suspensiones de penas, etc., entre otras.

6.- Aunque la actual LO 4/00 ofrece garantías generales que cumple los principios teóricos del debido proceso en correspondencia con los arts. 5-4, 6 CEDH¹²⁴⁷, arts. 47, 48 CDFUE y art. 24 CE, permitiendo la audiencia del interesado y del Ministerio Fiscal. Dicha configuración general en la práctica adolece de un sistema de garantías efectivo y eficaz. En dicha audiencia se han de tener en cuenta los presupuestos para las medidas cautelares, tomando en consideración las circunstancias concurrentes, el principio de proporcionalidad, dictándose un auto motivado. Estas características hace superar la jurisprudencia (del TC, Pleno, nº 115/87, Sala 1ª, nº 144/99, Pleno, nº 303/05, entre otras), que señalaba que Juez Instructor en la medida de internamiento solo ha de examinar formalmente las causas invocadas en el expediente administrativo para el internamiento, es decir, para la limitación de la libertad, sin que le estuviese permitido examinar otras causas, puesto que ello compete a la jurisdicción contencioso-administrativa. A pesar de ello no se ha producido una regulación o modificación legislativa, ni de la ley de extranjería, o en la LECrim respecto a los requisitos y características generales de realización de dicha audiencia. Al no existir un procedimiento para la misma, no puede existir un control efectivo y eficaz de las garantías procesales de procedimiento y defensa de dicha audiencia. Lo cual trae como consecuencia una aplicación dispar por los Juzgados de Instrucción, vulnerándose el art. 24 CE.

Hoy el juez instructor es un juez de garantías¹²⁴⁸, que no ha de acordar el internamiento de forma automática, sino que ha de examinar con profundidad la solicitud y requerir a la Administración todo lo que señala la ley, así como el deber del control de su buen o mal actuar. Por demás, todos los aspectos subjetivos y objetivos que señale el justiciable en su audiencia.

7.- La medida cautelar de internamiento es un acto originario, independiente, que cumple las características de instrumentalidad o accesoriedad, provisionalidad, funcionabilidad y

¹²⁴⁵ Una muestra clara de ello es la STJUE, Sala 4ª, asunto VL c. España, C-36/20 apdo. 66, 71, 77 donde señala claramente que el juez de instrucción está obligado a facilitar a los solicitantes de protección internacional información sobre las condiciones concretas de presentación de la solicitud de protección internacional, al respecto AJI nº 4 de Santa Cruz de Tenerife del 25-09-2020 no proceder la medida cautelar de internamiento de los inmigrantes recibidos y acepta la solicitud de protección internacional. STC, Sala 1ª, nº 144/90, FJ 5.

¹²⁴⁶ Villaverde Menéndez, I., (2004) "El régimen jurídico-constitucional de la detención e internamiento de los extranjeros...", op. cit., pp. 147-197.

¹²⁴⁷ STEDH Sala, de 22-05-1990, Weber c. Suiza, nº 11034/1984.

¹²⁴⁸ Ya en este sentido se había pronunciado Sáez Valcárcel, R., (1996). "La libertad del inmigrante: Un derecho inviolable". *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid: CGPJ, pp. 227-274. Heredia Puente, M., & Fábrega Ruiz, C. F., (1996). *Las privaciones de libertad en el campo de la extranjería*. Diario La Ley, (nº1), pp. 1634-1637.

urgencia. Instrumental/Accesorio, atendiendo a como he dicho, depende del procedimiento administrativo principal, la expulsión, devolución o prohibición de entrada. La provisionalidad/funcionabilidad, está dada en su propio fin, asegurar la expulsión/devolución. Existiendo en este supuesto la temporalidad, la medida tiene una duración temporal en el tiempo, hasta 60 días, (art 61.2 LO 4/00). La urgencia, se expresa por sí misma, en la ejecutoriedad forzosa del acto. Otra característica que permite consolidar lo antes afirmado es su variabilidad, por cuanto la medida cautelar de internamiento puede ser modificada, sustituida o levantada, si cambiaran los presupuestos (ello ante el juez de instrucción que la ordeno art. 62.6 LO 4/00) y si fuera necesario volverla a solicitar si dichas circunstancias fueran otras o apareciesen nuevas causas. (En este sentido téngase presente la STS Sala 3ª, Pleno, nº 807/15, Rec. 373/14, FD 5.

8.- Ciertamente la LOPJ en su art. 87.2 señala que los juzgados de instrucción conocerán de la autorización del internamiento de extranjeros en los centros de internamiento, así como del control de la estancia de éstos en los mismos y en las salas de inadmisión de fronteras¹²⁴⁹. También conocerán de las peticiones y quejas que planteen los internos en cuanto afecten a sus derechos fundamentales.

Se ha de recordar que ello es fruto precisamente de la modificación de la LO 4/00 por la LO 2/09 por tanto, entiendo que desde el punto de vista teórico no existe óbice alguno para poder volver a modificar la LOPJ y asignar dicha competencia al juez de lo contencioso administrativo. La propia LOPJ así lo facilita en su art. 7 al señalar que lo los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución vinculan, en su integridad, a todos los Jueces y Tribunales y están garantizados bajo la tutela efectiva de los mismos. Mientras que el art. 8 de la propia LOPJ señala que los “*Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican*”, es decir, que la LOPJ señala en principio de forma clara que podrá ser cualquier tribunal el que controlará en lo que aquí nos interesa la actuación administrativa. Por tanto, quien mejor se encuentra para adoptar un internamiento son los órganos jurisdiccionales de lo contencioso administrativo, juzgados especializados en la materia administrativa en sentido general.

Teórica y materialmente el art. 9.4 LOPJ puede ser perfectamente modificado y ampliado, otorgando a dicha jurisdicción del orden contencioso-administrativo el conocimiento de las solicitudes de internamiento de extranjeros, siendo estas últimas claramente una actuación de la Administración pública sujeta al derecho administrativo¹²⁵⁰.

Definido lo anterior, atendiendo a las normas imperantes actualmente, a los derechos fundamentales estudiados anteriormente, tanto del orden procesal, como material y de carácter internacional, como el principio de no devolución, tanto el instructor del procedimiento administrativo¹²⁵¹, como el juez instructor han de valorar y tener en cuenta

¹²⁴⁹ Se reitera en este sentido las ya mencionadas SSTC Sala 2ª, nº 174/99, nº 179/00 y Pleno nº 53/02, FJ 6, (permanencia en frontera de quienes piden asilo, mientras se tramita la admisión a trámite).

¹²⁵⁰ Vidal Fueyo, M. C., (2001). *La nueva Ley de Extranjería a la luz del texto constitucional...* op. cit. 217.

¹²⁵¹ Circular 6/14, 11-07-2014, DGP, sobre los “Criterios para solicitar el ingreso de ciudadanos extranjeros en los centros de internamiento”. Circunstancias de carácter personal del ciudadano extranjero. Sin perjuicio de cualesquiera otras apreciadas por el instructor, se valorará la pertinencia de solicitar el internamiento, a la vista del resultado de las siguientes circunstancias: Genéricas: Si tiene o no domicilio conocido en España. Personas con las que convive y vínculos familiares de los mismos. Si tiene hijos menores a su cargo. Las consecuencias para él y los miembros de su familia de la expulsión. Si tiene arraigo

aspectos relevantes sobre la procedencia del internamiento¹²⁵², entre dichas circunstancias tenemos: a) circunstancias personales vinculadas al riesgo de inexecución. Lugar de residencia o domicilio habitual; b) circunstancias personales vinculadas a la concurrencia de excepciones a la ejecución. Debiendo tener en cuenta la doctrina citada del TEDH, sobre la interpretación de la vida privada y familiar. Edad de la persona implicada, tiempo de residencia, estancia o permanencia en el territorio nacional. Circunstancias personales, tales como, estado de salud en sentido general, físico, psíquico, embarazo, por tanto, si necesita tratamiento médico o está sujeto a revisiones médicas. Si ha padecido algún tipo de violencia física, psíquica, sexual o cualquier tipo de violación o tortura; c) circunstancias objetivas vinculadas a la posibilidad material de ejecución, perspectiva razonable de expulsión¹²⁵³. Existencia de anteriores sanciones de expulsión inejecutables. Anteriores internamientos para ejecución no realizada (tiempo de privación de libertad, no prolongación durante un período de tiempo irrazonable que no exceda del plazo necesario para lograr el fin perseguido). Que el ciudadano extranjero sea admitido en su país o en un tercer país; d) circunstancias relativas al lugar y condiciones de internamiento. Existencia de capacidad en el CIE¹²⁵⁴, e) la acreditación documental de los extremos alegados, f) existencia de medidas menos limitativas de derechos; g) plazo de internamiento, mínimo indispensable¹²⁵⁵.

en España. Si está provisto de pasaporte. Si existe riesgo de fuga o de incomparecencia. Si representa un riesgo para el orden o la seguridad pública o la seguridad nacional. Cualquier otra circunstancia relativa a la existencia de vínculos con España y su país de origen.

¹²⁵² Se ha de tener en cuenta un aspecto positivo de la Refundición de la Directiva 2008/115/CE señalado en su Considerando 29 Bis sobre derecho de defensa en un procedimiento administrativo, en relación con el Derecho a ser oído (art. 41-2 CDFUE y art. 18 de la citada Directiva). Dicho Considerando faculta al órgano jurisdiccional a tener en cuenta todos los hechos, pruebas y observaciones pertinentes que puedan presentarle las partes. Dicho considerando, no es más que el motivo y resultado de la jurisprudencia del TJUE al respecto, aquí estudiada. Núñez Herrera, V. E., (2019) “Refundición de la Directiva 2008/115/CE...”, op. cit., pp. 17-54.

¹²⁵³ Recomendación (UE) 2017/2338 de la Comisión, de 16-11-2017 (DOUE L 339/83), por la que se establece un Manual de Retorno, Recomendación 12, garantías procesales, derecho a una buena administración y derecho a ser oído, acceso a su expediente, motivación, entre otras. Este Manual tiene en cuenta su vez la Recomendación de la Comisión C (2017) 1600, de 7-03-2017, (DOUE L 66/15) la cual proporciona orientaciones sobre la manera de lograr que los retornos sean más eficaces al aplicar la Directiva 2008/115/CE. Previamente “Veinte directrices sobre el retorno forzoso” adoptadas el 4-05-2005 por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, a las que hace referencia el Tercer Considerando de la Directiva 2008/115/CE. Según ese principio toda privación de libertad previa a la expulsión debe ser lo más breve posible. En este sentido se puede ver entre otras, STEDH, GS de 29-01-2008, asunto Saadi c. Reino Unido, nº 13229/0, apdo. 72-74. STJUE GS, asunto Shamilovich c. Bulgaria, C-357/09 PPU, perspectiva razonable de expulsión. En estrecha relación con lo aquí expuesto, se encuentra la Recomendación del Defensor del Pueblo a la Secretaría de Estado de Seguridad, sobre necesidad de entregar un documento a los extranjeros en situación irregular cuya expulsión no puede ser ejecutada en el que se indique el aplazamiento o la suspensión), Informe Anual 2019, Defensor del Pueblo. (2020), pp. 213. Esto como veremos más adelante, además de la recomendación citada, puede ser solucionado a través de la medida cautelar la anotación preventiva.

¹²⁵⁴ Belgrano Ledesma, M., (2014). “Nuevo Reglamento de los CIE. Una oportunidad perdida”, <http://www.abogacia.es/2014/03/27/>. Recuperado 23-02-2015.

¹²⁵⁵ En igual sentido, sigue siendo objeto de un debate profundo el plazo de duración máxima de la medida cautelar de internamiento y la ya mencionada perspectiva razonable de expulsión. En este sentido se ha de tener en cuenta la jurisprudencia interpretativa del art. 15-4 Directiva 2008/115/CE, perspectiva razonable de expulsión, perspectiva real en relación con art. 62.3 LO 4/00 “*Cuando hayan dejado de cumplirse las condiciones descritas en el apdo. 1, el extranjero será puesto inmediatamente en libertad por la autoridad administrativa que lo tenga a su cargo, poniéndolo en conocimiento del Juez que autorizó su internamiento.*”

Sin embargo, la realidad es que al momento de la solicitud de la medida de internamiento por parte de la autoridad Administrativa, instructor del procedimiento administrativo suele suceder en la mayoría de las ocasiones que las diligencias previas incoadas al respecto, no cuentan con todos los documentos, pruebas, etc., pertinentes, sino que al contrario, se han conformado solo con los formularios estereotipados que ha aportado la Brigadas de Extranjería. Por ello, el juez encargado del internamiento ha de tener en cuenta todos los hechos, pruebas y observaciones pertinentes que puedan presentarle las partes¹²⁵⁶, fundamentalmente el derecho a ser oído¹²⁵⁷ y luego motivar razonar correctamente la resolución¹²⁵⁸.

En este sentido comparto la opinión de la doctrina científica¹²⁵⁹ que desde tempranas fechas apostó a que en estos supuestos de medida cautelar de internamiento adoptada por el juez instructor -legitimado y designado para ello-, deberá cumplir con máxima diligencia las garantías de los derechos fundamentales en juego. Una vez impuesta la medida considerándose que no existen o mantienen las circunstancias dadas que dieron lugar a mismas, se deben interponer los recursos ordinarios correspondientes solicitando la modificación de la medida o levantamiento de la misma, siendo el juez competente para ello y dejar sin efecto dicho internamiento el juez de instrucción del lugar donde se practique la detención. Ello hoy ratificado por el art. 60.3 (respecto al internamiento por la denegación de entrada) y art. 62.6, ambos LO 4/00 y art. 2 y 21.1 RD 162/14, RCIE. Aspectos que volveremos analizar más adelante, pero en relación a las circunstancias de las medidas cautelares art. 135.1-a) LJCA, concretamente en cuanto al trámite de la audiencia o comparecencia para el mantenimiento, modificación o levantamiento de estas últimas y si el juez de lo contencioso en dicho trámite puede tener competencia para pronunciarse respecto al fondo de la medida de internamiento.

En estrecha relación con lo anterior –solicitud de modificación o levantamiento de la medida cautelar- como se ha dicho es hasta el presente al juez instructor que la impuso, no a través de la utilización del proceso de *Habeas Corpus*, para denunciar vulneraciones

Del mismo modo y por las mismas causas, podrá ser ordenado el fin del internamiento y la puesta en libertad inmediata del extranjero por el Juez, de oficio o a iniciativa de parte o del Ministerio Fiscal”, y art. 2 y 21.2 del RDCIE 162/14. A su vez los plazos actualmente fijados pueden variar en dependencia de la Refundición de la Directiva 2008/115/CE art. 18 de dicha refundición, el cual permite internamiento y ampliación de los plazos mínimos y máximos del mismo, las prórrogas de los internamientos, dentro de ello el internamiento de menores.

¹²⁵⁶ Núñez Herrera, V. E., “Refundición de la Directiva 2008/115/CE...”, op. cit., pp. 17-54.

¹²⁵⁷ STJUE, Sala 2ª asunto M.G. y N.R. C-383/13, apdo. 38 y 44. STEDH GS, asunto Khlaifia y otro c. Italia. Ambas recogen indistintamente, una posible vulneración del derecho de defensa, en particular del derecho a ser oído. Sólo ello dará lugar a la anulación de la decisión adoptada al término del procedimiento administrativo del que se trata, si éste hubiera podido llevar a un resultado diferente, de no concurrir tal irregularidad. El derecho a ser escuchado puede estar sujeto a restricciones, siempre que correspondan a objetivos de interés general y no impliquen, con respecto al objetivo perseguido, una injerencia desproporcionada e intolerable que infrinja la sustancia del derecho garantizado.

¹²⁵⁸ STC, Sala 1ª 169/08 de 15-12-2008, BOE nº 8 de 09-01-2009, FJ 2-3, (y la jurisprudencia allí citada). El internamiento, requiere un canon superior de motivación, no se puede acordar un internamiento sin explicitar siquiera indirectamente, qué circunstancias concurrentes fueron tenidas en cuenta para privar de libertad. Esa ausencia de motivación supone, en sí misma, que la privación de libertad infringe los derechos fundamentales a obtener la tutela judicial efectiva art. 24.1 CE y a la libertad (art. 17.1 CE, en cuanto que de la resolución judicial no es posible extraer las razones para justificar la medida excepcional del internamiento adoptada).

¹²⁵⁹ Juanes Peces, Á., (1999). “Medidas cautelares en el Derecho de extranjería”, op. cit., p. 41. Gimeno Sendra, J. V., (1986). *El proceso de Habeas Corpus*. (2ª Ed.). Madrid: Tecnos, pp. 46 y ss.

de plazos o de detenciones indebidas –el *Habeas Corpus* excluye a las resoluciones judiciales como objeto de dicho proceso, y es claro que el auto del juez de instrucción acordando el internamiento constituye una verdadera resolución judicial-. Ello sería un cauce inadecuado, pues no puede ser puesto a disposición judicial quien ya lo ha estado y está internado bajo dicha autorización judicial. De haberse fijado un plazo para dicho internamiento y ser violado el mismo, se deberá presentar solicitud de levantamiento de la medida cautelar.

En estrecha relación con lo anterior se encuentran las solicitudes de internamientos sucesivos y lo relativo a si la incoación de un expediente de expulsión debe realizarse por todas las causas en que pueda incurrir un extranjero, o cabe la posibilidad de que, existiendo infracciones graves y muy graves, sólo se solicite por la de mayor gravedad. Respecto de la primera -solicitudes de internamientos sucesivos- la vigente LO 4/00 señala en su art. 62.2 que el internamiento se mantendrá por el tiempo imprescindible para los fines del expediente, que su duración máxima en todo caso es de 60 días, sin que pueda acordarse un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previstas en un mismo expediente. En similares términos se pronuncia el actual ROLEX en su art. 246.3, párrafo tercero. A su vez el RCIE en su art. 21.3 se pronunció sobre el anterior planteamiento, pero el mismo fue declarado inválido y nulo por la STS Sala 3ª, Pleno, nº 807/15, Rec. 373/14, FD 5, la cual, determinó su redacción de la siguiente manera “*Se podrán solicitar nuevos ingresos del extranjero si obedecen a causas diferentes, por la totalidad del tiempo legalmente establecido*”, prohibiendo un nuevo internamiento por las mismas causas en un mismo expediente. Es decir, tendrán que surgir nuevas circunstancias, diferentes a las anteriores para una nueva solicitud de internamiento¹²⁶⁰.

Respecto a la segunda, -si la incoación de un expediente de expulsión debe realizarse por todas las causas en que pueda incurrir un extranjero, o cabe la posibilidad de que existiendo infracciones graves y muy graves, sólo se solicite por la de mayor gravedad-, se determina que de la redacción dada por LO 4/00 nada se dice al respecto. Sin embargo, entiendo que la autoridad administrativa atendiendo a los deberes consagrados en el principio/derecho de buena administración y el debido proceso, deberá en su escrito de solicitud realizar una motivación adecuada de todas las circunstancias intervinientes. Ello en nada conspira a que si llegado el momento, de oficio o a instancia de parte, es levantada la medida por la razón que sea, llegado su momento de seguir nuevas circunstancias, puedan ser alegadas sobre la base de las anteriores tipicidades. De lo contrario sería un mal actuar de la administración causando indefensión.

La medida de internamiento¹²⁶¹ a su vez tiene estrecha relación con el estado de salud del extranjero, se relaciona con los aspectos antes mencionados de las enfermedades infectocontagiosas o como las que veremos más adelante con las psiquiátricas. Por ello, en el momento de la vista de internamiento, en cumplimiento de los principios del debido proceso se han de traer a colación todos los aspectos que se relacionen con el extranjero que se pretende internar, entre ellos, su estado de salud, pues en dependencia de ello, se

¹²⁶⁰ SSTEDH, Sec. 1ª de 10-05-2007, asunto John c. Grecia, apdo. 33-36; Sec. 1ª de 18-04-2013, asunto Azimov c. Rusia, apdo. 161-165.

¹²⁶¹ Lledín Vitos, J., (2015). “Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos en España: el caso de los centros de internamiento para extranjeros (1999-2014)”. *Revista Crítica Penal y Poder*, nº 9, pp.279-303. Barreiro Carril, B., (2013). “Informe sobre los centros de internamiento de extranjeros: la normativa española y de la Unión Europea y su aplicación” en *AEDIDH*.

ha de tomar una decisión u otra respecto a la medida de internamiento¹²⁶². Cobra aquí en este punto un aspecto significativo el derecho de asistencia médica al momento de la detención [520.2, f) LECRIM], ya sea por el médico forense o su sustituto legal y, en su defecto, por el médico de la institución en que se encuentre, o por cualquier otro dependiente del Estado o de otras Administraciones públicas.

Dentro de la medida cautelar de internamiento requiere especial tratamiento lo referente al internamiento de presuntos menores (MENAS) derivados de la detención. Al respecto el Estado español ha sido condenado en varias ocasiones por órganos internacionales como el CDN declarando la falta de garantías en la normativa española sobre los MENAS, su tratamiento, determinación de la edad y el interés superior del menor. El conflicto se agrava en lo relativo a la determinación de la edad y el mantenimiento del internamiento. Las pruebas de determinación de la edad, Decreto del Fiscal, es irrecurrible no impugnabile, siendo o ello es un problema actual en nuestro derecho interno al cual aún no se le ha dado una solución clara. Es una evidente falta de garantías y un procedimiento que lleva el Ministerio fiscal, donde la ausencia del recurso de impugnación hace una inexistente igualdad de parte. Esto trae conflictos de intereses entre los intereses del menor y el Ministerio Público que repercute finalmente en la existencia y mantenimiento de menores en CIE hasta que no sea dilucidada la misma. Por lo que los recursos que se interpongan contra el auto de internamiento, su modificación o levantamiento, su posibilidad de que sean acogidos a lugar son improbables, por lo que se hacen ineficaces e inefectivos. Tampoco puede el juzgador de oficio tomar otra media al respecto. Por lo que en este tipo de supuesto atendiendo al interés superior de menor debe prevalecer un recurso con efectos y eficacia de recurso suspensivo automático. Cuestión que se estudiaran con mayor profundidad más adelante.

Finalmente se puede decir respecto a esta medida cautelar de internamiento, que es una medida cautelar teóricamente plena, sometida al control jurisdiccional, por ende, debe ser analizado *prima facie* el actuar de la Administración, determinando un *fumus mali iuris*, así como el resto de todas las garantías sustantivas y procesales que la rodean, pudiendo ser la misma denegada inicialmente, suspendida, modificada, levantada en dependencia del comportamiento de las circunstancias ante el mismo órgano judicial que la impuso - el órgano de instrucción-. Teniendo a su vez estrecha relación con la solicitud de medidas cautelarisimas art. 135 LJCA, contra el acto originario que se pretende ejecutar forzosamente (expulsión, devolución, prohibición entrada), a través del internamiento, solicitando la suspensión del mismo y la revocación de la medida de internamiento, por otra medida menos gravosa. En estas circunstancias dicha solicitud puede ser analizada por un juez de instrucción de guardia o el juez de lo contencioso administrativo¹²⁶³.

3.2.1-f)- Cualquier otra medida cautelar que el juez estime adecuada y suficiente.

Esta medida tiene estrecha relación con la medida provisional regulada en el art. 56 LPACAP “*i) Aquellas otras medidas que, para la protección de los derechos de los interesados, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la resolución*”. Con independencia de que el art. 61 LO 4/00 señale que

¹²⁶² En lo que respecta a las enfermedades infectocontagiosas y el control de las mismas al momento del internamiento es otro aspecto que requiere una especial atención, se debe realizar una exploración profunda al respecto en aras de evitar situaciones tan complejas como el caso de Samba Martine CIE de Aluche (Madrid), la cual murió a causa de complicaciones con el VIH.

¹²⁶³ STJUE, Sala 3ª asunto Mahdi, C-146/14 PPU.

la medida la puede ser adoptada por el juez, nada impide que según el art. 56 LPACAP también la medida pueda ser adoptada por la autoridad administrativa. Dentro de esta medida general entiendo se pueden adoptar una serie de medidas individuales entre ellas:

3.2.1.f)-1- Medida de limitación/restricción de libertad de circulación. Prohibición de la salida de España.

3.2.1.f)-1-a- Consideraciones previas.

Las medidas que abordaremos a continuación son medidas cautelares que en su fin llevan determinadas condiciones de limitación de la libertad personal, libertad de movimiento, desplazamiento. Son medidas que también surgen y dependerán de un proceso principal, no siendo medidas autónomas. Su examen se tiene que realizar desde la perspectiva constitucional del art. 17 CE, entendiéndose que aunque no son actos que se encuentran regulados implícitamente como una materia sancionadora¹²⁶⁴, son medidas cautelares de un alto gravamen, por lo que los resultados finales sobre el extranjero tienen una similar connotación, por lo que han de cumplir todas las garantías de un procedimiento administrativo debido y justo

El art. 28 LO 4/00 regula la salida de España. Como bien señala las salidas del territorio español podrán realizarse libremente, excepto en los casos previstos en el Código Penal¹²⁶⁵, en la ley de extranjería propiamente dicha y en los tratados, por tanto, nos estamos refiriendo a otras formas de limitaciones del derecho a la libertad distintas de la detención, como pueden ser precisamente la prohibición excepcional expresa de salida del territorio nacional. Se exige para ello la necesidad de previsión legal de la medida limitativa del derecho a la libertad personal¹²⁶⁶. En lo que aquí nos interesa concretamente serían aquellos supuestos que puedan suscitarse en la LO 4/00. Estos supuestos son dos: i) por razones de seguridad nacional y ii) por razones de salud pública.

El apartado segundo del art. 28 señala: “2. *Excepcionalmente, el Ministro del Interior podrá prohibir la salida del territorio español por razones de seguridad nacional o de salud pública. La instrucción y resolución de los expedientes de prohibición tendrá siempre carácter individual*”. Sin embargo, no regula la ley como ha de ser dicho procedimiento de instrucción, tampoco se pronuncia o desarrolla el ROLEX en su art. 19 requisitos, ni en el art. 22 del mismo. Este último en su apartado 1 señala las situaciones de seguridad nacional o de salud pública. En cuanto, a las situaciones de seguridad nacional: a) los de extranjeros incurso en un procedimiento judicial por la comisión de delitos en España; b) los de extranjeros condenados por la comisión de delitos en España

¹²⁶⁴ Ello atendiendo, precisamente a su propia redacción, cuando señala que dichos expedientes iniciarán a iniciativa propia de las partes legitimadas al respecto, o a forma de propuesta, o a instancias de los ciudadanos, no hay fase instructora y sancionadora, no hay tipicidad de infracción que regule la prohibición de salida, al no existir tipicidad no podrá existir culpabilidad, por lo tanto, no podrá ser sancionada dicha conducta. Sólo el artículo 53.1 g) LO 4/00, señala una infracción que pudiera tener algún tipo de relación con lo aquí comentado, y es en lo referente a g) *Las salidas del territorio español por puestos no habilitados, sin exhibir la documentación prevista o contraviniendo las prohibiciones legalmente impuestas*. Sobre la interpretación de la culpabilidad en el procedimiento sancionador Córdoba Castroverde, D., (2014). “El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador. Excepciones según la jurisprudencia del TJUE”. Respuesta de los tribunales. *RJD*, <http://www.online.elderecho.com>, recuperado 14-12-2017.

¹²⁶⁵ STC, Sala 2ª, nº 169/01, FJ 8. Cuestión solucionada con la actual redacción del art. 530 LECrim, retirada del pasaporte lo que lleva implícitamente la prohibición de salida.

¹²⁶⁶ Ídem. anterior.

a pena de privación de libertad y reclamados, cualquiera que fuera el grado de ejecución de la condena; c) los de extranjeros reclamados y, en su caso, detenidos para extradición por los respectivos países, hasta que se dicte la resolución procedente.

A su vez describe la regulación de la prohibición de salida en cuanto a las razones de salud pública señalando: “*d) Los supuestos de padecimiento de enfermedad contagiosa que, con arreglo a la legislación española o a los convenios internacionales, impongan la inmovilización o el internamiento obligatorio en establecimiento adecuado.*”

El apartado 2 del art. 22 ROLEX señala: “*2. Las prohibiciones de salida se adoptarán con carácter individual por el titular del Ministerio del Interior, según los casos, a iniciativa propia, a propuesta del titular de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, del titular de la Secretaría de Estado de Seguridad, del Delegado o Subdelegado del Gobierno, de las autoridades sanitarias o a instancias de los ciudadanos españoles y de los extranjeros residentes legales en España que pudieran resultar perjudicados, en sus derechos y libertades, por la salida de los extranjeros del territorio español. Las prohibiciones de salida deberán notificarse formalmente al interesado.*”

De lo antes citado se entiende que existen tres formas de iniciación de los expedientes de prohibiciones de salida: i) a iniciativa del Ministerio del Interior; ii) a forma de propuesta de las instituciones mencionada en el art. 22.2 ROLEX; iii) instancias de los ciudadanos, ya sean españoles o extranjeros que pudieran resultar perjudicados. Esto nos conduce a indicar los procedimientos y las personas legitimadas para ello.

3.2.1.f)-1-b- Ordenación y tipo de procedimiento. Legitimados.

Para la determinación de lo anterior se ha de tener en cuenta la Disposición adicional segunda del ROLEX, Normativa aplicable a los procedimientos, como ya se ha dicho remite en todo caso en lo no previsto en materia de procedimientos en el Reglamento a lo dispuesto en la LPACAP. Siendo así, veremos seguidamente el procedimiento a seguir.

Los órganos legitimados y competentes para la iniciación de este tipo de procedimiento y adoptar las medidas cautelares respecto de la prohibición de salida, sería como bien señala el art. 22.2 del ROLEX:

- 1.- El titular del Ministerio del Interior.
- 2.- A propuesta del titular de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración.
- 3.- Titular de la Secretaría de Estado de Seguridad.
- 4.- Delegado o Subdelegado del Gobierno, de la Comunidad Autónoma que lo solicite.
- 5.- Las autoridades sanitarias.
- 6.- A instancias de los ciudadanos españoles.
- 7.- A instancias de los ciudadanos extranjeros residentes legales en España que pudieran resultar perjudicados, en sus derechos y libertades, por la salida de los extranjeros del territorio español.

Ante la ausencia de procedimiento la pregunta de orden sería ¿cuál es el cauce de dicho procedimiento? La respuesta la podemos encontrar en el art. 54 LPACAP, “Clases de iniciación de los procedimientos”, distingue el artículo entre los procedimientos que podrán iniciarse de oficio o a solicitud del interesado. Ello en estrecha relación con el art. 58 de la misma norma que regula la iniciación de los procedimientos de oficio por parte de la Administración señalando que “*Los procedimientos se iniciarán de oficio por*

acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, a petición razonada de otros órganos o por denuncia”.

Este art. 58 LPACAP, señala dos de las formas de inicio de procedimiento que a su vez señala el art. 22.2 del ROLEX, la propia iniciativa y petición razonada, que es igual a forma de propuesta. El art. 59 LPACAP, señala “Inicio del procedimiento a propia iniciativa”: “*Se entiende por propia iniciativa, la actuación derivada del conocimiento directo o indirecto de las circunstancias, conductas o hechos objeto del procedimiento por el órgano que tiene atribuida la competencia de iniciación.*”, ello hace perfecto encaje con el art. 22.2 ROLEX, en lo referido a que dicho procedimiento puede iniciarse a iniciativa propia.

El art. 61 LPACAP, titulado “Inicio del procedimiento por petición razonada de otros órganos”, engrana a su vez con el art 22.2 ROLEX, en cuanto a la forma de propuesta por las autoridades en él citadas. Entendiéndose por “petición razonada”, la propuesta de iniciación del procedimiento formulada por cualquier órgano administrativo que no tiene competencia para iniciar el mismo y que ha tenido conocimiento de las circunstancias, conductas o hechos objeto del procedimiento, bien ocasionalmente o bien por tener atribuidas funciones de inspección, averiguación o investigación.

La otra forma de iniciar el procedimiento -a instancias de los ciudadanos-, se corresponde con el art. 62 y 66 LPACAP que recoge el inicio del procedimiento por denuncia y solicitudes de iniciación del procedimiento a solicitud del interesado, respectivamente. Entendiéndose por esta forma de iniciación aquel acto por el que cualquier persona, en cumplimiento o no de una obligación legal, pone en conocimiento de un órgano administrativo la existencia de un determinado hecho que pudiera justificar la iniciación de oficio de un procedimiento administrativo, con los requisitos establecidos en dichos artículos.

Delimitado las formas de procedimiento, recurriendo a la supletoriedad de la LPACAP queda definido lo que respecta al inicio de los mismos, tomando como personas legitimadas las anteriormente enumeradas y los tres tipos de iniciación antes descritos. A su vez dichos procedimientos han de cumplir los requisitos enunciados a partir del art. 70 y siguientes hasta el 83 LPACAP, debiendo concluir los mismos con la resolución correspondiente y pudiéndose adoptar las medidas cautelares necesarias para la suspensión de esa prohibición de salida.

Atendiendo a lo anterior y en correspondencia con el fondo de la presente investigación, dichos actos estarán sometidos al régimen de ejecutividad del art. 98 LPACAP y art. 21.2 LO 4/00, es decir al carácter general de la ejecutividad de los actos sometidos a la legislación vigente, por lo tanto, están sujetos de solicitud de suspensión o de modificación o levantamiento de dicha medida cautelar o en su caso adoptar otra en correspondencia con las circunstancias concretas del caso.

3.2.1.f)-1-c- Prohibición de salida de España por razones de seguridad nacional.

Se ha señalado que el art 22.1 ROLEX desarrolla las situaciones de seguridad nacional, entendiéndose las mismas de acuerdo con la fundamentación *ut supra* dada sobre este concepto que puede comprender situaciones tanto de seguridad nacional de orden interior y exterior, por lo tanto, se entiende, que sean problemas de alta complejidad como hemos dicho. Pudiéndose adoptar en su caso cualquiera de las medidas cautelares personales recogidas en el art. 61 LO 4/00. Siendo las mismas sometidas a suspensión en el propio procedimiento administrativo y luego a control jurisdiccional.

3.2.1.f)-1-d- Prohibición de salida por razones de salud pública.

3.2.1.f)-1-d-1- Consideraciones previas.

He señalado *ut supra* alguna de las regulaciones de las enfermedades en la LO 4/00 y en su ROLEX, desde una perspectiva de garantía y requisito para la suspensión de los actos o adopción de medidas cautelares más favorables y protectoras de los derechos fundamentales de los extranjeros. Se volverán a analizar las mismas pero desde otro punto de vista, en este caso restrictivo a dichos derechos, entre ellos, al derecho a la libertad personal, adoptando medidas cautelares restrictivas o limitativas de dicha libertad, siendo en todo caso dicha restricción o limitación bajo el amparo del art. 17 CE, (convergen en este análisis el derecho a la libertad personal y el derecho a la protección de la salud pública colectiva¹²⁶⁷, que en determinados momentos se contraponen, siendo esta última uno de los límites¹²⁶⁸ más destacados de la primera). Es decir, entran en juego el art.17 (libertad) y el art. 43 CE que, tras reconocer el derecho a la salud, precisa en su apartado segundo: “*Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La Ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto*”. El desarrollo de este último precepto básico, rector de la política social del Estado, como veremos más adelante se encuentra regulado en la Ley General de Sanidad, Ley 14/1986, de 25 abril¹²⁶⁹; en la LO 3/1986, de 14 abril¹²⁷⁰, sobre Medidas Especiales en Materia de Salud Pública.

Como se expondrá a continuación existe un complejo entramado jurídico sobre los temas de control sanitario por enfermedades infectocontagiosas que llevado a la interconexión entre una norma y otra y de estas con la normativa de la extranjería hace que la adopción de medidas cautelares al respecto se tengan que realizar un análisis diferenciado de los presupuestos tradicionales de las medidas cautelares. Hace que la interpretación de las mismas para su adopción, ha de tener en cuenta determinadas garantías, que es lo que nos permitirá más adelante definir procedimientos, requisitos y proporcionalidad de intereses.

Ya he citado la regulación del art. 22.1-d) del ROLEX, al respecto parte de enfermedad contagiosa. No pretendo realizar un estudio sobre la terminología médica de definición de enfermedad contagiosa o de enfermedades infecciosas transmisibles, pero si es necesario señalar que de acuerdo con los especialistas en medicina son nociones o conceptos cuyo contenido no es equivalente por completo. El calificativo de contagiosa suele utilizarse para aquel grupo concreto de enfermedades transmisibles cuya transmisión se produce por contacto directo entre personas, mientras que las

¹²⁶⁷ Se ha de analizar el presente punto desde una visión amplia, partiendo de seguridad pública en cuanto a la afección de la salud de los ciudadanos. En este sentido, Núñez Herrera, V. E., (2020). “El Coronavirus, medidas necesarias...”, op. cit., La interpretación de estos conceptos los podemos ver la ya citada STC, Pleno, nº 33/82.

¹²⁶⁸ Cierco Seira, C., (2008). “Derecho a la de la libertad personal y protección de la salud pública: el internamiento forzoso por razón de enfermedad contagiosa. Reflexiones a propósito de la STEDH de 25 de enero de 2005, Enhorn contra Suecia”, en, I. Agirreazkuenaga Zigorraga. *Derechos Fundamentales y otros estudios en Homenaje al Prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*. (Vol. I. *Derechos fundamentales. Aspectos sectoriales*, pp. 805-834). Zaragoza: El Justicia de Aragón.

¹²⁶⁹ BOE nº 102 de 29-04-1986.

¹²⁷⁰ LO 3/86, de 14-04, medidas especiales en materia de salud pública, BOE nº 102, de 29-04-1986.

enfermedades infecciosas se entienden como el conjunto de manifestaciones clínicas causadas por una infección¹²⁷¹.

El citado art. 22.1-d) del ROLEX remite a su vez a la legislación española o a los convenios internacionales, es decir, a la Disposición adicional Undécima del ROLEX, Exigencia, normativa y convenios en materia sanitaria, que señala en su ordinal nº 1. *“Lo establecido en este Reglamento no excluye la vigencia y cumplimiento de lo dispuesto en los reglamentos y acuerdos sanitarios internacionales, así como en los artículos 38 y 39 y en la disposición final octava de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, en el Real Decreto 1418/1986, de 13 de junio, sobre funciones del Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad en materia de sanidad exterior, y en las demás disposiciones dictadas para su aplicación y desarrollo.”*

Como se ha de observar se remite a las autoridades sanitarias para la determinación de las enfermedades contagiosas o aquellos supuestos de salud que puedan afectar la estabilidad del sistema sanitario nacional, ello no es más que la Disposición Final Octava de la Ley 14/86, Ley General de Sanidad (en igual sentido se ha de tener en cuenta la LO 3/86, de 14 de abril¹²⁷². La Ley 14/86 señala: *“El Gobierno, mediante Real Decreto, adoptará las medidas necesarias para la actuación conjunta de varias Administraciones Públicas a efectos de sanidad exterior y para que pueda reconocerse validez y eficacia a los mismos efectos a determinadas inspecciones en origen u otros controles concretos que se juzguen suficientes, realizados por los servicios técnicos de las Comunidades Autónomas u otras Administraciones Públicas.”*

De la lectura de dicha Disposición Final Octava de la Ley 14/86, hace tener conexión concretamente con el art. 26 de la citada Ley el cual expone: *“1. En caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, las autoridades sanitarias adoptarán las medidas preventivas que estimen pertinentes, tales como la incautación o inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de Empresas o de sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales y cuantas otras consideren sanitariamente justificadas.”*

El art. 28 Ley 14/86 sobre las medidas preventivas contenidas en la citada ley debe atender a los siguientes principios, exponiendo en su inciso d) *“Se deberán utilizar las medidas que menos perjudiquen al principio de libre circulación de las personas y de los bienes, la libertad de Empresa y cualesquiera otros derechos afectados.”*

A su vez el art. 38 Ley 14/86, señala que son competencia exclusiva del Estado la sanidad exterior y las relaciones y acuerdos sanitarios internacionales, y en lo que concierne a nuestro interés específico, dentro de dicha sanidad exterior, encontramos el tráfico internacional de viajeros. Ello se hace extensivo al control epidemiológico; en la lucha contra las enfermedades transmisibles (art. 39 de la Ley citada).

Todo lo anterior hay que verlo relacionado con el art. 32 y siguientes de la Ley 14/86, sobre las infracciones y sanciones señalando que las infracciones en materia de sanidad

¹²⁷¹ Vaqué Rafart, J., (2015). “Epidemiología general de las enfermedades transmisibles”, en J. Fernández-Crehuet Navajas (et al. Dirs.). *Medicina Preventiva y Salud Pública* (12ª Ed., pp. 495-514). Barcelona: Elsevier.

¹²⁷² Ley Orgánica 3/86, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública. BOE nº 102, de 29/04/1986.

serán objeto de sanciones administrativas correspondientes, previa instrucción del oportuno expediente, realizando un catálogo de infracciones leves, graves y muy graves.

Se ha mencionado en este conglomerado de normas el RD 1418/86, de 13 de junio, sobre funciones del Ministerio de Sanidad y Consumo en materia de sanidad exterior, el mismo en su art 2, señala en lo que aquí nos interesa, el control y vigilancia higiénico-sanitaria de puertos y aeropuertos respecto del tráfico internacional de personas, por lo que desarrolla actividades en materia de vigilancia y control de los posibles riesgos para la salud derivados del transporte internacional de viajeros y medios de transporte internacional, todo ello en estrecha relación como se ha dicho con los acuerdos sanitarios internacionales. Debiendo señalar en ese sentido el ya citado Reglamento Sanitario Internacional (2005) donde la OMS, ha establecido las definiciones de las cuatro enfermedades de importancia crítica que siempre se consideran inusitadas o imprevistas y que pueden tener repercusiones de salud pública graves, por lo cual se deben notificar en cualquier circunstancia, a saber: viruela, poliomielitis por polio virus salvaje, gripe humana causada por un nuevo subtipo de virus, síndrome respiratorio agudo severo (SRAS) y la denominada pandemia del Coronavirus.

Sin embargo, dentro de toda esta proliferación de normas y conceptos es necesario precisar la diferenciación entre los términos, internamiento, aislamiento, cuarentena y hospitalización. En este sentido coincido CIERCO SEIRA en cuanto a lo que aquí nos interesa, utilizar el término de internamiento, pues el mismo expresa con claridad la acción de ingresar, internar a una persona en un establecimiento, ya sea el internamiento en un CIE¹²⁷³, en un CITE, en la sala de inadmitidos de un aeropuerto o puerto internacional, o en su caso en un centro hospitalario especializado, atendiendo y según la gravedad de la enfermedad o contagio, debiendo en cada caso, tomar las medidas de separación de los extranjeros, en el caso de los internados, o de los viajeros que presenten

¹²⁷³ Se ha de tener en cuenta que el RD 162/14, RCIE, en su art. 7 “Instalaciones y medios básicos”, apdo. 4, señala, lo relativo a la existencia de un servicio de asistencia sanitaria con disponibilidad de personal, instrumental y equipamiento necesario para la atención permanente y de urgencia de los internos, así como medidas de aislamiento interno en caso de enfermedades contagiosas o epidémicas. En este sentido puede verse entre otros, AJI nº 3 de Valencia, S/N de fecha 13-03-2020.

enfermedad física o psíquica¹²⁷⁴, o enfermedades contagiosas, tales como tuberculosis¹²⁷⁵, VIH¹²⁷⁶.

3.2.1.f)-1-d) 2- Ordenación y tipo de procedimiento. Legitimados.

Respecto a las prohibiciones de salida por razones de salud pública en cuanto a procedimiento se ha de estar a lo ya expuesto en párrafos anteriores Disposición adicional segunda del ROLEX, “Normativa aplicable a los procedimientos” remitiendo a la LPACAP. Por tanto, será art. 22.2 ROLEX quien defina los órganos legitimados y competentes para la iniciación de este tipo de procedimiento. Evidentemente tomara un papel protagónico las autoridades sanitarias.

En este caso la iniciación del procedimiento atendiendo a las razones de especialidad antes descritas considero que ha de ser por petición razonada de otros órganos, art. 61 LPACAP, siendo en este caso la petición razonada, o la propuesta de iniciación del procedimiento formulada por la autoridad sanitaria competente y correspondiente. Dicha autoridad sanitaria no tiene la competencia para iniciar el mismo (atendiendo a que estamos ante supuestos de extranjería, aunque la autoridad sanitaria por sí misma, ante situaciones concretas y supuestos de salud propiamente dicho si tiene competencia para ello¹²⁷⁷, no siendo objetivo de nuestro trabajo), pero si el conocimiento de la situación e infracción de fondo, conocimiento de las circunstancias, en fin las conductas o hechos objeto del fondo del procedimiento, ello por tener atribuidas las funciones de inspección, averiguación o investigación en la materia concreta, la sanitaria.

3.2.1.f)-1-d-3- Internamiento no voluntario por razón de enfermedad contagiosa.

La medida cautelar de internamiento no voluntario por razón de enfermedad contagiosa o inmovilización en establecimiento sanitario adecuado de extranjeros que sean detenidos

¹²⁷⁴ Informe año 2017. Centro de internamiento de extranjeros (CIE) en zona franca de Barcelona. Fundación Migra Studium, publicada 3-05-2018. La Fundación Migra Studium en sus 3 informes (2015-2018), alerta nuevamente de la presencia de personas en situación de grave vulnerabilidad en el CIE de la Zona Franca de Barcelona. Se ha detectado nuevamente en lo que nos interesa en este punto la presencia personas que sufren graves problemas de salud, psíquica y/o discapacitados (internos con enfermedad psicótica, otros con tuberculosis, interno que padecía ceguera debido de un accidente).

¹²⁷⁵ Villalbí, R. J., Rodríguez-Campos, M., Orcau, À., (et al). (2016). “La hospitalización terapéutica obligatoria en el control de la tuberculosis”. *Gaceta Sanitaria*. (Vol. 30, nº 2), pp. 144-147. Millares Martín, P., (2000). “La voluntariedad de los tratamientos sanitarios y su posible excepción por el riesgo a la salud pública. Especial consideración al caso de enfermedad tuberculosa”, en VV.AA. *Internamientos involuntarios. Intervenciones corporales y tratamientos obligatorios*. (pp. 187-198). Madrid: CGPJ. En igual sentido y en la misma obra, Montilla de Mora, P., (2000). “Tuberculosis. La perspectiva de la salud pública y los conflictos éticos y legales”, pp. 199-205. AJCA nº 7, Barcelona, nº 89/2017 de 30-8-2017, Rec. 309/2017. Medidas de vigilancia continuada y custodiada, incluso si fuera preciso realizándose por agentes del Cuerpo de Mossos d'Esquadra conforme a sus protocolos, el tiempo imprescindible para conseguir garantías en orden a impedir la infección de otras personas por tuberculosis. STSJCL (Sede Valladolid) Sala (Contencioso), Sec. 3ª, nº 1754/09 de 15-7-2009, Rec. 676/08. Expulsión por motivos de salud pública, ciudadanos familiares de la Unión. Art 15.1-c RD 240/07, tuberculosis pulmonar bacilífera.

¹²⁷⁶ Son ejemplos elocuentes, la muerte de Samba Martine en diciembre de 2011 en CIE Aluche Madrid, en su historial de ingreso no constaba que fuera portadora del VIH. Más recientemente Randy Yary, enero de 2020, enfermo VIH, medida de internamiento de 60 días, sin recibir tratamiento y antirretrovirales. Sobre estas anomalías Informe Anual 2019, Defensor del Pueblo. (2020), pp. 203-208.

¹²⁷⁷ Villalbí, R. J., Cusi M., Caylà A. J., Duràn J., Guix J., (2007). “El ejercicio de la autoridad sanitaria: los principios, lo reglamentado y la incertidumbre”. *Gaceta Sanitaria*, nº 21, pp. 172-175.

por encontrarse enfermos por enfermedad contagiosa¹²⁷⁸ no se encuentra regulada o tipificada directamente en el art. 61 LO 4/00. Esta medida puede ser incardinada en el art. 61.1.f) LO 4/00 -cualquier otra medida cautelar que el juez estime adecuada y suficiente.

La naturaleza jurídica de la presente medida sería de una medida personal restrictiva de la libertad personal por lo que le es de aplicación lo expuesto respecto a la medida de internamiento propiamente dicha. Su respaldo se encuentra tanto en la normativa internacional, -art. 5.1-e) CEDH¹²⁷⁹ y en el ya mencionado Reglamento Sanitario Internacional-, como en la legislación nacional sobre salud pública¹²⁸⁰ -LO 3/86, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, (concretamente en lo referido a aquellas medidas que puedan afectar a los derechos fundamentales de las personas, internamiento no voluntario o la hospitalización terapéutica obligatoria como medida excepcional para la defensa de la salud pública¹²⁸¹ y en art. 9.2 Ley 41/02, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica¹²⁸²-. Merece especial mención, la Ley 33/11, de 4 de octubre, General de Salud Pública la cual en su art. 54 regula las medidas cautelares al efecto. A su vez esta medida se encuentra respaldada por el art. 8.6 párr. 2º LJCA, el cual señala que “*Asimismo, corresponderá a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo la autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental*”.

En igual sentido de forma supletoria se ha de tener en cuenta la LEC en su actual art. 763 -internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico- que se ocupa tanto, de los internamientos necesitados de autorización judicial previa, como de los que denomina internamientos urgentes, en los que al necesitarse la inmediata adopción de la medida, se prevé la autorización judicial a posteriori. Sobre esta norma se comentara seguidamente pues la misma es de aplicación a los supuestos de internamiento no voluntario por razón

¹²⁷⁸ Banacloche Palao, J., (1996). *La libertad personal y sus limitaciones. Detenciones y retenciones en el Derecho Español*. Madrid: Hill Mcgraw, pp. 145 y ss.

¹²⁷⁹ STEDH, Sec. 2ª de 25-01-2005, asunto Enhorn c. Suecia nº 56529/00. Interpretación del art. 5.1 e) CEDH. Privación de libertad de personas susceptibles de propagar una enfermedad contagiosa, apdo. 31, 32, 36, 43 y 44; Sala de 5-11-1981, asunto X c. Reino Unido, nº 7215/75, detención por condena judicial en hospital psiquiátrico especial de seguridad para delincuentes enajenados y Sala de 8-05-1985, asunto Ashingdane c. Reino Unido, nº 8225/78.

¹²⁸⁰ Sánchez Barrilao, J. F., (2000). “Restricciones en orden a la protección de la salud: restricciones de la libertad por causa de enfermedad infectocontagiosa e internamientos en establecimientos psiquiátricos”, en VV.AA. R. Martín Morales. (Coord.). *El principio constitucional de intervención indiciaria*. (pp. 133 y ss.). Granada: Grupo Ed. Universitario.

¹²⁸¹ Villalbí, R. J., Rodríguez-Campos, M., Orcau, À, (2016). “La hospitalización terapéutica obligatoria...”, op. cit, pp. 144-147.

¹²⁸² Ley 41/02, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. BOE nº 274 de 15-11-2002. Señala: “*Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos: a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas, b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él*”.

de trastorno psíquico de personas extranjeras que se puedan encontrar internas en CIE (punto 3.2.1.f)-1-d-4-*infra*).

Dicho lo anterior, en el caso de que por razones de salud pública o colectiva –básicamente para prevenir contagios– fuese necesario proceder al aislamiento sanitario, en fronteras (portuarias o aeroportuarias, incluso llegadas masivas atendidas por Salvamento Marítimo y Cruz Roja), en una medida de detención ya sea en un CIE, un CITE, o se requiera su internamiento forzoso en un centro hospitalario, todo ello en contra de la voluntad del extranjero la normativa que resultaría de aplicación sería la de extranjería y la sanitaria, siendo en estos casos el Ministerio del Interior las autoridades competentes para realizar la solicitud de internamiento no voluntario por razón de enfermedad contagiosa, ya sea en situaciones de frontera o llegadas masivas, previos informes y solicitudes de las autoridades sanitarias, adoptando el internamiento el juez de instrucción de guardia. No obstante, es necesario señalar que este tipo de situaciones es compleja. Dicha complejidad no solo discurre por el presunto conflicto normativo, sino también en dependencia de los tipos de supuestos, tipo enfermedad, envergadura del contagio, afección al interés general.

Cuestión diferente sería el supuesto de encontrarse el extranjero ya interno en el CIE, en este caso cualquier modificación sobre la medida, traslado, hospitalización, intervención o tratamiento obligatorio, etc., se tendrá que contar con la autoridad judicial a cuya disposición se encuentra, es decir con el juzgado de instrucción que autorizo el internamiento¹²⁸³.

En todo caso, la medida inicial de internamiento por las razones de salud pública estando presente el elemento de extranjería debe adquirir temporalmente una doble dimensión y requisitos de análisis. En primer lugar, en situaciones de especial urgencia deberá ser el juzgado de instrucción de guardia, según el Acuerdo del Pleno del CGPJ por el que se modifica el Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, concretamente y en lo que aquí nos interesa art. 42.5, párr. 1º, letra b) es este: “*Medidas sanitarias urgentes y necesarias para proteger la salud pública conforme al artículo 8.6 párrafo segundo de la Ley 29/1998, de 13 de julio*”. Es decir, que los juzgados de instrucción de guardia en estos supuestos de enfermedad de extranjero, cumplen esa doble función, son los que están legitimados para el internamiento en CIE propiamente dicho y por otro lado, si el extranjero está enfermo con alguna de las enfermedades previstas por el Reglamento Sanitario, también será el encargado de ello de según el Acuerdo del año 2007. En fin, el juez instructor de guardia de acuerdo con lo antes expuesto en la materia de extranjería es el competente para la adopción de la medida cautelar de internamiento y en este caso el internamiento no voluntario por razón de enfermedad contagiosa. En segundo lugar, como no ha de ser de otra forma esta medida se encuentra sometida al principio de proporcionalidad, por lo que se ha de ver a la luz de otras alternativas menos gravosas que cumplan los mismos fines terapéuticos y de control sanitario y de salud pública colectiva atendiendo al tope que impone el respeto inquebrantable de la dignidad humana.

¹²⁸³ AJI nº 1 de Algeciras (Cádiz), de 9-05-2017, con funciones de control jurisdiccional del CIE de Algeciras y de Tarifa, en el que ha dispuesto requerir a los directores de estos centros y al Ministerio del Interior que lleven a cabo 31 medidas "urgentes", entre ellas, la realización en el momento del internamiento de las pruebas necesarias para la identificación de al menos, tuberculosis, VIH, sífilis, Hepatitis A, B, y C, sarcoptosis, pediculosis, escabiosis y parásitos intestinales.

En cuanto al procedimiento para su solicitud y adopción ha de ser igual que la solicitud de internamiento en CIE, teniendo en cuenta que la situación se puede producir en frontera, los órganos legitimados y competentes para la iniciación de este tipo de procedimiento, sería como bien señala el art. 22.2 ROLEX serían los Cuerpos de Seguridad del Estado del Ministerio del interior (Brigadas de Extranjería fronteras o Guardia Civil). Luego se aplicaría en igual sentido el art. 58 y 61 LPACAP, en relación con el art 22.2 ROLEX, (propia iniciativa y petición razonado forma de propuesta) y en todo caso con la intervención del Ministerio Fiscal, llevando un *plus* de garantías, consistentes en los dictámenes especializados de médicos forenses o epidemiólogos, infectólogos, etc., en dos vertientes: i) respecto al tratamiento e intervención corporal al extranjero si fuese necesario, hospitalización, días, etc. y ii) en cuanto al grado de la enfermedad y su afección a la seguridad ciudadana y por ende al interés general. Ambas, pero es especial la segunda permitirá la realización proporcional de los intereses generales e individuales, que por regla general serán compatibles al ser la protección de la vida humana el interés superior. En todo caso, se han de cumplir los requisitos y garantías de ser oído, igualdad de parte, contradicción y todo aquellas que sean necesarias para el cumplimiento de la legalidad de una medida tan gravosa.

Una vez adoptada la medida de internamiento por las razones en estudio, se pasa a una segunda fase, la fase de control de la ejecución de la medida por la autoridad jurisdiccional, es decir el control de cumplimiento de las obligaciones positivas adquiridas por el Estado en cuanto a tratamiento y cuidado de la persona extranjera enferma.

Sentado lo anterior la situación jurídica del extranjero que padezca una enfermedad física contagiosa potencialmente peligrosa para la colectividad y requiera la necesidad de internamiento no voluntario u hospitalización se ha de estar sometida a un control jurisdiccional¹²⁸⁴ que se debe caracterizar en todo caso: a) en que se persiga un fin constitucionalmente legítimo, b) audiencia del interesado, información de sus derechos en la fase administrativa, desplazamiento del Juzgado si fuese necesario al centro sanitario, si no resulta médicamente conveniente la comparecencia del enfermo en el órgano judicial¹²⁸⁵, c) asistencia de letrado en fase administrativa y como es lógico en la jurisdiccional, si fuera necesario desde dicho momento designación procurador, d) cuantas medidas profilácticas preventivas menos gravosas se estimen oportunas, e) motivación de la resolución administrativa para la solicitud del internamiento no voluntario, f) fijación de un plazo de internamiento necesario e imprescindible para la curación, el cual debe ser controlado de oficio periódicamente -periodos razonables de revisión y control de las medidas positivas para determinación evolución de la enfermedad a través de informes médicos, como consecuencia de las revisiones o estudios acordados por el Juzgado-, g) fijación del centro hospitalario donde se va a realizar el internamiento, h) comunicación a la Autoridad judicial que autorizó el internamiento si fuera necesario cambio de institución hospitalaria atendiendo a la gravedad o mejoría del

¹²⁸⁴ Téngase en cuenta lo ya señalado respecto a las indicaciones de ACNUR de fecha 16-03-2020, Consideraciones jurídicas respecto al acceso a fronteras y protección internacional. De dichas consideraciones los puntos del 5 al 8 son un reflejo de las medidas que aquí señalo.

¹²⁸⁵ STSJM Sala (Contencioso), Sec. 9ª, nº 48/01 de 13-11-2001, Rec. 61/01, internamiento hospitalización terapéutica obligatoria. Conformación de relación jurídica procesal adecuada cumplimiento de garantías procesales de defensa.

extranjero en cuestión, i) resolución motiva por la autoridad jurisdiccional que autoriza el internamiento.

3.2.1.f)-1-d-4- Internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico.

Hemos mencionado con anterioridad, los resultados de varios informes de instituciones públicas, de ONG, e incluso reconocimiento por parte de las propias autoridades gubernamentales que en determinados CIE se han presentado deficiencias con internos con padecimiento de enfermedades psiquiátricas. En este sentido, abordo a continuación la forma de adopción de dicha medida cautelar.

A lo igual que en la medida anterior la LO 4/00 y su reglamento no dicen nada al respecto. Por lo que el respaldo normativo se encuentra en la misma normativa señalada en el punto anterior. Siendo su naturaleza jurídica la misma que la anterior, una medida personal restrictiva de la libertad personal por lo que le es de aplicación lo expuesto respecto a la medida de internamiento propiamente dicha.

Sobre este tipo de medidas en sentido general nuestro TC ha señalado dos tipos de supuestos: el primero, el internamiento previsto para determinados casos por el Código Penal¹²⁸⁶ y el internamiento conforme a derecho, por razón de trastorno psíquico previsto en la LEC, art. 763.1¹²⁸⁷-internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico¹²⁸⁸.-

Como se señaló en el supuesto anterior este tipo de supuestos se pueden dar en dos escenarios fundamentales: i) en frontera; ii) la persona interna en CIE o CITES. De ser en la primera circunstancia, frontera, se aplicaría en sentido general el mismo procedimiento que para el supuesto del internamiento no voluntario por razón de enfermedad contagiosa con algunas importantes matizaciones que seguidamente comentaremos. En cuanto al segundo, persona interna en CIE o CITES, y sea detectada la enfermedad psíquica en el mismo, no existe una interpretación clara al respecto.

¹²⁸⁶ Art. 101 C.P y el art. 781 LECRIM. SSTC, Sala 1ª, nº 16/81, de 18-05-1981, BOE nº 143 de 16-06-1981, FJ 10; Sala 2ª, nº 112/88 de 8-06-1988, BOE nº 152 de 25-06-1988, (remitiendo a STEDH asunto Winterwerp). Más reciente STC, Pleno, nº 217/15, de 22-10-2015, BOE nº 284, de 27-11-2015 y Sala 2ª, nº 84/18, de 16-07-2018, BOE nº 199, de 17-08-2018. Sobre lo aquí tratado se puede estudiar el Informe anual Defensor del Pueblo Informe (2020). *Las personas con discapacidad intelectual en prisión. Estudio*. Separata del volumen II del Informe anual. Defensor del Pueblo Informe del 2018. Informe CIE 2019: Diez años mirando a otro lado. Servicio Jesuita a Migrantes, España 6-07-2020. p. 27.

¹²⁸⁷ STC, Pleno, nº 132/10 de 2-12-2010, BOE nº 4 de 05-01-2011, declaró el art. 763.1 LEC inconstitucional, aunque no nulo por carencia de rango orgánico. Sin embargo, ya dicho artículo tiene rango de LO que le ha sido conferido recientemente por el art. 2, apdo. 3, de la LO 8/15, de 22 de julio, que modificó la Disposición Adicional Primera de la LEC. Circular 2/17, de 6-07-2017, sobre el ingreso no voluntario urgente por razón de trastorno psíquico en centros residenciales para personas mayores. Circular 9/15, Sobre La Intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de La Jurisdicción Voluntaria. 7.2 El internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico. Conclusión 25. Con anterioridad Circular 2/84, de 8-06-1984, de la Fiscalía General del Estado, que “*el internamiento no sólo priva de la posibilidad de desplazarse libremente libertad personal, sino que también afecta a lo que se ha llamado libertad moral, pues al sujeto se le ha de administrar un tratamiento contra su voluntad, se ha de sujetar a determinadas normas de régimen interno, etc.*”

¹²⁸⁸ Marroig Pol, L., (2012). “El internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico: la evolución de la regulación en el ordenamiento español”. *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*. (nº 87). Universidad Pontificia de Comillas, pp. 137-167. En cuanto al concepto de enfermedad psiquiátrica, enfermedad mental, trastorno mental, trastorno psíquico, señalar que actualmente en los ámbitos científico-técnicos y profesionales de psiquiatría sigue siendo objeto de debate, no obstante, a ello, la definición técnica no es objeto de este trabajo, sino el resultado del estado mental del extranjero que se encuentre en un CIE.

Como señalaba en el presente supuesto se dan importantes matizaciones consistentes en posibles conflictos normativos, procedimentales y de competencia material objetiva. Tanto en frontera como en CIE o CITES se ha recurrir a la LEC art. 763.1 y siguientes para el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico. En el caso de frontera no deben suscitarse mayores complicaciones procesales, ni competenciales, pues directamente la autoridad administrativa interviniente (Brigadas de Extranjería fronteras o Guardia Civil), de acuerdo con el art. 22.2 RD 557/11 en relación con los arts. 58 y 61 LPACAP, (propia iniciativa y petición razonado forma de propuesta) y en todo caso con la intervención del Ministerio Fiscal¹²⁸⁹ hacer uso del art. 763.1 párrafo segundo de acuerdo con las razones de urgencia que hiciera necesaria la inmediata adopción de la medida está legitimada para ello, realizando directamente el internamiento, debiendo tanto, dicha autoridad, como luego por la autoridad sanitaria correspondiente dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal. Siendo en estos casos de urgencia la competencia para la ratificación de la medida corresponderá al tribunal del lugar en que radique el centro donde se haya producido el internamiento. En el supuesto que el internamiento sea de MENAS se realizará siempre en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor. Debiéndose cumplir todas las garantías del debido proceso, entre ellas el derecho a ser oído la persona afectada, Ministerio Fiscal, destacándose que el tribunal deberá examinar por sí mismo a la persona de cuyo internamiento se trate y oír el dictamen de un facultativo por él designado.

En todas estas actuaciones, la persona afectada por la medida de internamiento podrá disponer de representación y defensa en los términos señalados en el artículo 758 LEC y en todo caso si existiese conflicto de intereses el nombramiento de un defensor judicial.

Cuestión diferente es el supuesto de encontrarse el extranjero ya interno en el CIE, en este caso y de acuerdo con el art. 7-4 RCIE, en razón de la enfermedad física o psíquica se aconseja la separación del resto de los internados. Esta medida será comunicada inmediatamente al Juez competente para el control de la estancia de los extranjeros en el CIE y al juez instructor que autorizó el internamiento para que proceda al levantamiento de dicha medida cautelar, o cualquier otra modificación sobre la medida de internamiento previa, traslado, hospitalización, intervención o tratamiento obligatorio, etc. Es decir, se tendrá que contar con la autoridad judicial a cuya disposición se encuentra el extranjero interno, -juzgado de instrucción que autorizó el internamiento-, de acuerdo con el art. 62.1 párrafo segundo LO 4/00, -en caso de enfermedad grave del extranjero se valorará el riesgo del internamiento para la salud pública o la salud del propio extranjero, aspecto que se determinaran en la audiencia que se celebra al respecto-. Debiendo en todo caso el juez de instrucción hacer uso del art. art. 763.1 y siguientes LEC y por razones de competencia material y jurisdiccional remitir a la jurisdicción civil al juzgado territorial correspondiente a donde se encuentre el centro hospitalario o unidad asistencial donde se vaya a internar el extranjero enfermo para su tratamiento psiquiátrico¹²⁹⁰.

¹²⁸⁹ Vid. nota 1019 y 1287, en cuanto a la Circular 9/15 FGE, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de La Jurisdicción Voluntaria, internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico.

¹²⁹⁰ En este sentido la doctrina del TS Sala 1ª sobre la competencia territorial para el seguimiento y control del internamiento en los casos de cambio de centro, que se otorga al Juzgado del lugar donde se ha

De no ser aceptada y compartida la solución anterior, en todo caso el vacío legislativo señalado se puede suplir de forma analógica y extensiva por el art. 381 y 383 ambos de la LECrim en relación con el propio art. 62.1 párrafo segundo LO 4/00, en cuanto a que los mismos de forma similar tratan el tema de la salud del justiciable. Destacándose el art. 381 LECrim el cual señala “*si el Juez advirtiese en el procesado indicio de enajenación mental, le someterá inmediatamente a la observación de los Médicos forenses...*”. Mientras que el art. 383 LECrim, se refiere concretamente a la demencia sobreviniera, en nuestro caso sería en aquellos supuestos en que la persona ya este con la medida cautelar impuesta e interno en el CIE debutase con esa demencia sobreviniera.

En todo caso y en cualquiera de los supuestos que se encuentren los extranjeros donde los mismos tengan rasgos o manifestaciones psiquiátricas, se deberá por la Autoridad Judicial competente, juez de instrucción tomar la medida más adecuada y ajustada a derecho de acuerdo con las circunstancias concretas que por regla general deberán ser adoptar otra medida cautelar menos invasiva y proporcional y en todo caso si el supuesto así lo requiere el mantenimiento de la citada medida, deberá el Juez Instructor remitir al ciudadano extranjero a la unidad asistencial adecuada para su tratamiento y evaluación médico forense, donde deberá someterlo a la observación de los mismos, con objeto de precisar una inicial valoración de su estado psíquico o que se proceda en correspondencia con el art. 763.1 LEC.

3.2.1.f)-2- Prohibición de salida de ciudadanos de la Unión y sus familiares.

En cuanto a la Prohibición de salida, de CUE y sus familiares no se aprecian diferencias en relación con lo expuesto anteriormente, puesto que existe el derecho de libre circulación, siendo solamente limitado ante los supuestos ya señalado *ut supra*, razones de orden público, seguridad pública, salud pública o de carácter penal (art. 89 CP), recogidas tanto en la Directiva 38/04/CE como en el RD 240/07.

En cuanto a las enfermedades que pueden justificar la adopción de alguna de las medidas reseñadas serán las enfermedades con potencial epidémico señalado en el art. 15-9 RD 240/07, así como otras enfermedades infecciosas o parasitarias contagiosas, de conformidad con la legislación española vigente. En este sentido un ejemplo ilustrativo ha sido la crisis de la pandemia del coronavirus.

El TJUE hasta el presente de forma concreta sobre este particular no ha realizado ninguna labor interpretativa, siendo lo anterior actos no claros, ni aclarados donde se contraponen derechos fundamentales, como la libertad de circulación y otros como la seguridad ciudadana desde el punto de vista de la salud pública, no solo respecto a los EM de acogida o al EM originario del CUE, sino del interés general de toda la UE, ya que el CUE y sus familiares puede realizar su derecho de circulación a otro EM de acogida, pudiéndose en estas circunstancias propagar las enfermedades con potencial epidémico. No obstante, lo anterior como mismo se ha expresado dichas medidas pueden ser suspendidas o adoptar cualquier otra medida menos gravosa.

3.2.1.f)-3- Medidas de anotación preventiva de recursos administrativos o medidas cautelares en el Registro Central de Extranjeros.

3.2.1.f)-3-a- Consideraciones previas.

trasladado el afectado, y no al que dictó la resolución autorizando el internamiento (así, AATS Sala 1ª, Sec. 1ª, nº 4247/12 de 27-03-2012, Rec. 41/12; Sec. 1ª, nº 6323/10 de 11-05-2010, Rec. 359/09 y Sec. 1ª, nº 12227/08 de 11-12-2008, Rec. 204/08).

A lo igual que en las medidas anteriores las presentes no están recogidas explícitamente en el art. 61-1 LO 4/00, sino que pudieran ser ubicadas dentro del inciso f) *numerus apertus*. La presente medida respondería al denominado Derecho Administrativo de la Información, la gobernanza electrónica, como parte del Derecho de la Información, es decir, todo aquello relacionado con la publicidad de la acción administrativa, visto en este momento como un aumento de la seguridad jurídica¹²⁹¹.

Sin embargo, lo dicho tiene cierta complejidad técnica respecto a sus antecedentes¹²⁹². La medida en estudio suele asociarse a la esfera privada de la autonomía de la voluntad, al negocio jurídico en relación con la constitución de los derechos reales. Evidentemente no me estoy refiriendo a ello, sino a las relaciones jurídico-administrativas, entre extranjeros-Administración y sus derechos subjetivos, a situaciones y relaciones jurídicas que otorgan o que confieren dichos derechos, los cuales, como veremos, requieren de protección y registro. Esta distinción o demarcación, entre una y otra figura, es lo que hará perfilar de algún modo las ideas que se expondrán seguidamente, no existiendo una posición pacífica, tanto, doctrinal como jurisprudencial¹²⁹³.

Se ha de partir de la LPACAP y el tratamiento de las medidas tecnológicas¹²⁹⁴ como obligatorias por su carácter estructural e interoperabilidad a través del principio de coordinación para asegurar su obligatoriedad¹²⁹⁵. En igual sentido se ha de tener presente que la LO 4/00 y su ROLEX hacen referencia y regulan la existencia de dos Registros: i), RCE; ii), el RMENAS¹²⁹⁶, ambos, a su vez están incluidos en el ámbito de aplicación de

¹²⁹¹ BOE de 23-09-2020. Edición actualizada. Última modificación: 16-12-2019 Códigos electrónicos. Código de Administración Electrónica. Secretaría general de la Administración Digital. Pitschas, R., (2012). “Derecho administrativo de la información...”, op. cit., pp. 200, 218-219, 239. Barnés Vázquez, J., (2010). “El procedimiento administrativo y el gobierno electrónico”. *Fundación Democracia y Gobierno Local*, pp. 83-95.

¹²⁹² Díez-Picazo y Ponce de León, L., (2008). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, (T-III *Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*. 5ª Ed., p. 120). Madrid: Civitas. En este sentido se refiere el autor a los derechos reales administrativos, supuestos donde lo que está en controversia es si ciertamente son o no derechos reales. A su vez la medida siempre se asocia al art. 34 y 42 de la Ley Hipotecaria.

¹²⁹³ AJCA nº 1, Granada de 4-09-2019, piza separada 1052.1/19, el cual no admite la medida cautelar solicitada de anotación preventiva de demanda en el RCE, considerando que las anotaciones preventivas de demanda están previstas en el art. 42 LH, en el que se regula los supuestos en que puede ser solicitada, siendo su finalidad hacer constar una determinada pretensión ejercitada en relación con un derecho inscrito en el Registro de la Propiedad el cual tiene eficacia frente a terceros. En similares términos AJCA nº 3 Granada nº 1667/19 de 20-12-2019, Pieza Separada nº 1711/19. STSJM Sala (Contencioso), Sec. 10ª, nº 588/15 de 4-02-2015, Rec.783/14, FJ 3, no anotación en registro Adexttra caducidad expediente expulsión. Sin embargo, esa propia Sec. y Tribunal a partir de las sentencias nº 403/15, Rec. 136/15 de 8-06-2015; nº 653/15 de 20-10-2015, Rec. 310/15; nº 787/15, de 26-11-2015, Rec. 440/15, produce un cambio de criterio adopta uno nuevo, con vocación de futuro, señalando y argumentando en lo que aquí nos interesa el papel del RCE, fichero Adexttra, en similares términos STSJM Sala (Contencioso), Sec. 10ª, de 11-12-2015, nº 815/15, Rec. 705/15.

¹²⁹⁴ STC, Pleno, nº 55/18 de 24-05-2018, BOE nº 151 de 21-06-2018. Ha declarado constitucional el tratamiento tecnológico introducido por la LPACAP.

¹²⁹⁵ En este sentido se ha de tener presente la Instrucción 1/18, de 22-11-2018, CGPJ relativa a la obligatoriedad para jueces/zas y magistrados/as del empleo de medios informáticos a que se refiere el art. 230 LOPJ vinculante, tanto para el Estado, como para las CCAA, concretamente Anexo Técnico a la Instrucción, punto 4 Integración de los expedientes procedentes de otros organismos.

¹²⁹⁶ El art. 215 ROLEX regula el RMENA. Señala que en la DGP y de la GC existirá un Registro de MENAS, con efectos exclusivos de identificación, que estará coordinado por la FGE, para el cumplimiento

la mencionada LO 3/18, Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (la cual deroga la LO 15/99, de 13-12-99, de Protección de Datos de Carácter Personal). De la propia LO 4/00 se infiere la regulación de todo lo concerniente a los datos de los extranjeros y menores en cuanto a su situación administrativa, de estado civil, nacionalidad, etc.¹²⁹⁷. El art. 2 LO 4/00, la Disposición Adicional Quinta de la misma (Acceso a la información, colaboración entre Administraciones públicas y gestión informática de los procedimientos, párrafo tercero del apartado 3), así como de las referencias que al efecto se contienen en los arts. 14.1 y 21.4 ROLEX (anotaciones en el RCE de entradas y salidas de extranjeros no ciudadanos del UE), art. 213 y 215 ROLEX¹²⁹⁸, hacen que ambos registro constituyan fuentes de publicidad registral inter administrativa y judicial.

El RCE constituye un registro digital donde se almacenan de una forma u otra pero de manera organizada, datos, ficheros, respecto de hechos, actos jurídicos oficiales de notoria relevancia y derechos subjetivos o derechos conformados en relación con las situaciones jurídicas de los extranjeros. No puede dudarse que dicho RCE es una forma de registro, en este caso electrónico y con publicidad legal, oficial, de las situaciones jurídicas de los extranjeros, de acceso y consulta de las mismas por autoridades administrativas públicas, tanto, judiciales como administrativas propiamente dichas. Constituyendo una presunción “*iuris tantum*” derivada de la anotación de todos los datos que recoge la norma, modificación o transmisión de las diferentes situaciones y derechos adquiridos, es decir, una presunción objetiva referente a la existencia misma o vigencia del derecho anotado; y de otra parte, una presunción subjetiva relativa a la pertenencia del derecho anotado a su titular registral.

Las características antes descritas cumplen una doble función, por un lado, me permiten confirmar, el carácter de registro administrativo mixto y por otro, diferenciarlo con el Registro de los MENAS, el cual en su art. 215 ROLEX, señala claramente que es un registro con efectos exclusivos de identificación. Esta diferencia, así como otras razones, permitirá sustentar la medida de anotación preventiva en el registro administrativo público jurídico de extranjeros, como una medida, que puede ser adoptada, tanto, en el procedimiento administrativo, como en el contencioso administrativo.

de las competencias que tiene atribuidas al mismo. En este sentido se pueden ver las Menorías de la FGE, sobre funcionamiento RMENAS. Los problemas más significativos de funcionamiento de dicho registro son, restricciones temporales horarios consulta, no inscripción del menor, omisión de la consulta al Registro antes de determinar la edad, falta de constancia del registro de Decretos de determinación de edad. Memorias de la FGE de 2019, pp. 837-848. En similares términos Informe Anual 2019, Defensor del Pueblo. (2020), pp. 192-193.

¹²⁹⁷ STSJ PV, (Sede Bilbao) Sala (Contencioso), Sec. 3ª, nº 668/15 de 10-12-2015, Rec. 258/14 y SJCA nº 9, Barcelona, de 12-6-2014, Rec. 24/13. Ambas sentencias hacen referencia al deber obligación (art. 214 ROLEX), que tiene el extranjero entre otras, modificación del domicilio en plazo de un mes, de poner en conocimiento de la Oficina de Extranjería o de la Comisaría de Policía correspondientes al lugar donde residan o permanezcan, los cambios de nacionalidad, de domicilio habitual y de estado civil.

¹²⁹⁸ Disposición Adicional Quinta, LO 4/00 prevé en su apdo. tercero que: “*El Ministerio del Interior, de acuerdo con sus competencias en materia de orden público, seguridad pública y seguridad nacional, mantendrá un Registro central de extranjeros*”. Previsión legal que, a su vez, tiene desarrollo reglamentario en el art. 213 ROLEX apdo. primero dispone: “*Existirá, en la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, un Registro Central de Extranjeros en el que se anotarán: (...)*”. Téngase en cuenta que también está regulado el RMENAS. En este sentido Disposición Adicional Sexta. ROLEX Aplicación informática para la tramitación de procedimientos, remite a la anterior. Por tanto, ambos registros son una institución administrativa, perteneciente al Ministerio del Interior.

Otro argumento sobre la necesidad de la presente medida lo encontramos en el art. 23.3 ROLEX. Se ha de recordar, lo referente a la voluntad de recurrir del extranjero art. 22.3 LO 4/00, (constancia expresa de la voluntad de interponer el recurso o ejercitar la acción correspondiente). Al respecto, la LO 4/00 señala dos formas fundamentales de manifestación de dicha voluntad, una, de conformidad con lo previsto en la LEC art. 24, en segundo lugar, cuando el extranjero pudiera hallarse privado de libertad, en la forma y ante el funcionario público que reglamentariamente se determinen, (art. 223 del ROLEX), que lo harán constar en acta que se incorporará al expediente. Por tanto, la anotación preventiva de un recurso administrativo, de una demanda o de una medida cautelar, es una expresión cualificada de esa voluntad de recurrir, ello con todas las consecuencias jurídicas que se han expuesto.

En igual sentido el ROLEX en sus arts. 256 y 257 señalan lo relativo a la Comunicación interorgánica de infracciones y Comunicaciones de los órganos judiciales a la Delegación o Subdelegación del Gobierno en relación con extranjeros, respectivamente¹²⁹⁹, esto también hace conducir a la materialización de las medidas en estudio. Lo dicho se interrelaciona con las medidas cautelarísimas del art. 135.2 LJCA y el Acuerdo del Pleno del CGPJ del año 2007 (que como se ha dicho modifica el art. 42.5 del Reglamento 1/2005 Actuaciones Juzgados de Instrucción Guardia), en lo relativo a la acreditación por el interesado recurrente de cuanta información sea relevante o le sea requerida sobre procedimientos en trámite que tengan conexión con el objeto de dicha solicitud.

Para desarrollar lo anterior, podríamos realizarnos varias interrogantes ¿cómo se llevará el control por parte de la Administración de extranjería, resto de Administraciones Públicas y Administración de justicia de aquellos casos en que el interesado manifieste su voluntad de recurrir y dentro de ella solicite una medida cautelar de suspensión o se le conceda dicha medida o cualquier otra, si el acta de manifestación de voluntad de recurrir, o la presentación de la demanda o la medida cautelar concedida o denegada, no se incorporará a ese RCE? O ¿cuándo se presentan actos originarios propios, complejos compuestos, conexos o complejos impropios, (p. ej.), dentro del acto unilateral expulsión, se genera la extinción de oficio de las autorizaciones de trabajo y residencia existentes, si es recurrida la primera y anulada o revocada, como se activa nuevamente la segunda?

Las respuestas a estas y otras interrogantes indiscutiblemente nos llevan al mencionado RCE, fichero "ADEXTTRA" (art. 213-214 ROLEX)¹³⁰⁰, pues no existe otra fórmula de conocimiento público a nivel nacional e incluso europeo (Sistema SIRENE)¹³⁰¹ viable

¹²⁹⁹ En este sentido se puede tener en cuenta la Recomendación del Defensor del pueblo de fecha 23-05-2016, nº de queja 16002509 al Ministerio de Justicia y Ministerio Fiscal para que imparta instrucciones con el fin de que en la audiencia previa que contempla el art. 62 LO 4/00 antes de que el juez tome la decisión sobre el internamiento del extranjero se compruebe que la policía adjunte a la solicitud de autorización de internamiento la actualización del extranjero su situación actualizada según el RCE (Adextra).

¹³⁰⁰ Orden INT/2287/2014, de 25-11-2014 BOE nº 294 de 5-12-2014 (por la que se modifica) Orden INT/1202/2011, de 4-05-2011, por la que se regulan los ficheros de datos de carácter personal del Ministerio del Interior, BOE nº 114, de 13-05-2011, que ha derogado, entre otras disposiciones, la Orden INT/1751/2002, de 20-06-2002, por la que se regulaban los ficheros informáticos de la Dirección General de la Policía que contienen datos de carácter personal, BOE nº 165, de 11-06-2002. Dicha Orden en correspondencia con el art. 105.b) CE y art. 13-d) LPACAP, acceso a la información pública, archivos y registros.

¹³⁰¹ Sistema Información Schengen (SIS) – Oficina SIRENE, art. 96 Reglamento Schengen. Decisión 2013/115/UE Ejecución de la Comisión, de 26-02-2013, relativa al Manual Sirene y otras medidas de ejecución para el Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II). Proviene de

para ello. Dicho registro como veremos más adelante dentro de sus fines esta anotar todos aquellos datos sobre las circunstancias del extranjero. En lo que aquí nos interesa, inciso *m) Medidas cautelares adoptadas, infracciones administrativas cometidas y sanciones impuestas en el marco de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y de este Reglamento* e inciso *w) Cualquier otra resolución o actuación que pueda adoptarse en aplicación de este Reglamento*).

Los datos anotados pueden ser consultados por las A administraciones públicas y por los propios interesados, (recordar la diferencia fundamental con el Registro de los MENAS), conformando así el RCE una parte de la compleja organización del tráfico jurídico respecto a los datos de los extranjeros, de una verdad legal u oficial, referencia precisa, derechos, obligaciones, asumiendo un cometido de publicidad a diversos niveles, de acuerdo con la situación jurídica concreta. El RCE da constancia de las situaciones administrativas y jurídicas individualizadas en que se pueden encontrar los extranjeros; cumple el contenido del concepto más amplio del principio de seguridad jurídica¹³⁰².

No es objeto de este trabajo analizar la calificación de los registros y su diferenciación entre registros administrativos y jurídicos, temática nada pacífica, debate doctrinal no acabado¹³⁰³. Pero si es necesario recordar que la actividad registral administrativa se ha venido desarrollando en los últimos tiempos de acuerdo toda la normativa *ut supra* citada, actividad directa que realiza la Administración en los registros dependientes a ella, donde su objeto es la regulación de las relaciones jurídicas públicas, ejerciendo la función de garantía por razones de interés general, incluido el derecho de acceso. Dicho lo anterior, hace que podamos tener en cuenta otro argumento que sustente que el RCE, es un Registro Público administrativo, con efectos jurídicos, como instrumento de control, con efectos de publicidad material y formal, que da seguridad jurídica, tiene función probatoria, certificante e informativa que acredita la veracidad real o formal de los datos anotados (no es una simple información informático-administrativa, de noticias o de registro de entrada y salida de documentos, no es un archivo documental electrónico), que tiene incidencia directa, acreditativa de la regularidad administrativa del extranjero.

Lo anterior nos lleva a considerar que el RCE, cumple la misma función y se puede asimilar por analogía que esta al mismo nivel que los Registro Central de Penados,

Reglamento 1987/06 Parlamento Europeo y del Consejo, de 20-12-2006, relativo al establecimiento, funcionamiento y utilización del Sistema de Información de Schengen (SIS II), DOL 381 de 28-12-2006 y Decisión 2007/533/JAI Consejo de 12-06-2007 relativa al establecimiento, funcionamiento y utilización del Sistema de Información de Schengen (SIS II), DOL 205 de 7-8-2007. Ambos modificados por los Reglamento (UE) 2018/1726 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14-11-2018, relativo a la Agencia de la Unión Europea para la Gestión Operativa de Sistemas Informáticos de Gran Magnitud en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (eu-LISA) DOL 295/99 de 21-11-2018 y por Reglamento (UE) 2018/1861 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28-11-2018, relativo al establecimiento, funcionamiento y utilización del Sistema de Información de Schengen (SIS) en el ámbito de las inspecciones fronterizas, DOL 312/14 de 7-12-2018. Ambas normas comparten una serie de elementos comunes que se completan con un conjunto de normas específicas que delimitan el uso del sistema en el ámbito concreto de competencias cada uno de los instrumentos. A su vez ambas amparadas en el Título IV y VI del TUE. Sobre este registro se puede profundizar en, Fernández Arévalo, L., (2006). "Extranjeros inscritos en el Sistema de Información de Schengen como no admisibles y eficacia en España de resoluciones de expulsión acordadas por otros Estados de la Unión Europea". *RDME*, (nº 20), pp. 31-55.

¹³⁰² Mezquita del Cacho, J. L., (1989). "Seguridad jurídica y sistema cautelar". Barcelona: Bosch, Vol. I, pp. 54 y ss. y 251 y ss.

¹³⁰³ Rams Ramos, L., (2008). *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos*. Colección de derecho administrativo. Madrid: Reus, pp. 295-330.

Registro Central de Rebeldes Civiles, de Sentencias de Responsabilidad Penal de los Menores y para la Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica, regulados por RD 95/09, de 6 de febrero, Sistema de Registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia¹³⁰⁴. La información que posee el RCE, no es solo para el Ministerio del Interior y para el Sistema europeo, es una información de ficheros registrales que también está en apoyo y servicio a la Administración de Justicia, en este caso a la jurisdicción contenciosa-administrativa, también al Ministerio Fiscal y al resto de Administraciones públicas. A diferencia del Registro de los MENAS, que como se ha dicho, tiene efectos exclusivos de identificación. En definitiva, en lo que aquí ahora nos interesa el RCE y el de MENAS, a lo igual que los anteriores, son registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia, al Fiscal y a las propias Administraciones públicas, que tratan la materia de extranjería y menores, a su vez como he dicho, se interconecta con el sistema europeo SIS-II SIRENE.

Tras una interpretación sistemática de lo antes expuesto nos conduce a que toda la Administración, incluida la de Justicia, tiene la obligación de la utilización de los medios informáticos e integración de los expedientes procedentes de otros organismos. Por tanto, a través de la institución jurídica en estudio puede ser perfectamente un mecanismo adecuado de la actualización del estado administrativo del extranjero y como veremos, una garantía de la tutela judicial efectiva¹³⁰⁵. Se pretende así, dar a conocer la existencia del recurso frente a autoridades administrativas o judiciales, siendo perfectamente trasladable la anotación preventiva de demanda o medidas cautelares, como se realiza en cualquier otro registro público. Siendo el RCE un registro público equiparable a cualquier otro registro público con idénticas funciones de anotación y registro de datos personales.

3.2.1.f)-3-b- Anotación preventiva recursos administrativos o de cualquiera de las medidas cautelares adoptadas.

Como es conocido la anotación preventiva¹³⁰⁶ es el asiento principal, provisional y en general positivo que se practica en los libros de inscripciones y que tiene por objeto asegurar los resultados de un juicio, garantizar un derecho perfecto, pero no consumado o preparar un asiento definitivo, o consiste en marginación que hace el funcionario de registros de instrumentos públicos en el folio respectivo, de la orden del juez comunicado a través de oficios o resoluciones judiciales de la existencia de un proceso. Con cualquiera de esas opciones queda vinculado el bien o derecho sobre el que recae dicha medida cautelar, con el objetivo de asegurar las resultas del proceso.

¹³⁰⁴ BOE nº 33 de 7-2-2009. Dentro de los objetivos de dicho Sistema están, impulsar su modernización, realizar un ejercicio eficaz de la justicia, proporcionar a los jueces, fiscales, letrados de la Administración Justicia y policía judicial nuevas herramientas de trabajo que faciliten el manejo de la información y permita que determinados usuarios -previamente definidos, en función del tipo de información que van a manejar- un conocimiento completo de la información que precisan para el ejercicio de las funciones que tienen encomendadas y para la correcta toma de decisiones.

¹³⁰⁵ Una muestra actualizada de la disfunción señalada la tenemos en la STSJM Sala (Contencioso), Sec. 10ª, nº 604/19 de 25-07-2019, Rec. 209/19, donde se refleja claramente que de haberse solicitado una medida cautelar de anotación preventiva del recurso contencioso administrativo (demanda), o medida cautelar en el procedimiento administrativo de revocación de resolución de expulsión, lo expuesto en la misma no hubiese sucedido.

¹³⁰⁶ Díez-Picazo y Ponce de León, L., (2008). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial...*, op. cit., pp. 555-568.

Tal conceptualización puede ser perfectamente trasladable y extensiva a la materia en estudio. La anotación preventiva de los recursos administrativos o medidas cautelares adoptadas en los procedimientos administrativos en el RCE, fichero automatizado “Adextra”, es una anotación preventiva, provisional, que se practica en dicho registro electrónico, que tiene por objeto asegurar los resultados de una resolución administrativa, (o de una sentencia, cuestiones que veremos más adelante), o garantizar un derecho fundamental [como el del art. 62.5 LO 4/00, en relación con el art. 237 y 213.1-m), ambos del ROLEX, comunicaciones a las embajadas o consulados del país del extranjero y su anotación en el RCE], con la cual queda vinculado las administraciones sobre el que recae dicha medida cautelar, con el objetivo de asegurar las resultas del procedimiento administrativo. Ello con independencia de la propia y autónoma función del Registro.

La realidad práctica es que ese grado de informatización y comunicación de asientos o anotaciones de recursos administrativos o medidas cautelares hasta estos momentos no es efectivo, ni eficaz¹³⁰⁷. No existe en primer lugar, una utilización de la medida cautelar en estudio, sino más bien como se ha expuesto existe un rechazo y en segundo lugar, porque del propio RCE no existe una actualización efectiva.

Son innumerables los supuestos en que al momento de la incoación de un expediente sancionador y concretamente al momento de las alegaciones donde se presentan pruebas documentales como recursos de reposición (o recurso contencioso administrativo) que no se encuentran recogidos esas situaciones individualizadas del extranjero en el registro, trayendo como consecuencia (p. ej.), que la Administración proceda a su ejecución. O en casos como expedientes sancionadores caducados, donde los interesados solicitan caducidad y archivo del mismo con sus respectiva anotación en el RCE (fichero “Adextra) y la Administración no resuelve, existencia de silencio negativo, acto negativo, un mal actuar de la Administración que luego repercute en otras situaciones individualizadas, (p. ej.), solicitud de cualquier trámite de regularización de su situación, puede dar lugar a su inadmisión (Disposición Adicional Cuarta de la LO 4/00)¹³⁰⁸ por existencia de procedimiento sancionador de expulsión.

Estas situaciones se hacen más compleja cuando el acto de ejecutoriedad se realiza en otro lugar diferente de donde se inició la tramitación del expediente y dicto el acto sancionador, al no tener el RCE actualizado, ni tener una medida cautelar como la analizada asentada en el registro, ni tampoco tener un resguardo en soporte papel del estado de tramitación del expediente administrativo, se hace en extremo difícil poder alegar ante el órgano jurisdiccional las causas individuales del extranjero, (ya sea juzgado de instrucción de guardia, juzgado contencioso administrativo, que el interesado se

¹³⁰⁷ Como botón de muestra ilustrativo STC Sala 2ª nº 70/08, de 23-06-2008, BOE nº 178 de 24-07-2008 FJ 7. El supuesto es un procedimiento sancionador donde se interpone recurso de reposición contra el mismo, dictado la Administración resolución, sin ninguna intervención del interesado. Ello como señala el TC, no sirve para subsanar la omisión de las diligencias que hubieran hecho posible esa intervención para ejercitar en plenitud su derecho de defensa. Unido a ello y a pesar de la jurisprudencia citada, que sostiene que la Administración no puede iniciar la vía ejecutiva, en tanto la decisión sobre la suspensión penda de los órganos administrativos y jurisdiccionales no sea resuelta, se procede a ejecutar el acto. De existir una anotación preventiva del recurso o de solicitud de medida cautelar en el RCE, es una información pública, oficial, registrada que se ha de tener en cuenta.

¹³⁰⁸ STSJM Sala (Contencioso) Sec. 6º, nº 826/07 de 11-06-2007 Rec. 9/07. En similares términos anotación en fichero “Adextra” STSJM Sala (Contencioso), Sec. 1ª, nº 1837/04, de 16-10-2004, Rec. 190/06; Sec. 1ª, nº 1485/06, de 2-11-2006, Rec. 280/06; Sec. 1ª, nº 1564/06 de 15-11-2006, Rec. 379/06 y de la Sec. 4ª, nº 1691/06, de 22-12-2006, Rec. 543/06.

encuentra en trámite del recurso administrativo o incluso en trámite de recurso jurisdiccional en otro territorio). Otra problemática que se suscita con bastante frecuencia y cada vez con mayor intensidad¹³⁰⁹, es lo relativo a la imposibilidad ejecutar expulsión o devolución, la perspectiva razonable de expulsión.

Una posible solución a las problemáticas referenciadas sería la solicitud de medida cautelar de anotación preventiva del recurso administrativo¹³¹⁰ o de la medida cautelar propiamente dicha, en dicha anotación se acreditará de forma manifiesta la perfección del ejercicio de la acción del interesado de haber interpuesto oportunamente el recurso contencioso administrativo correspondiente y la medida cautelar adoptada, ello de ser anotado en el RCE evitaría las consecuencias negativas antes descritas, así como evitaría detenciones innecesarias para ejecutar una expulsión o devolución, perspectiva razonable de expulsión. En este sentido, si se anota en el Registro como medida que el mismo no puede ser expulsado, su perspectiva razonable de expulsión se reduciría o desaparecería, se evitaría así, ser detenido nuevamente. En cualquier caso, de existir un cambio de circunstancias de identificación o de poderse ejecutar su expulsión o devolución se procedería el levantamiento de la medida cautelar.

Tal medida es perfectamente viable atendiendo a los siguientes razonamientos:

- 1.- Existencia de un Registro Público. Lo permite la propia norma al estar regulado como hemos dicho en el art. 56.3 inciso i) LPACAP y en la propia la LO 4/00 y su ROLEX, art. 213 y LO 3/2018, Protección de Datos Personales.
- 2.- Por seguridad jurídica, siendo a su vez una forma más de garantizar una tutela administrativa y judicial efectiva y eficaz art. 24 CE, garantizando el cumplimiento de la resolución administrativa.
- 3.- La medida no produce perturbación grave alguna a los intereses generales o de tercero, todo lo contrario, asegura también los mismos.
- 4.- Se puede practicar perfectamente el asiento, no existen obstáculos derivados del propio RCE, al ser adecuado y suficiente y cómo mismo señala el art. 213 y 214 ROLEX se “*anotaran*”, derechos y obligaciones, es decir, el registro está perfectamente habilitado al efecto y la legislación citada así lo permite. Los actos anotables están previstos en la legislación de extranjería.
- 5.- En cualquier caso, la solicitud de la medida de anotación preventiva el/los legitimados serían, el interesado propiamente dicho, actor del recurso administrativo, las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo, (Vid. *ut supra* punto 1.4).
- 6.- Las notas características de esta clase de asiento son su provisionalidad, transitoriedad/temporalidad y su finalidad garantista, por lo que la vigencia o duración de

¹³⁰⁹ Recomendación del Defensor del Pueblo de 24-07-2018, sobre imposibilidad de expulsión o devolución, que como he señalado dicha problemática se mantiene hasta el presente sin solución alguna. Está sin respuesta por parte de la Administración -Ministerio del Interior, Secretaría de Estado de Seguridad- que solución se dará. En similares términos en el año 2019 el Informe del Defensor del Pueblo señalo las deficiencias del RMENAS. Ambas situaciones pueden tener un aproximación resolutoria a través de la presente medida cautelar. (Vid. nota 1299).

¹³¹⁰ Cumple esta medida las notas características de esta clase de asiento: provisionalidad, transitoriedad o temporalidad, su finalidad garantista registral de datos para derechos en formación, situaciones o expectativas dignas de ser tenidas en cuenta que, por razones diversas, no pueden optar a la inscripción definitiva.

la media anotación preventiva administrativa¹³¹¹ sería hasta que subsistieran las circunstancias que llevaron a ello o la finalización del procedimiento administrativo por cualquiera de las causas prevista en la ley.

3.3- Medidas cautelares a los transportistas.

3.3.a)- Consideraciones previas.

La presente medida se encuentra en el catálogo de medidas del art. 61 LO 4/00, en su apartado 2, el cual señala que en los expedientes sancionadores en la comisión de infracciones por transportistas si éstos infringen la obligación de tomar a cargo al extranjero transportado ilegalmente podrá acordarse la suspensión de sus actividades, la prestación de fianzas, avales, o la inmovilización del medio de transporte utilizado. Este artículo hay que verlo en relación con el art. 251 ROLEX el cual señala que en los expedientes sancionadores por la comisión de infracciones por transportistas si estos infringen la obligación de tomar a cargo al extranjero transportado ilegalmente –apdo. b) y c) del art. 54.2 LO 4/00– podrá acordarse la adopción de algunas medidas cautelares muy similares a las del art. 61-2. En igual sentido se han de tener en cuenta las infracciones del art. 54.1.b) -inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro la inmigración clandestina-. En estrecha relación con estas conductas se encuentra las infracciones recogidas a partir del art. 20 y ss. LO 1/20 de 16-09-2020, Registro de Nombres de Pasajeros para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de delitos de terrorismo y delitos graves (en relación con Directiva (UE) 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27-04- 2016).

De la interpretación gramatical de lo antes citado se determinan varias cuestiones: i) requiere un tratamiento de forma independiente como se está realizando lo cual obedece a su propia autonomía y su naturaleza jurídica concreta; ii) las medidas cautelares a tomar solo pueden ser cuando se comete la infracción del art. 54-2-b) y -c) infracciones muy graves consistentes en la comprobación de la validez y vigencia, tanto de los pasaportes, títulos de viaje o documentos de identidad pertinentes, como en su caso, del correspondiente visado en aquellos que lo requieran y el incumplimiento de la obligación que tienen los transportistas de hacerse cargo sin pérdida de tiempo del extranjero o transportado que por las deficiencias documentales antes referidas transportó ilegalmente. O aquellos supuestos de la infracción del art. 54.1.b) -inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro la inmigración clandestina-; iii) las medidas cautelares que se pueden adoptar respecto a dicha infracción son: a) suspensión de sus actividades, b) prestación de fianzas, avales, c) la inmovilización del medio de transporte utilizado; iv) las medidas van dirigidas precisamente a los transportistas como personas jurídicas dedicadas al transporte, aunque puede ser adoptada contra transportistas individuales personas físicas (autónomos), de acuerdo con el tipo de infracción que se cometa.

3.3.b)- Naturaleza jurídica.

Para determinar la naturaleza jurídica de la medida cautelar en estudio se requiere primeramente en atención a las particularidades de la misma tener en cuenta que estamos

¹³¹¹ Durán Corsanego, E., (1993). "Anotaciones preventivas administrativas. Su duración. Su caducidad. Comentario a la resolución de 25 de mayo de 1990, de la Dirección General de los Registros y del Notariado", en L. Martín-Retortillo Baquer (Coord.). J. González Pérez. *La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional): Estudios en Homenaje del Profesor Jesús González Pérez*, (Vol. I, *Consideraciones generales: el procedimiento administrativo*, pp. 1051-1076). Madrid: Civitas.

ante un presunto infractor que constituye una persona jurídica¹³¹², luego los instrumentos jurídicos intervinientes –internacionales, regionales y nacionales- para conformar las responsabilidades, obligaciones que han de asumir dichos transportistas, así como la jurisprudencia existente¹³¹³ al respecto. Para una mejor comprensión de la naturaleza jurídica de la presente medida cautelar se hace necesario centrar el análisis en lo referente a la normativa jurídica interviniente, tanto internacionales regional, como nacional.

Desde el punto de vista internacional se ha de tener en cuenta la Convención de Transporte Aéreo Internacional, y el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire que complementa la Convención de la ONU contra la delincuencia organizada, firmado por la Comunidad Europea el 12-12-2000, de conformidad con la Decisión 2001/87/CE del Consejo, de 8-12-2000 (DO 2001, L 30). Posteriormente Protocolo Complementario Decisión 2006/616/CE del Consejo, de 24-07-2006 (DO 2006, L 262), ámbito de aplicación de los art. 179 y 181, Decisión 2006/617/CE del Consejo, de 24 de julio de 2006 (DO 2006, L 262) en la medida en que entran en el ámbito de aplicación de la parte III, título IV, del Tratado CE. Destaca dicho protocolo su art. 11, titulado “Medidas fronterizas: 2. Cada Estado parte adoptará medidas legislativas u otras medidas apropiadas para prevenir, en la medida de lo posible, la utilización de medios de transporte explotados por transportistas comerciales para la comisión del delito tipificado con arreglo al apartado a) del párrafo 1 del artículo 6 del presente Protocolo”. A su vez dentro del DUE¹³¹⁴ al respecto se ha de mencionar el art. 26 Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, que en lo que aquí nos interesa preceptúa la obligación de los transportistas de hacerse cargo de inmediatamente del extranjero que no se permita su entrada¹³¹⁵ en un EM, así como tomar todas las medidas necesarias para cerciorarse de que el extranjero transportado por vía aérea o marítima tenga en su poder los documentos de viaje exigidos¹³¹⁶ para entrar en el territorio de las Partes contratantes, desarrollado por la Directiva 2001/51/CE. En estrecha relación con el anterior se ha de tener presente Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9-03-2016, por el que se establece un código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen)¹³¹⁷.

¹³¹² Gómez Montoro, A. J., (2002) “La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación”. *Revista Española Derecho Constitucional*, (nº 65), pp. 49-105.

¹³¹³ STC, Pleno nº 17/13. En lo relativo a la obligación del transportista en cuanto a los suministros de datos, art. 18.4 CE, FJ 6. STS, Sala 3ª, Sec. 6ª, nº 6218/03 de 13-10-2003, Rec. 120/02 rechaza la declaración de nulidad de las medidas cautelares contra los transportistas, FD 2. Como ya señalé anteriormente la virtualidad del tema sigue vigente y se centra actualmente en la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional de Bélgica asunto C-817/19 (al momento de depositar este trabajo, aún no se había dictado sentencia).

¹³¹⁴ Directiva 2001/51/CE del Consejo, de 28-06-2001, por la que se completan las disposiciones del art. 26 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen del 14-06-1985 (DO 2001, L 187). Decisión Marco 2002/946/JAI del Consejo, de 28-11-2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a las estancias irregulares (DO 2002, L 328). Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28-11-2002, (DO 2002, L 328). Directiva 2004/82/CE del Consejo, de 29 -04-2004, sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas, concretamente su art.3 regula la información y datos a aportar.

¹³¹⁵ Sánchez Legido, Á., (2019). *Controles Migratorios y Derechos humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 23-30, 156-164.

¹³¹⁶ STJUE, Sala 3ª, de 30-04-2020, asunto D. Z. c. Blue Air, C-584/18, apdo. 76-78 y 92

¹³¹⁷ DO 2016, L 77.

De la normativa citada se ha de destacar el art. 5 Directiva 2001/51/CE, el cual señala la obligación de los EM de velar que en sus disposiciones legales, reglamentarias y administrativas prevean en sus procedimientos sancionadores respecto de los transportistas derechos efectivos de defensa y de recurso.

Lo anterior se encuentra recogido en el art. 66 LO 4/00 que señala las obligaciones de los transportistas. Dentro del art. 66 en su apartado 3 a) y b) se recogen obligaciones estrechamente relacionadas con la medida cautelar del art. 61-2, y la infracción del art. 54-2 b) y c). El art. 66-3-a) LO 4/00 establece el que toda compañía de transporte o transportista tiene la obligación de realizar la debida comprobación de la validez y vigencia, tanto de los pasaportes, títulos de viaje o documentos de identidad pertinentes, como, en su caso, del correspondiente visado de los que habrán de ser titulares los extranjeros y en el inciso b) se refiere a hacerse cargo inmediatamente del extranjero que hubiese trasladado bajo las condiciones anteriores. El art. 16 ROLEX precisa sobre esta obligación, que tales comprobaciones podrán realizarse en las instalaciones de la estación o parada en la que se vaya a producir el embarque, a bordo del vehículo antes de iniciarse la marcha o, una vez iniciada, siempre que sea posible el posterior desembarque en una estación o parada situada fuera del territorio de los países en los que esté en vigor el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen. Dichas comprobaciones alcanzan documentación aparentemente deficiente.

El art. 66 LO 4/00 en relación con el art. 17 y 18 del ROLEX establecen obligaciones en cuanto al tipo de información que las compañías, empresas de transporte o transportistas que tienen que remitir a las autoridades españolas:

1.- Pasajeros que transportan: obligación de remitir a las autoridades españolas encargadas del control de la entrada la información sobre los pasajeros que vayan a ser trasladados, ya sea por vía aérea, marítima o terrestre, con independencia de que el transporte sea en tránsito o tenga como destino final el territorio español. Dicha obligación se corresponde con las ya citadas Directiva 2001/51/CE, y la Directiva 2004/82/CE, de Obligación de los Transportistas de Comunicar los Datos de las Personas Transportadas¹³¹⁸. De igual manera, en cualquier caso, la comunicación de los datos mencionados no eximirá a los transportistas de las obligaciones y responsabilidades que les imponen las disposiciones del art. 26 del Convenio de Schengen, completado por la Directiva 2001/51/CE.

2.- Referente a los billetes no empleados: obligación de suministrar la información comprensiva del número de billetes de vuelta no utilizados por los pasajeros a los que previamente hubieran transportado a España.

3.- Hacerse cargo inmediatamente del extranjero que hubiese trasladado hasta la frontera aérea, marítima o terrestre correspondiente del territorio español, si a este se le hubiera denegado la entrada por deficiencias en la documentación necesaria para el cruce de fronteras. Debiendo llevarlo a su país de origen de embarque, haya expedido el documento de viaje con el que ha viajado otro Estado que garantice su admisión y un trato compatible con los derechos humanos.

¹³¹⁸ Téngase en cuenta en este sentido el ya mencionado asunto C-817/19, cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional de Bélgica tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, tratamiento de datos de los pasajeros sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas.

La esencia de lo anteriormente expuesto es la obligación de los transportistas, así como los propietarios o explotadores de cualquier medio de transporte que deben cerciorarse de que todos los pasajeros tengan en su poder los documentos de viaje requeridos para entrar legalmente en el EM receptor¹³¹⁹. En síntesis, la normativa europea e interna en la materia impone a las entidades privadas del transporte la realización de una función de control migratorio que, aunque limitada a la verificación de la posesión de un documento de viaje válido y, en su caso, de un visado, resulta de todo punto equivalente a la que realizan los agentes de fronteras y de inmigración en los puestos fronterizos, con la diferencia que de incumplirlo pueden incurrir en conductas administrativas sancionables y adoptarse medidas cautelares que afecten los intereses individuales de las mismas. Por ello, se hace necesario determinar en qué momento se ha de ejercitar ese control por parte de los transportistas.

Esto hace definir que la naturaleza jurídica de las medidas cautelares a adoptar en los casos donde sean responsables los transportistas sea de naturaleza compleja-mixta-sancionadora. Su complejidad responde a que los transportistas pasan a cumplir inicialmente una propia labor de control de policía que de no realizarla de forma efectiva y eficaz se revierte contra ella misma en forma sancionadora. Mixta responde a que de acuerdo con las características actuales de la movilidad mundial, existe una cadena de intervinientes en la organización o venta de un viaje, caracterizada por el comercio electrónico, donde el acceso a la documentación es virtual y responde a los datos de fiabilidad del viajero. El punto neurálgico de la responsabilidad sancionadora hacia el transportista se centra en el momento del embarque y el control de la documentación preceptiva.

3.3.c)- Determinación del control y obligaciones de los transportistas.

Dicho lo anterior, tanto de la normativa del DUE, como del derecho interno y de la jurisprudencia expuesta permite distinguir y determinar el control y obligaciones de los transportistas, los cuales se centran en cuatro tipos fundamentales, todo ellos, en el momento previo al embarque y al cruce o control de frontera. Dicho control consiste únicamente en comprobar que los nacionales extranjeros que transportan tengan en su poder los documentos de viaje exigidos para entrar en el territorio del EM de destino, atendiendo a que la realización de las misiones de control fronterizo corresponde en exclusiva a la policía de fronteras, que como he dicho debe estar constituida por profesionales especializados con la debida formación¹³²⁰. Los cuatro tipos fundamentales de obligaciones y controles de los transportistas se centran en: 1) respecto al momento y lugar donde se realiza el control; 2) tipo de fronteras propiamente dicha que se vayan a cruzar; 3) respecto de las personas que cruzan dichas fronteras, el viajero, su documentación; 4) personal autorizado al control previo de documentación o inspección de documentación previo al cruce fronterizo.

¹³¹⁹ Fernández Arévalo, L., Rodríguez Candela, J. L., Solans Poyuelo, F., Núñez Herrera, V. E., (2013). “De las infracciones en materia de extranjería...”, op. cit., pp. 645-655

¹³²⁰ Implica una inspección minuciosa que, entre otras cosas, incluye la búsqueda de indicios de falsificación o alteración en el documento de viaje, la comprobación de los requisitos de entrada dispuestos por el DUE y el derecho interno (medios económicos y de subsistencia suficientes), así como la comprobación de los objetos que transporta, no pongan en peligro el orden público, la seguridad interior, la salud pública o las relaciones internacionales de alguno de los EM.

En cuanto al momento y lugar donde se realiza el control del embarque se relaciona estrechamente con el tipo de fronteras a cruzar. Se ha de determinar si el control es en el principio del viaje, donde se inicia o embarca por vez primera el extranjero; si es en un Tercer Estado hacia el espacio Schengen, o es en territorio Schengen en un EM hacia un Tercer Estado, o en frontera interior de EM a otro EM y luego al Tercer Estado. Ello permite diferenciar el tipo de control que debe realizar el transportista, en frontera exterior o en las fronteras interiores de los EM o en el momento del cruce de la frontera interior.

Lo anterior nos lleva a distinguir entre fronteras interiores y exteriores¹³²¹ y el transporte internacional con cruce de dichas fronteras exteriores de la UE y aquellos transportes internacionales con cruce de fronteras interiores. Las primeras requieren en cuanto a las autoridades migratorias de control de fronteras, el control e inspecciones fronterizas, mientras que las segundas no requieren inspecciones fronterizas. Esto hará que en el caso de las primeras los transportistas deberán ser más estrictos y exigentes en su control de documentación con sus pasajeros. Los controles que puede realizar un transportista en inicio de viaje transfronterizo entre los EM, pudieran ser catalogados como controles que no constituyen controles fronterizos de fronteras exteriores.

En lo relacionado con a las personas, se ha de partir de la distinción entre CUE y sus familiares y aquellos ciudadanos de Terceros Estados, no miembros y dentro de ellos aquellos que requieren para el cruce de frontera visado o no¹³²². Como se ha dicho requiere un control de la su documentación para el viaje, fundamentalmente pasaporte o título de viaje.

En lo referente a la determinación del personal autorizado para el control o inspección fronteriza por parte de los transportistas, los mismos deberán tener un personal más especializado, con la requerida formación en cuanto al control de los pasajeros para fronteras exteriores que para fronteras interiores. Lo anterior se determina por analogía en cuanto al personal autorizado al control o inspección fronteriza -fronteras externas- por los órganos administrativos especializados en control de fronteras exteriores o aquellos controles en fronteras interiores por agentes del orden interior o cuerpos de la seguridad del Estado, en funciones de control de orden público o seguridad ciudadana, criminalidad organizada, etc., en zonas de fronteras interiores de los EM, o designaciones específicas de control de fronteras interiores para control migratorio aleatorio¹³²³.

¹³²¹ STJUE GS de 19-03-2019, asunto Abdelaziz Arib y otro c. Francia, C-444/17, control en las fronteras. Asimilación de las fronteras interiores a las fronteras exteriores.

¹³²² En este sentido hay que tener en cuenta los Reglamentos siguientes: Reglamento (CE) n° 539/2001. Modificado por Reglamento (UE) 2017/372 por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación. Reglamento CE n° 810/09 de 13 Julio de 2009 Establece Código Comunitario Sobre Visados (Código de Visados). Reglamento CE n° 767/08 de 9 julio de 2008 Sistema de Información de Visados VIS y Reglamento CE VIS 1 de 13/8/08 Intercambio de Datos Sobre Visados de Corta Duración. Reglamento (UE) 2018/1240 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de septiembre de 2018, por el que se establece un Sistema Europeo de Información y Autorización de Viajes (SEIAV) y por el que se modifican los Reglamentos (UE) n° 1077/2011 (UE), n° 515/2014 (UE), n° 2016/399 (UE), n° 2016/1624 y (UE) 2017/2226, Reglamento (UE) 2018/1241 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de septiembre de 2018, por el que se modifica el Reglamento (UE) 2016/794 con objeto de establecer el Sistema Europeo de Información y Autorización de Viajes (SEIAV).

¹³²³ Los primeros ejercen funciones específicas encargados y facultados para la inspección fronteriza, cruce de frontera exterior y los segundos responden a aquellos controles que se realizar en fronteras interiores de los EM, que pueden ser de forma aleatoria, se ejercen funciones de control que no son de inspección

Definido lo anterior, en los supuestos de transporte transfronterizo a través de fronteras interiores, ya sean por tren, autocares u otros, en caso de controles interiores y detección de infracciones, entiendo que el transportista no tiene en principio responsabilidad, al ser precisamente una frontera interior, haber realizado el control de embarque pertinente en el EM de origen (comportamiento de la persona controlada y de circunstancias específicas que acrediten un riesgo de perturbación del orden público, de ser de forma contraria dicho control podría constituir un indicio de la existencia de control fronterizo exterior, es decir efecto equivalente¹³²⁴).

En este sentido el TJUE ha dictado otras resoluciones judiciales delimitando la responsabilidad de los transportistas¹³²⁵, analizando como botón de muestra, el Reglamento (UE) n° 610/13, de 29-06-2013¹³²⁶ -modifica el Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras-. Recientemente se pronuncia la STJUE, Sala 2ª de 13-12-2018, asunto acumulados, C-412/17 y C-474/17, de hechos ocurridos en fechas de la vigencia del Reglamento (UE) n° 610/13, pero también tiene en cuenta el actual Reglamento 399/16 - Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras-. La referida sentencia ratifica el control de pasaportes dentro del espacio Schengen, así como sistematiza el análisis diferenciador, entre las medidas de control de fronteras, tanto, externas, como internas, exponiendo que aquellos casos en que el control en frontera interna sea en el cruce de una frontera interior con efecto equivalente a las inspecciones fronterizas externas atenta contra el Reglamento de la Unión sobre cruce de fronteras¹³²⁷. Condena al EM que exige a un operador de viajes controlar pasaportes y permisos de residencia cuando dicho cruce de frontera se produce entre EM. Esta última sentencia del TJUE deja claro en su apartado 62, que el control que realizan los transportistas por su propia naturaleza, es menos minucioso que el que efectúa la policía,

fronteriza, sino inspecciones o controles en el interior del territorio de un EM basadas en situaciones operativas, amenazas a la seguridad pública, delincuencia transfronteriza. Téngase en cuenta que la jurisprudencia del TJUE ha interpretado la diferencia entre inspección fronteriza y control interior en fronteras interiores EM y sus efectos equivalentes. Las inspecciones fronterizas, según art. 22 y siguientes del actual Reglamento (UE) 2016/399 de 9-03-2016, mientras que el ejercicio de las competencias de policía en control de fronteras interiores no podrá, en particular, considerarse equivalente al ejercicio de inspecciones fronterizas cuando las medidas policiales no tengan como objetivo el control de fronteras y estén basadas en información y experiencias policiales de carácter general sobre posibles amenazas a la seguridad pública y estén destinadas, en particular, a combatir la delincuencia transfronteriza, estén concebidas y se ejecuten de un modo claramente diferenciado de las inspecciones sistemáticas de personas en las fronteras exteriores, y por último, se lleven a cabo sirviéndose de inspecciones aleatorias.

¹³²⁴ STJUE, GS, asuntos Aziz Melki y Sélim Abdeli, c. Francia, C-188/10 y C-189/10, controles en fronteras interiores y STJUE, Sala 2ª de 19-07-2012, asunto Atiqullah Adil, C-278/2012.

¹³²⁵ STJUE Sala 1ª, A., C-9/16, apdo. 38-41, 55, 57-59. Realización de inspecciones en el interior del territorio de un EM, los controles no fueron “fronterizos” o tuvieron lugar en el momento de cruzar la frontera, sino que se produjeron en el interior del territorio nacional. Por otra parte, de los autos se desprende que el control en cuestión en el litigio principal se produjo en la estación de la Deutsche Bahn en Kehl, situada a unos 500 metros de la frontera interior entre Alemania y Francia.

¹³²⁶ Reglamento (UE) n° 610/13, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2013. DO L 182 de 29/6/2013. Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras.

¹³²⁷ STJUE Sala 2ª de 13-12-2018, asunto C-412/17 y C-474/17, apdo. 67 y 68 (la sentencia refiere y ratifica el criterio del Abogado General en el punto 85 de sus conclusiones), los distingue de los controvertidos en los demás asuntos en que recayeron las STJUE relativas a la interpretación del artículo 21, letra a), del Reglamento n° 562/2006, y en concreto asunto Melki y Abdeli, C-188/10 y C-189/10; asunto Atiqullah Adil, C-278/12 PPU, y asunto A., C-9/16, en que se trataba de controles policiales realizados en zonas fronterizas, que no excedían 20 o a lo sumo 30 km, de distancia de una frontera interior del espacio Schengen.

atendiendo a varias razones obvias, entre ellas, que el personal de dichas personas jurídicas no tiene, ni los mismos conocimientos, ni los mismos recursos, que las autoridades policiales, (p. ej.), el acceso a bases de datos, escáner detectores de falsificaciones y otras, que responden a las propias funciones de la policía o autoridades asimiladas como formas de poder público. Destaca la sentencia que “...*Siendo así, dicho personal solo podría detectar falsificaciones manifiestas del pasaporte...*”, es decir se entiende que sean falsificaciones burdas. Destacando más adelante que los EM que desarrollen normativas internas responsabilizando a los transportistas sobre el control en fronteras interiores de los EM deberán contener precisiones, limitaciones en relación con la intensidad, frecuencia y el carácter selectivo y de inspecciones aleatorias de los controles que deben efectuarse sobre la base jurídica del Reglamento del Cruce de fronteras y demás normativa de la Unión.

3.3.d)- Tipos de medidas.

En lo que respecta a los transportistas de acuerdo con el art. 61-2 LO 4/00 en relación con el art. 251 ROLEX podemos encontrar aquellas medidas consistentes en prestación de fianzas, retirada o intervención de bienes productivos o suspensión temporal de servicios, clausura o el cierre, embargo preventivo de bienes, rentas, depósito de cosa mueble, retención o inmovilización de cosa mueble, intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita y cuya prohibición o cesación se pretenda, aprehensiones, suspensión de licencia, entre otras¹³²⁸. En fin estas medidas se pueden clasificar en las siguientes: i) suspensión temporal de sus actividades o servicios, licencias, clausura o el cierre, que no podrá exceder de un período de seis meses, ii) económicas prestación de fianza o avales, embargo preventivo de bienes, rentas en atención al número de afectados y el perjuicio ocasionado, intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante la actividad que se considere ilícita iii) patrimoniales inmovilización, retención, depósito del medio de transporte utilizado hasta el cumplimiento de la referida obligación, retirada o intervención de bienes productivos,

En todo caso para estas medidas debe tenerse especialmente en cuenta el análisis proporcional de los intereses en conflicto, tanto los generales como los de las empresas transportistas. Particularmente en cuanto a los intereses generales se ha de tener en cuenta la necesidad de que no resulten perturbados los servicios públicos o de interés general, es decir la prestación del servicio del transporte en sí mismo, o dicho de otra forma precisar a qué tipo de transporte concretamente está en conflicto, que bienes o prestaciones se puedan ver afectados (aunque los mismos puedan ser bienes patrimoniales privados o estén regulados por un estatuto especial pero con cumplimiento de finalidades de interés público).

3.4- Especificidades en cuanto a la suspensión y medidas cautelares en los procedimientos sancionadores ordinarios de multa de acuerdo con el tipo de infracción y sanción.

Como se ha expuesto el art. 54-2 LO 4/00 infracciones muy graves incisos a), b) y c) afectan directamente a los transportistas, estas son tramitadas por procedimientos ordinarios y las sanciones a imponer son las de multas. Las infracciones del inciso b) y c)

¹³²⁸ A su vez se ha de tener en cuenta que desde el punto de vista judicial llegado su momento también se pueden tomar medidas por el órgano jurisdiccional consistente en intervención o administración judiciales de los bienes productivos (art. 727. 2ª LEC), así como intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita.

consistentes en la comprobación de la validez y vigencia, tanto de los pasaportes, títulos de viaje o documentos de identidad pertinentes, como en su caso, del correspondiente visado en el caso de aquellos que lo requieran y el incumplimiento de la obligación que tienen los transportistas de hacerse cargo sin pérdida de tiempo del extranjero o transportado son las únicas en las que se puede adoptar una de las medidas cautelares del art. 61-2 LO 4/00 (suspensión de sus actividades, la prestación de fianzas, avales, o la inmovilización del medio de transporte utilizado).

De la interpretación gramatical y sistemática del art. 54-2 LO 4/00 incisos b) y c) coincide con el incumplimiento de las obligaciones del art. 66 en su apartado 3 inciso a) y b). Ambos artículos e incisos no son más que las obligaciones sancionables y relacionadas con la medida cautelar del art. 61-2 LO 4/00. Quiere ello decir que del incumplimiento de las referidas obligaciones se genera la tipicidad de la infracción del art. 54-2 b) y c), que hace que dicho incumplimiento genere casi automáticamente una sanción. Este automatismo debe ser combatido a través los recursos suspensivos o solicitudes de adopción de una medida cautelar más adecuada. Se ha de tener en cuenta las circunstancias en que se realizó el control y la invalidez del documento en concreto – pasaporte, título de viaje- si se cometió una imprudencia o negligencia en dicho control o la determinación de la falsificación o alteración del documentos de viaje no era perceptible. Se ha de tener presente que, aunque las personas jurídicas –transportistas- tomen todas las medidas formativas del personal especializado, estos no tiene, ni los mismos conocimientos, ni los mismos recursos, que las autoridades policiales de cruce de fronteras, (p. ej.), el acceso a bases de datos, escáner detectores de falsificaciones y otras.

Sobre las medidas del art. 61.2 LO 4/00 en relación con el art. 251 ROLEX se pueden interponer recursos suspensivos del sistema general e incluso solicitudes de medidas cautelares menos gravosas, solicitando el aplazamiento, suspensión de la medida concreta. Lo anterior no quiere decir que sobre la infracción del art. 54-2 a) incumplimiento de las obligaciones previstas para los transportistas en el art. 66, apartados 1 y 2¹³²⁹, no se puedan adoptar medidas cautelares, las cuales podrán ser menos gravosas que las anteriores, dependiendo del aumento e intensidad de los flujos migratorios con la existencia de elementos de la inmigración ilegal o afectación a la seguridad pública. En todo caso las mismas a lo igual que las anteriores podrán ser suspendidas, modificadas o levantadas en el procedimiento administrativo atendiendo a su tramitación por procedimiento ordinario, conllevando la suspensión general prevista en la ley.

3.5.- Conclusiones parciales.

1.- Las medidas cautelares reguladas en el procedimiento administrativo sancionador de extranjería son medidas cautelares que cumplen teóricamente todos los presupuestos y características necesarios para las mismas: *periculum in mora*, *fumus boni iuris*, proporcionalidad de intereses, efectividad, menor onerosidad, motivación,

¹³²⁹ Consistente el apdo. 1, que cuando lo determinen las autoridades nacionales respecto de las rutas procedentes de fuera del Espacio Schengen y de acuerdo con la intensidad de los flujos migratorios lo haga necesarios a efectos de combatir la inmigración ilegal y garantizar la seguridad pública los transportistas estarán obligadas a remitir a las autoridades españolas encargadas del control de entrada la información relativa a los pasajeros y el segundo referente a la obligación de información comprensiva del número de billetes de vuelta no utilizados por los pasajeros que previamente hubiesen transportado a España.

instrumentalidad, accesoriedad, provisionalidad o temporalidad, variabilidad, discrecionalidad, verosimilitud, recurribilidad y especial urgencia. Sin embargo, en la práctica es un sistema cautelar que adolece de efectividad y eficacia respecto a los más vulnerables teniendo un desarrollo reglamentario inacabado, donde no se regula un procedimiento con garantías y principios del debido proceso o proceso equitativo, generando una proclive interdicción de la arbitrariedad de la Administración e inseguridad jurídica. El sistema de recursos contra las medidas impuestas no tiene efecto suspensivo, ni efecto suspensivo automático, por demás no lo resuelve una autoridad independiente e imparcial, sino que es un recurso de control jerárquico. Se presentan dificultades de acceso real al recurso, produciéndose obstaculizaciones por omisión o por acciones arbitrarias. En fin, los recursos cautelares propiamente dichos y los recursos impugnativos contra la adopción de las medidas cautelares en nuestro derecho interno no cumplen los requisitos de los estándares mínimos exigidos por el art. 13 CEDH y el art. 47 CDFUE.

Existe una limitación interpretativa y práctica en la utilización de las medidas cautelares por los operadores jurídicos y por los propios y terceros interesados. Dicha limitación se centra principalmente al procedimiento sancionador y dentro del mismo a la no utilización del *numerus apertus* de medidas menos gravosas que permite la norma.

2.- La LO 4/00 no tiene definido un catálogo de derechos o garantías sustantivas y procesales propias respecto a la detención del extranjero. Los mismos se encuentran regulados de forma dispersa y genérica dentro de la protección procesal de los derechos fundamentales de las personas art. 3 y 20 LO 4/00 en relación con el art. 10, 13 y 24 CE y supletoriamente LECrim.

Las medidas cautelares coercitivas que afectan derechos de libertad personal en cuanto a la libertad ambulatoria, restrictivas de las libertades individuales y de circulación, presentación periódica ante las autoridades competentes, detención cautelar por 72 horas e internamiento, se encuentran teóricamente en correspondencia con la normativa internacional del sistema DIDH atendiendo a que se acuerdan o adoptan en el marco de un procedimiento en el que se establecen requisitos y condiciones exigibles a los extranjeros para su entrada y residencia en España, se dirigen a asegurar la eficacia de la resolución que se adopte, sin embargo en la práctica las garantías y estándares se encuentran por debajo de los mínimos establecidos por dicho DIDH. A su vez existe práctica abusiva y gravosa de las mismas.

Estas medidas son objeto de diferentes recursos, como el *Habeas corpus*, en relación con aquellos supuestos de detención arbitraria, prolongación de la misma en relación con el tiempo imprescindible, solicitud de medida cautelar de puesta en libertad ante el juzgado de instrucción de guardia. También la medida de detención cautelar puede ser impugnada por otras vías procesales y motivos: solicitud de medida cautelarísima atendiendo a su especial urgencia art. 135 LJCA, contra el acto originario que se pretende ejecutar forzosamente (expulsión, devolución, prohibición entrada), solicitando la suspensión del mismo y la revocación de la medida cautelar de detención, por otra medida menos gravosa.

3.- La medida cautelar de internamiento en CIE [art. 61.1- e) LO 4/00] es una medida cautelar de carácter especial, con naturaleza jurídica compleja, teóricamente plena al estar sometida al control y decisión judicial. Se debe adoptar de manera excepcional y de forma motivada. Está en correspondencia con el CEDH, 5.1-f) y con la Directiva 2008/115/CE (art. 15). Sin embargo, dicha medida no cumple los estándares mínimos de garantía de

los art. 6 CEDH, art. 47 CDFUE y art. 24 CE desde de la perspectiva del debido proceso, tanto en fase administrativa, como en vía judicial –juez de instrucción- al no existir un procedimiento definido para el trámite de audiencia. La configuración existente es general, en la práctica adolece de un sistema de garantías efectivo y eficaz. Por demás en el juez de instrucción en su función de control de las garantías de protección de los derechos humanos no solo debe estar dirigida a la detención y circunstancias de la misma, sino además debe controlar todas las garantías del debido proceso, requerir a la Administración de todo lo que señala la ley, así como del control de su buen o mal actuar. Por demás, de todos los aspectos subjetivos y objetivos que señale el justiciable en su audiencia, sino que además debe controlar *prima facie* el actuar de la administración, determinando un *fumus mali iuris*, cuestión que no se realiza, generando cierta desigualdad de parte.

A su vez, en la medida cautelar de internamiento, de forma concreta se producen disfunciones que atentan contra el propio principio constitucional de control de la actividad administrativa. La problemática disfuncional se presenta en lo señalado en el art. 62.3 LOEX, ingreso en CIE, en lo relativo a su redacción dada “*Cuando hayan dejado de cumplirse las condiciones descritas en el apartado 1, el extranjero será puesto inmediatamente en libertad por la autoridad administrativa que lo tenga a su cargo...*”. Se faculta y legitima a la Autoridad Administrativa/Director CIE para la puesta en libertad del extranjero cuando considere que hayan dejado de cumplirse las condiciones descritas para el internamiento, cuestión que (p. ej.), no puede realizar el juez de lo contencioso administrativo cuando tiene conocimiento de una medida del art. 135 LJCA encontrándose internado el extranjero. El legislador ha configurado la facultad sobre la libertad de un interno en CIE, ya sea por el mismo que lo internó (*ratio decidendi* del juez instructor) o por la misma autoridad administrativa que lo ha solicitado -en este último caso, informando posteriormente de dicha decisión al Juez que autorizó su internamiento. Lo anterior puede ser constitutivo de violación de los arts. 9.3 y 24.2 CE, arts. 47 y 48 CDFUE y art. 6 CEDH.

4.- La LO 4/00 concibe un sistema abierto de medidas cautelares, *numerus apertus*. Dentro de estas medidas se encuentran, medidas de limitación/restricción de libertad de circulación, prohibición de la salida de España del art. 28.2 LO 4/00, por razones de seguridad nacional y salud pública, dentro de estas por enfermedad contagiosa y por enfermedad psiquiátrica. No existiendo un procedimiento específico para estos tipos de supuestos. En todo caso, todas deben cumplir las garantías del debido proceso, debiendo ser autorizadas por autoridad jurisdiccional al llevar limitaciones de libertad de circulación como internamiento hospitalario. Estas medidas son recurribles, modificadas y levantadas de producirse cambios de circunstancias.

5.- El *numerus apertus* de medidas cautelares que regula la LO 4/00 permite adoptar las medidas de anotación preventiva de recursos administrativos o medidas cautelares en el RCE. Siendo igual que las anteriores verdaderas medidas cautelares cumpliendo los presupuestos y características exigidas. Son unas medidas que generan garantías al procedimiento y seguridad jurídica del tráfico jurídico respecto a los datos de los extranjeros, verdad legal u oficial registral, referencia precisa, derechos, obligaciones, asumiendo un cometido de publicidad a diversos niveles, de acuerdo con la situación jurídica concreta, no produce perturbación grave alguna de a los intereses generales o de tercero.

6.- Las medidas cautelares a los transportistas son medidas autónomas dirigidas concretamente contra dicho sector que cometa infracciones muy graves siendo las mismas adoptadas en procedimientos sancionadores ordinarios, por lo que son objeto de suspensiones en el procedimiento administrativo y susceptibles de recursos cautelares para la adopción de medidas más eficaces y efectivas a los intereses del transportista.

7.- No existe una regulación adecuada ni control de garantías efectivo sobre aquellas medidas de internamientos de extranjeros en centro médico u hospitalario especializado en caso de enfermedad grave, contagiosa o psiquiátrica, tampoco en cuanto a las medidas de alejamiento de fronteras o núcleos de población, así como de las medidas patrimoniales de embargo, fianzas, cierre provisional de locales, suspensión provisional de licencias, las cuales no tienen utilización administrativa ni tratamiento jurídico doctrinal en la presente especialidad. No existe desarrollo legislativo de configuración legal del art. 61-e) LOEX, esto es, de la medida cautelar de internamiento respecto de la medida de internamiento de extranjeros enfermos psiquiátricos o con otras enfermedades graves. En todo caso, como una aproximación de solución ha de ser aplicable lo dispuesto en el art. 763 LEC, siendo autorizado dicho internamiento por el juez competente y debiendo ser el mismo en centro integrado en la red hospitalaria civil. Existe mecanismo legal previsto art. 62.6 LO 4/00 para el caso de que dicha enfermedad fuera de causa sobrevenida estando el extranjero internado en el CIE, ello a través del Juez Instructor encargado del Control de CIE.

8.- Todas las medidas cautelares adoptadas en el procedimiento administrativo sancionador son recurrible en el mismo procedimiento ante autoridad jerárquica superior, pudiendo todas surtir efectos suspensivos, excepto aquellas que sean adoptadas en procedimientos preferentes. En igual sentido se exceptúa de ello aquellas medidas la limitativa de los derechos de libertad y circulación que son adoptadas por un juez de instrucción –internamiento en CIE- las cuales serán recurridas ante dicha jurisdicción.

TERCERA PARTE.

LA TUTELA CAUTELAR JUDICIAL EN PROCESOS DEL DERECHO EXTRANJERÍA. SOLICITUD/ADOPCIÓN. DERECHOS FUNDAMENTALES.

CAPITULO I- Los presupuestos de las medidas cautelares en la tutela cautelar judicial en asuntos sometidos al Derecho Extranjería.

1.1- Consideraciones previas.

Se ha señalado que donde exista un Estado Social y Democrático de Derecho se debe garantizar el cumplimiento de los derechos humanos y fundamentales. Tal aspecto se hace complejo ante el escenario de las actuales circunstancias del fenómeno migratorio¹³³⁰. España es uno de esos epicentros, su derecho, su margen de maniobra o apreciación de acuerdo con el derecho convencional y al DUE ha ido conformado el actual sistema de Derecho de Extranjería, dentro de él se encuentra la vertiente procesal -jurisdicción contencioso administrativo- y dentro de este, la tutela cautelar, la cual debe ser efectiva y eficaz para garantizar los primeros.

La elaboración pretoriana de la justicia cautelar en sede contencioso administrativo ha generado una inercia difícil de corregir, ello se ha hecho extensivo a la presente materia de extranjería¹³³¹. En este sentido, la evolución, preparación, conocimiento, creatividad, especialización —y aún, el activismo, dinamismo e ingeniería jurídica¹³³²— mostrado por nuestros tribunales contenciosos, no son suficientes ante esta compleja y transversal materia. En la Segunda parte de la presente investigación se ha estudiado los diferentes actos administrativos dictados en la especialidad, (actos sancionadores, otros actos de gravamen o limitativos de autorizaciones, interconectados o en correlación con un mismo procedimiento), lo cual conlleva a que la pretensión cautelar pueda ser de suspensión o de obligación de hacer o cesar una vía de hecho o ambas pretensiones conjuntas (medidas suspensivas y positivas). Al existir en los actos administrativos estudiados interconexión y correlación interna dentro de un mismo procedimiento, debe a su vez existir una

¹³³⁰ Frydman, P., (2000). “Las medidas cautelares frente a la Administración Pública en el régimen jurídico francés”. Diario *El Derecho*, pp. 1-3.

¹³³¹ Esta inercia se ha transmitido a la presente materia en dos grandes vertientes, i) la aplicación general de los mismos criterios de análisis e interpretación de los presupuestos de las medidas cautelares adecuados a otras especialidades dentro de la jurisdicción contencioso administrativa, sin realizar un análisis más individual sobre esta disciplina, ii) no queda exenta esta especialidad de la gran explosión de asuntos fundamentalmente, en la última década del siglo XX y en la primera del siglo XXI. Este desbordamiento hizo que en dichas etapas los órganos jurisdiccionales se colapsaran. Dicho colapso trajo consecuencias negativas, tanto, desde el punto de vista interpretativo jurisprudencial, como doctrinal.

¹³³² Una muestra elocuente de ello, aunque no sea de la presente especialidad es el ATS Sala 3ª, Sec. 4ª, nº 4057/20 de 29-06-2020, Rec. 150/20 (adjudicación de plazas de médicos residentes). En especial ver los votos particulares de los magistrados Teso Gamella y Murillo de la Cueva, los cuales realizan una seria crítica al auto en cuestión, sobre i) la interpretación de la apariencia de buen derecho, ii) el principio dispositivo (se adoptan medidas cautelares limitadas que no tienen relación con las pretensiones formuladas por las partes y los motivos sobre los que se fundamentan, esto en relación con los términos que establece el art. 33.1 de la LJCA), así como, iii) en cuanto a la interpretación de los intereses en conflicto. Señalando los disidentes que se impone en el auto una interpretación de los mismos contrario a la doctrina establecida al respecto. Desde el punto de vista procesal, señalan que se solicitan las medidas cautelares sin interponer recurso contencioso administrativo, así como, que en la valoración para la adopción de la medida se entra al fondo del asunto. Finalizando el magistrado Murillo de la Cueva expresando “*En vano se buscarán en la Ley 29/1998, de 13 de julio, la que debemos aplicar, estas variedades procesales*”.

correspondencia entre las medidas cautelares solicitadas y concedidas, un adecuado principio dispositivo y congruencia que se traduce en medidas suspensivas y positivas.

La justicia cautelar en la jurisdicción contencioso-administrativa tiene determinadas finalidades específicas con trascendencia constitucional (art. 106.1 CE), es límite, contralímite, contrapeso, control a las prerrogativas de la administración. Ello ha sido y sigue siendo objeto de controversia por la doctrina, es decir, si ese control judicial es pleno o limitado en la pieza cautelar, toda vez que el juez contencioso administrativo no puede poner más en sede cautelar que en la sede de la tutela definitiva¹³³³. Pero la realidad, como he citado, es que la actual regulación de la LJCA, el contexto normativo del sistema judicial imperante, la evolución jurisprudencial, hacen confirmar que las medidas cautelares ya no son medidas extraordinarias o excepcionales, sino que se convierten en ese instrumento de control, de contralímite, jugando un papel efectivo y eficaz dentro de la tutela judicial ordinaria, adquiriendo así una mayor perspectiva de un Derecho Procesal Administrativo Constitucional.

Del art. 129 al art. 136 de la LJCA, se regulan los presupuestos, requisitos y proceso de las medidas cautelares, debiendo ser cumplido por todos los operadores jurídicos, donde el juez o tribunal *a quo* tiene competencia exclusiva en todos sus momentos (ya sea en fase de recursos, apelación/casación o ejecución provisional o definitiva).

Estando presente los presupuestos, requisitos materiales y procesales propios del sistema configurado por el legislador se deben adoptar las medidas cautelares. La acción debe ser recepcionada -con independencia luego de la discrecionalidad judicial- no debiendo presentarse disfunciones o anomalías que se constatan en cuanto a la procedencia o no de la acción cautelar y luego las valoraciones de los presupuestos. Estas cuestiones se analizarán seguidamente, partiendo desde el principio de la seguridad jurídica¹³³⁴ en la protección y garantía de los derechos fundamentales, en relación con el principio de proporcionalidad/razonabilidad, así como, del propio recurso cautelar y el acceso al mismo dentro del binomio general derechos fundamentales/proceso contencioso-administrativo. Es decir, lo hasta aquí expuesto y lo que se expondrá a continuación no es más que el reflejo de lo señalado en la ya mencionada STC, Sala 1ª, nº 173/99, FJ 3, existencia o no del derecho al recurso, su integración en la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, ello se materializa cuando el legislador diseña el sistema de derecho a los recursos. Una vez diseñados y establecidos en ley sus requisitos, pasan a integrar el derecho a la tutela judicial efectiva, correspondiendo a los Tribunales ordinarios la interpretación y aplicación de dichos requisitos de acceso a los recursos previstos en las normas procesales.

Sigue siendo el *periculum in mora*, el presupuesto sobre el cual gira la medida cautelar. Sin embargo, desde la perspectiva de un Derecho Procesal Administrativo Constitucional, ya no debe ser visto y analizado el mismo solo desde la visión tradicional, en que el mismo se agotaba en la irreparable unidad del perjuicio, en la ineficacia sobrevenida del proceso,

¹³³³ Parejo Alfonso, L. J., (2018). *Lecciones de Derecho Administrativo*. (9ª Ed.). Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 1078-1083, señala que, en conjunto, el régimen de dispensación de la tutela cautelar definido en la LJCA “permite un juego pleno y efectivo, pero equilibrado y, por tanto, ajustado a las peculiaridades del control jurisdiccional contencioso-administrativo, de dicha tutela. (p. 1083). En el año (2003) el profesor Parejo Alfonso en su obra *Derecho administrativo*. Barcelona: Ariel, pp. 1192-1195 señalaba que “En sede de la tutela cautelar no se produce una transformación de la naturaleza del control judicial del poder público Dicha tutela sigue siendo control, sólo que provisional de este...”

¹³³⁴ Chinchilla Marín, C., (1991). *La tutela cautelar...*, op. cit., p. 28.

asegurar la efectividad de la sentencia, o en evitar que se haga perder la finalidad legítima del recurso, sino, que ha de ser interpretado en la relación jurídico administrativa planteada¹³³⁵, de acuerdo con los principios generales sobre la naturaleza protectora y rogatoria de la jurisdicción contenciosa, principios de previsibilidad y seguridad jurídica, en fin, con el principio dispositivo¹³³⁶ (art. 74 LJCA), del proceso contencioso administrativo, superando el carácter revisor¹³³⁷ de la misma.

Del articulado antes mencionado no existe ninguno de ellos que manifieste o que haga referencia a la suspensión automática, tampoco en la jurisprudencia, más todo lo contrario, en esta última, define que el automatismo de la suspensión que pueda operar en determinadas materias en el procedimiento administrativo no es trasladable a la sede jurisdiccional. El órgano judicial debe resolver sobre la procedencia de la suspensión, con arreglo a los criterios previstos en los arts. 129 y ss. LJCA. Han existido modificaciones legislativas, que en la especialidad que nos ocupa se han reflejado, (p. ej.), en el art. 135.2 LJCA, sin embargo, no han tenido presente, como ya se ha mencionado las recomendaciones de Copenhague [punto 20-a) en lo relativo al art. 13 del CEDH o las Cien Reglas de Brasilia, derecho a un recurso efectivo, creación y mejora de recursos internos efectivos respecto al acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Esto incluso a pesar de los propios señalamientos del TEDH Sec. 3º de 22-04-2014 asunto A.C y Otros c. España, nº 6528/11, en su apartado 100, o en cuanto a las dificultades actuales, tanto, procesales como sustantivas y autoridad legitimada para la adopción de las medidas cautelares de internamiento en CIE.

Todo lo anterior me permitió realizar una aproximación teórica y luego práctica respecto a una interpretación actualizada de las medidas cautelares en la especialidad en estudio. En dicha aproximación se realiza una definición del concepto de medidas cautelares, la cual está compuesta por varios requisitos que la distinguen, entre ellos, necesidad de una protección jurídica especial, concreta o singular, urgente e incluso de suspensión automática, atendiendo a los derechos humanos y fundamentales en juego, (así como libertades fundamentales), estos hacen que el recurrente, los interesados (incluidos los terceros), no pueden limitarse a esperar a la resolución final del litigio, de lo contrario, se frustraría su derecho o se podría hacer perder la finalidad legítima del recurso o la sentencia. Esa protección especial, concreta o singular y en los casos que así lo requiera, de suspensión automática, se traduce en medidas precisas y determinadas, que van más allá de una suspensión de una expulsión, son medidas relacionadas con derechos

¹³³⁵ Castillo Blanco, F. A., (1998). “La nueva regulación de las medidas cautelares en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998”, *Poder Judicial*, (nº 52), p. 285.

¹³³⁶ Vid. notas 813 y 1132. Además ver Sala Sánchez, P., Xiol Ríos, J. A. & Fernández Montalvo, R., (2013). *Derecho procesal...*, op. cit., (T. VI, pp. 991-998). Recientemente también ATS, Sala 3ª, Sec. 4ª, nº 2446/20, Rec. 91/20, en cuanto al *petitum* de la actora medida positiva de proveer con carácter urgente suministros y la parte dispositiva del auto, “requerir” al Ministerio correspondiente para que adopte medidas de cumplimiento de suministros, además de informe quincenal de los mismos. La Sala de acuerdo con el art. 33.2 LJCA adopta unas medidas que son congruentes con el *petitum* en correspondencia a su cognición del fondo de la pieza, contradicción y prueba aportada.

¹³³⁷ Navarro Sanchís, F. J., (2012). “Carácter revisor de la jurisdicción contencioso- administrativa: algunas precisiones”. *RJD*, (nº 1), pp. 10 y ss. Fernández Torres, J. R., (2007). *Historia legal de la Jurisdicción...*, op. cit., pp. 874-876. 892-895. Conde Martín de Hijas, V., (1998). “La dimensión constitucional de la jurisdicción contencioso-administrativa”, en E. A. Alcubilla & R. Fernández Valverde. (Dirs.). *Comentarios a la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. (pp. 3-186). Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados.

fundamentales, como el acceso a la educación, al trabajo, a la salud, entre otros, que definen la dignidad humana o el desarrollo de la personalidad, por tanto, no deben ser medidas puramente hipotéticas, no son perjuicios vagos o generales, no son hipótesis de futuro, son medidas que por su carácter especial requieren un tratamiento especial, que no está definido por el legislador, lo que está definido es un acceso ordinario a la jurisdicción y un acceso especial en el caso del art. 114 LJCA (Procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona), pero en ambos casos, el proceso cautelar, el recurso cautelar es el mismo¹³³⁸. No se hace necesario redundar en este momento, que de consumarse la ejecución de los actos administrativos, trae consigo la consumación de perjuicios con efectos inminentes de carácter irreversibles (aspectos estos últimos que se desarrollan más adelante distinguiendo entre, perjuicios de consumación inmediata y futura).

En estrecha relación con lo anterior se encuentra el principio/derecho fundamental a una buena administración, que alcanza, como no puede ser de otra forma, la propia administración de justicia, sobre el mismo he realizado un marcado énfasis, por tanto, los sucesivos análisis también estarán sometidos a dicho principio/derecho, desde la perspectiva de su aplicación por los órganos jurisdiccionales de lo contencioso administrativo en relación con el resto de los contenidos esenciales de los derechos fundamentales expuestos y las medidas cautelares en un sector de personas en condiciones de vulnerabilidad para su acceso a la justicia.

Estos aspectos conducen a analizar el sostenimiento de manera general de que el acceso a la jurisdicción contenciosa administrativa permanece abierto en la especialidad en estudio, por tanto, el derecho a la tutela judicial efectiva se materializa con dicho acceso. Sin embargo, como se constatará, a pesar de dicho acceso, el mismo no es efectivo, ni eficaz. Luego materializado el acceso, ante determinadas circunstancias, el recurso cautelar tampoco es efectivo y eficaz. Son varias las razones que determinan lo anterior, entre ellas, que la autoridad administrativa en sus resoluciones sea omisa sobre la causa de su actuación, falta de motivación, o todos aquellos señalamientos realizados anteriormente, en fin, incumpla con el debido proceso, tenga un *fumus mali iuris*, o tenga, como ha señalado el TS, una “desidia” o posición “contumaz” en su actuación. Ante estas razones, las posibilidades de defenderse de forma efectiva y eficaz disminuyen drásticamente. Es obvio, que resulta más sencillo rebatir las razones que han llevado a la administración a una toma de decisión, que simplemente imaginarlas y tratar de argumentar ante quien tenga la competencia de la revisión cuantas consideraciones pueda imaginar en defensa de sus intereses. La presentación de un recurso contencioso administrativo contra un acto administrativo, en el cual se solicite una medida cautelar, donde dicho acto lo impugnemos sobre base de conjeturas, por no estar el mismo motivado, sin lugar a dudas, dificulta ejercitar el derecho de defensa, entendiéndose que se agudiza la desigualdad entre las partes y se potencializa la posición preponderante de la administración, debilitándose el principio *audiatur et altera pars* –sea oída también la otra parte, contradicción-, al existir una desigualdad de armas, tanto, sustantivas como

¹³³⁸ Una muestra de las disfunciones a las que se hace referencia la tenemos en el Procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona nº 1/20, pieza separada medidas cautelares JCA nº 1 Melilla, recurso de apelación interpuesto ante el TSJA, Sede Málaga, con fecha 21-05-2020 y al momento de terminar esta investigación no está aún resuelto.

procesales, entre el extranjero y la administración, convirtiéndose el principio de igualdad -ya sea formal o material- en muchos casos una mera ficción jurídica¹³³⁹.

He destacado por su singular importancia en el presente objeto de estudio, el interés general e individual, así como los intereses de terceros, como un requisito o presupuesto conformador de las medidas cautelares, o como cláusula de cierre, estos unidos al derecho fundamental de la tutela judicial efectiva, recurso efectivo y eficaz. El razonamiento sobre dichos intereses, como he señalado, no puede ser un acto de mera alegación, motivación formal, de cumplimiento del requisito y mucho menos, estar vacío de contenido. Por la singularidad e importancia de los intereses en juego, hace que sea un verdadero presupuesto, que han de tener en cuenta todos los operadores jurídicos que intervienen en el proceso, bajo la aproximación señalada, pero el órgano jurisdiccional debe atendiendo al principio de proporcionalidad tener un *plus* reforzado de motivación al respecto.

A su vez desde el punto de vista procesal para poder tener un adecuado análisis de los aspectos antes expuestos se han de tener presente los arts. 721 y ss. LEC, en cuanto a que estos enumeran los principios generales¹³⁴⁰, a los que ha de responder la solicitud de medidas cautelares, los cuales son de aplicación supletoria¹³⁴¹ a la LJCA.

Acotado lo anterior, toca ahora analizar, valorar y proyectar el comportamiento de todo lo expuesto en la fase jurisdiccional, en la jurisdicción contencioso administrativo.

1.2- La vigente regulación de las medidas cautelares en el contencioso administrativo.

La propia LJCA de acuerdo con el enfoque dado por la CE se constata que existe un proceso entre partes, que tiene por objeto específico el conocimiento de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la administración pública sujetos al Derecho administrativo (art. 1º). El proceso debe estar diseñado y dirigido a proteger las pretensiones de los interesados y sus derechos subjetivos. Es decir, un control de la administración, un reconocimiento y protección garantista de los derechos del ciudadano, un reconocimiento de una situación jurídica individualizada, adoptando las medidas¹³⁴² necesarias para su reconocimiento o restablecimiento. El acto administrativo, como señala MEILAN GIL, se reconocerá en vía jurisprudencial, no como el objeto del proceso, sino sólo su presupuesto, agregando más adelante, que en ese sentido es “paradigmática”¹³⁴³ la actual regulación de las medidas cautelares.

¹³³⁹ González-Varas Ibáñez, S., (2020). “Sexta Parte. Disposiciones comunes a los Títulos IV y V. Capítulo XLVII. Medidas cautelares...”, op. cit. Sin igualdad entre las partes, sería “pura ficción” la facultad de fiscalización de la actuación administrativa que constitucionaliza el art. 106.1 CE.

¹³⁴⁰ Palomar Olmeda, A., (2017). “Medidas cautelares...”, op. cit., pp. 870-876. Sala Atienza, P., & Cadenas García, M. I., (2016). *Las Medidas Cautelares...*, op. cit., pp. 30-42. Bustillo Bolado, R. O., (2005). *La aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el contencioso administrativo*. Cizur Menor, Aranzadi, pp. 47 y ss. Gil Ibáñez, J. L., (2001). *Las Medidas Cautelares en el Proceso Contencioso-Administrativo. Una visión práctica*. Madrid: Colex, pp. 90-113.

¹³⁴¹ En este sentido tener presente la amplia bibliografía citada al respecto en la Parte primera. Así como ATS Sala 1ª, de 26-6-2009, Rec. 1128/08, FD 2. A su vez se puede estudiar la amplia obra de Ortells Ramos, P. M., (2000). “*Las medidas cautelares*”, op. cit. Ortells Ramos P. M., Calderón Cuadrado M. P., (1996). *La tutela judicial cautelar en el derecho español*. Granada: Comares. Calderón Cuadrado, M. P., (1992). *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civitas*. Madrid: Civitas, pp. 40 y ss.

¹³⁴² ATS Sala 3ª Sec. 4ª, nº 12064/01 de 26-11-2001, Rec. 464/01, FD 2-3, hace un resumen de la naturaleza jurídica de las medidas cautelares.

¹³⁴³ Meilán Gil, J. L., (2010). “El acto administrativo...”, op. cit. pp. 32 y 34.

La propia Exposición de Motivos de la LJCA diseña para lo anterior un sistema de protección cautelar que recoge las distintas aportaciones de la doctrina y la jurisprudencia al momento de su promulgación¹³⁴⁴. Señalando claramente la insuficiencia de la Ley de la Jurisdicción de 1956¹³⁴⁵, significando un avance innegable respecto a aquella, sin embargo, parte de la doctrina científica considera que desde esa misma promulgación, la LJCA no es tan novedosa, ni tan actual, ni tan tutelar¹³⁴⁶, e incluso GARCÍA DE ENTERRÍA, la tilda de negativa e indeseable, de conservadurismo reaccionario¹³⁴⁷, más recientemente SANTAMARÍA PASTOR, señala que “*apunta buenas intenciones, pero nada más*”¹³⁴⁸, o BERBEROFF AYUDA, la cataloga de “*magra*”¹³⁴⁹.

No obstante, la LJCA en los ocho artículos que regulan las medidas cautelares marca la diferencia de su carácter heterogéneo y a su vez insuficiente¹³⁵⁰ del propio instituto cautelar en la jurisdicción contenciosa, empleando amplios términos que la diseñan dando la posibilidad de adoptar medidas cautelares positivas e *inaudita altera parte* (en correspondencia con el art. 730 LEC), previsión por primera vez en dicho ordenamiento procesal de las medidas cautelares previas a la formalización del recurso¹³⁵¹ y un sistema de *numerus apertus* de medidas cautelares¹³⁵² (estas en correspondencia con art. 727 LEC).

Dicho régimen de medidas cautelares es común y aplicable en su regulación a toda las especialidades y procedimientos (incluido los procedimientos especiales Título V de la LJCA), cualquiera que sea su naturaleza jurídica, quedando claro como criterio central, que la razón de ser de las mismas, es preservar el resultado de la resolución judicial que ponga fin al recurso, la efectividad de la sentencia (art. 129-130 LJCA). A pesar de lo expuesto, parte de la doctrina considera que existe una interpretación restrictiva, debido

¹³⁴⁴ La Exposición de Motivos de la Ley es esclarecedora a este respecto cuando afirma que “*se parte de la base de que la justicia cautelar forma parte del derecho a la tutela efectiva, tal como tiene declarado la jurisprudencia más reciente, por lo que la adopción de medidas provisionales que permitan asegurar el resultado del proceso no debe contemplarse como una excepción, sino como facultad que el órgano judicial puede ejercitar siempre que resulte necesario*”.

¹³⁴⁵ Rodríguez-Arana Muñoz, J., (2006). “Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa...”, op. cit., pp. 127-151. Bacigalupo Saggese, M., (1999). *La nueva tutela cautelar en el contencioso-administrativo...*, op. cit., pp. 64-71. Fenor de la Maza y Córnicide Quiroga, Á., (1997). *Nuevas Perspectivas en el Proceso Contencioso-Administrativo...*, op. cit., p. 356. Gil Ibáñez, J. L., (2001). *Las Medidas Cautelares en el Proceso Contencioso-Administrativo...*, op. cit., pp. 5-40.

¹³⁴⁶ Collado García-Lajara, E., (1998). “Las medidas cautelares en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”. *La Ley*. (nº 6), pp. 2181-2194.

¹³⁴⁷ García de Enterría Martínez-Carande, E., (2000). “Observaciones sobre la tutela cautelar en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998...”, op. cit., p. 274. Ratificada esta definición por Sala Sánchez, P., Xiol Ríos, J. A. & Fernández Montalvo, R., (2013). *Derecho procesal...* op. cit., (T. VI, art, 129 p. 674).

¹³⁴⁸ Santamaría Pastor, J. A., (2010). *La Ley reguladora de la Jurisdicción...*, op. cit., p. 1262

¹³⁴⁹ Berberoff Ayuda, D. T., (2011). “La regulación de las medidas cautelares”, op. cit. p. 2634.

¹³⁵⁰ Campos Sánchez-Bordona, M., (2010) “Comentario Artículo 130”, op. cit., SP/DOCT/5240, recuperado 5-04-2018.

¹³⁵¹ Lorenzo de Membiela, J. B., (2006): “Las medidas provisionalísimas *inaudita parte* en el procedimiento contencioso administrativo y su construcción constitucional”. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, (nº 29), pp. 497-515.

¹³⁵² González-Varas Ibáñez, S., (2015). “La aparente bondad del sistema de *numerus...*”, op. cit., pp. 3-24. Sala Sánchez, P., Xiol Ríos, J. A. & Fernández Montalvo, R., (2013). *Derecho procesal...* op. cit., (T. VI, art, 130 p. 927).

a que en la práctica reduce las posibilidades de una verdadera justicia cautelar¹³⁵³, existiendo junto a ello una jurisprudencia rigurosa, protectora de la ejecutoriedad del acto administrativo¹³⁵⁴. De estas cuestiones generales tampoco escapa la materia en estudio.

De la hermenéutica del art. 129 y 130 LJCA, se ponen de manifiesto algunas observaciones, que son necesarias mencionar, entre ellas, todos los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso¹³⁵⁵, cualquier tipo de medida cautelar y la adopción de las mismas, (la regla general de orden temporal), pero prosperaran únicamente cuando se valoren o ponderen circunstanciadamente todos los intereses en conflicto y del resultado de ello traiga como resultado que se pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso.

Descendiendo al art. 130.1 LJCA, es categórico al afirmar que la medida cautelar podrá acordarse “únicamente” cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso. El adverbio únicamente como ha señalado la jurisprudencia debe interpretarse teniendo en cuenta una doble referencia: i) valorando no solo la posibilidad de que la ejecución del acto pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso, sino también ii) de que con la medida cautelar se pudiera causar una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el Juez o Tribunal ponderará de forma circunstanciada. Esto último responde al inciso 2 del citado

¹³⁵³ Baño León, J. M., (2017). “Los excesos de la llamada autotutela administrativa...”, op. cit. p. 832, refiriéndose al art. 130 LJCA, ponderación de intereses, como señala la norma podrá acordarse “únicamente” cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso. A su vez, diferencia el citado autor, que dichas suspensiones son más “...efectivas en los procedimientos sancionadores, pero en el resto de las medidas aflictivas no sancionadoras, la administración conserva la sartén por el mango”. Estando ello asociado al riguroso respeto a la ejecución del acto administrativo.

¹³⁵⁴ Tornos Mas, J., (1999). “La tutela cautelar en sectores específicos del Derecho Público...”, op. cit. 213-253. Señala el autor como la naturaleza jurídica de la medida cautelar concreta se ajusta al tipo de procedimiento administrativo, distinguiendo al efecto, entre la impugnación de sanciones administrativas, actos administrativos, disposiciones o planes de carácter general y la adopción, en fin, de las diferentes medidas cautelares, incluida la medida cautelar positiva. La pretensión cautelar ha de conducir a la selección y precisión por el juez de la medida, adoptando la más oportuna al caso concreto de que se trate. Sobre esta particularidad de la naturaleza jurídica de las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso administrativo, se pronunció Conde Martín de Hijas, V., (1999). “Las medidas cautelares”, en C. Picó Lorenzo. (Dir.). *La nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Estudios de Derecho Judicial*, (nº 11, pp. 531-608). Madrid: CGPJ, entiende el citado autor, que atendiendo a su casuismo, hace diferente e inevitable que no exista una regla uniforme del sistema. Explica a su vez la existencia de “soluciones aparentemente contradictorias, que no lo son, si se profundiza en ellas, y se advierte la variedad de circunstancias de cada caso”, de forma que esa diversidad conduce a resultados distintos en aplicación de unos mismos criterios jurisprudenciales, “sin merma de la unidad doctrinal”, p. 539. Señalando más adelante que esa diferencia de índole de naturaleza jurídica será “el elemento clave para la selección de la medida posible”, p. 579.

¹³⁵⁵ En este aspecto concretamente, cualquier parte del proceso, ha de recordarse que las medidas se pueden solicitar y adoptar en tres momentos del *iter* procesal (inicio, aseguramiento de la sentencia si se interpone recurso y en la ejecución provisional o definitiva de la sentencia). Dentro de dichos momentos procesales existen sus matizaciones, (p. ej.), como veremos respecto al recurso de casación. ATS, Sala 3ª, Sec. 1ª, nº 5913/20, de 30-07-2020, Rec. 2118/20, FD 2, donde el TS ratifica su doctrina jurisprudencial allí citada, que data desde entre otros del ATS Sala 3ª, Sec. 3ª, nº 3259/99 de 16-02-1999, Rec. 10012/97, FD 3-4, consistente en que no es el recurso de casación sede para la solicitud de medidas cautelares, ni la Sala 3ª el órgano jurisdiccional competente para conocer de aquella solicitud, distinguiendo entre la posibilidad genérica de otorgamiento de tutela cautelar en cualquier estado del proceso y la determinación del órgano judicial competente para tal función en cada uno de los estadios del proceso, que como se ha dicho es por excelencia el juez de instancia.

artículo, el cual señala que “*podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada*”.

La exégesis concreta del art. 130 LJCA¹³⁵⁶, permite reflejar los siguientes aspectos:

- a) La adopción de la medida exige de modo ineludible que el recurso pueda perder su legítima finalidad. Así lo dice “*únicamente*”, lo que significa que de ejecutarse el acto se crearían situaciones jurídicas irreversibles, irreparables o de difícil reparación, haciendo ineficaz la sentencia o imposibilitando el cumplimiento de la misma en sus propios términos, con merma del principio de identidad, en el caso de estimarse el recurso;
- b) Aun concurriendo el anterior presupuesto, puede denegarse la medida cautelar, siempre que se aprecie el contralímite de la perturbación grave de los intereses generales o de tercero, o a otro derecho fundamental¹³⁵⁷, lo que obliga a efectuar siempre un juicio comparativo de todos los intereses en juego, concediendo especial relevancia a la hora de decidir a la mayor gravedad de la perturbación que la medida cause al interés general o al de un tercero que resulte afectado por la eficacia del acto impugnado;
- c) En todo caso, el juicio de ponderación que al efecto ha de realizar el órgano jurisdiccional debe atender a las circunstancias particulares de cada situación, y exige una motivación acorde con el proceso lógico efectuado para justificar la adopción o no de la medida cautelar solicitada.

De esta exégesis se renueva la pregunta ¿responde o no el art. 130 LJCA plenamente a los principios de previsibilidad y seguridad jurídica? En este sentido, como se ha citado, las opiniones están divididas. Al respecto, me afilio a la opinión de que el art. 130 LJCA no responde plenamente a los principios citados. Tal línea de pensamiento se sustenta en lo ya expuesto en la primera parte de este trabajo, así como en la incorrecta extrapolación interpretativa que se hace del art. 130 LJCA de una especialidad a otra. Estos principios en la materia en estudio no deben ser interpretados con el mismo alcance que en otras especialidades, su interpretación deberá partir inexorablemente de la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran la mayoría de los solicitantes de las medidas cautelares en la presente especialidad. Hiendo más allá, sometido a comparación el art. 130 LJCA con los art. 39 del Reglamento del TEDH o con el art. 39 del Estatuto y Capítulo 10 del Reglamento del TJUE, se constata que entre los mismos existe cierta simetría, y a su vez se advierten un conjunto de diferencias, en cuanto a la forma de interpretar la previsibilidad y seguridad jurídica, las cuales paso a referenciar a continuación:

1.- El art. 130 LJCA en su naturaleza jurídica expresa que previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto se podrá adoptar o no la medida

¹³⁵⁶ Campos Sánchez-Bordona, M., (2010) “Comentario Artículo 130”, op. cit., SP/DOCT/5240, recuperado 5-04-2018. En este sentido el autor señala que debido a la multiplicidad de resoluciones dictadas en la materia de medidas cautelares, por cada una de las diferentes Secciones Sala 3ª del TS y el inevitable casuismo asociado a las mismas no permite afirmar que la exégesis del art. 130 LJCA responda plenamente a los principios de previsibilidad y seguridad jurídica. Muestra de ello, ATS Sala 3ª, Sec. 1ª, nº 1858/14 de 05-03-2014, Rec. 432/13, RJ 2-3 y las SSTs, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 6156/05 y nº 6164/05, ambas de 14-10-2005, Rec. 2642/03 y 4098/03, FD 4 y 5 respectivamente, en dichas resoluciones el TS realiza una exégesis del art.130 LJCA, sin refleja nitidamente los principios de previsibilidad y seguridad jurídica.

¹³⁵⁷ Pérez Tremps P., (2019). *Sistema de Justicia...*, op. cit., pp. 146, 188. Rodríguez-Arana Muñoz, J., (2006). “Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa...”, op. cit., p. 137.

cautelar, la cual se acodará únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudiera hacer perder la finalidad legítima del recurso. Esto es lo que la jurisprudencia ha denominado "*el efecto útil*" de la sentencia, (tardanza en dictar un pronunciamiento sobre la cuestión de fondo que pudiera hacer inoperante aquella).

El presente artículo no hace referencia al interés de una de las partes, el actor (vulnerable), sino que hace referencia a todos los intereses en conflicto. Sin embargo, el art. 39 del Reglamento del TEDH da alcance prioritario a las alegaciones del recurrente, reconoce los requisitos, elementos o presupuestos valorativos del riesgo real o plausible, inminente, urgente, daño irreparable e irreversible, o las situaciones especiales en que se encuentre el mismo en un momento concreto, para luego ver el "*buen desarrollo del procedimiento*". Ello es lo que lo hace eficiente, eficaz y útil su pronunciamiento final. La jurisprudencia del TEDH vela primeramente por la posibilidad de restituir al demandante en la integridad de su derecho, una especie de *restitutio in integrum* del principio/derecho de la dignidad humana y no por garantizar la finalidad de la resolución en abstracto¹³⁵⁸.

Lo anterior es lo que debería realizar el juzgador nacional, *prima facie* realizar un examen de los elementos expuestos por el actor (vulnerable), dicho examen no ha de ser superficial, el cual, unido a las pruebas aportadas determinaría esa previsibilidad de riesgo, sin prejuzgar en modo alguno el fondo del asunto, ni el contenido de la propia resolución definitiva, o que ello signifique un fallo anticipado, sino más bien es un fallo garantizando, dando seguridad jurídica al justiciable y luego al resultado final del proceso.

Esta concepción del riesgo y previsibilidad de los daños a que puede ser sometido el justiciable inherente a la tardanza o demora en resolver (*periculum in mora*) es la que debe primar en la materia investigada, debiéndose superar la existente, consistente en que el perjuicio irreparable o de difícil reparación derive de la ejecución del acto. El riesgo y previsibilidad de los daños inherente a la tardanza o demora en resolver no debe estar ligada a la ejecución del acto administrativo, (p. ej.), a una denegación de una autorización de trabajo y residencia, o a un acto de contenido negativo, o cuando existe una vía de hecho o inactividad¹³⁵⁹, sino que debe estar ligada al riesgo de los daños irreversibles por la tardanza o demora en resolver.

La concepción existente del daño reparable, siempre indemnizable, compensado, que lleva de una u otra forma a pensar en el resultado de la sentencia, considero debe ser superada. Como he señalado, y se analizará más adelante, lo anterior no es baladí, pues

¹³⁵⁸ Una resolución representativa de lo señalado en nuestro derecho interno es el AJCA nº 5 de Granada nº 452/20 de 8-07-2020, Rec. PA 407/20, RJ 4. Adopción de medida cautelar positiva, concesión provisional de autorización de residencia temporal no lucrativa y la negativa de suspensión de la obligación de salida del territorio español. Dicha adopción es contra resolución que deniega segunda renovación de autorización de residencia temporal no lucrativa. Se sustenta la medida luego de realizar un amplio análisis doctrinal sobre los actos de contenido negativo, principio de identidad, entre otros, sobre la base de que la actora pueda subvenir a sus necesidades económicas y de sostenimiento de su familia, en situación de regularidad, destacando que dicho análisis en sede cautelar, se pone de manifiesto los perjuicios que durante la estancia en España de la recurrente pudiera provocar a sus intereses la ausencia la autorización solicitada con este carácter cautelar, y que no son otros que el bloqueo de sus cuentas bancarias, las dificultades en la administración de la clínica en Marruecos, con el consiguiente perjuicio para la recurrente y su familia -por ser su única fuente de ingresos- y para los empleados de la clínica, el perjuicio que supone para los menores en su formación académica, etc.

¹³⁵⁹ Esta línea argumentativa también es sostenida por Sala Sánchez, P., Xiol Ríos, J. A. & Fernández Montalvo, R., (2013). *Derecho procesal...*, op. cit., (T. VI, art. 130, p. 856).

se ha de tener en cuenta la finalidad de las medidas solicitadas, unidas al riesgo y previsibilidad de los daños, en relación con la realidad social, el contexto jurídico existente en ese momento, así como con las exigencias derivadas de los principios, derechos y libertades fundamentales estudiados. A ello se agrega, que de sostenerse que todo puede tener un valor económico y por ende indemnizable, reparable, se perdería así en muchas ocasiones la verdadera efectividad de la tutela cautelar.

2.- Establece como segundo requisito el artículo en estudio, que a pesar de cumplirse la finalidad legítima del recurso, la medida podrá denegarse cuando de su adopción pudiera generarse perturbación grave de los intereses generales o de terceros. Esto en comparación con el art. 39 del Reglamento del TEDH pauta otra distinción fundamental. El art. 130 LJCA relega, como he dicho, a un segundo lugar las pretensiones e intereses del individuo, en nuestro caso el actor (vulnerable), sin embargo, se ha de recordar lo expuesto en cuanto a la convergencia/equivalencia, y no comparación entre ambos intereses, el general e individual. Esto reafirma el punto anterior, no dar más protección al resultado final del proceso, sino que se ha de dar más protección a los intereses en juego, partiendo por los del actor (vulnerable), luego al interés general y de terceros. Estos intereses para todas las partes han de ser objetivos, concretos, medibles cuantificables, no expresiones generales y vacías de contenido.

En consecuencia, la protección cualificada de la perturbación grave al interés general y de terceros nos lleva a la reconocida ejecutividad de los actos administrativos dispuesto por la ley; de no realizarse un correcto discernimiento de dicha protección cualificada de intereses se confirmarían las formulas ya conocidas, rituarías y genérica¹³⁶⁰ -el otorgamiento de la medida produce un grave daño al interés general-, sin embargo, es necesario recordar, que el TC¹³⁶¹ ya señaló que nuestro Derecho contienen las reglas necesarias para la reinterpretación de los textos respecto a la ejecutividad, pudiendo el control judicial garantizar una valoración de la misma y de los intereses comprometidos por esta, intereses que son, todos los de las partes en el eventual litigio, y para ello se han de tener en cuenta reglas de análisis de situaciones irreversibles o previsibles o fórmulas reintegrativas que permitan adoptar una correcta y mejor decisión judicial. Es en fin este criterio de la previsibilidad, irreversibilidad o fórmulas reintegrativas del TC coincidente con el de la jurisprudencia del TEDH.

Resalto en este punto los intereses de terceros, se ha de recordar que los mismos están en igualdad, equiparados al interés general, (en el ejercicio de ponderación), ellos cuentan con la intensidad suficiente y por si solos pueden surtir los efectos necesarios, por tanto, los intereses individuales en determinadas circunstancias están doblemente reforzados. Atendiendo a lo dicho, en aquellos supuestos, que como veremos, el tercero interesado, legitimado, se persone en el proceso contencioso administrativo y sus intereses sean o estén en correspondencia con los del interés individual deberá el juzgador analizar sus intereses con la misma intensidad que los del interés general¹³⁶².

¹³⁶⁰ Un ejemplo ilustrativo de rechazo a estas fórmulas rituarías y genérica lo tenemos en el AJCA, nº 34 de Madrid, nº 79/20 de 16-09-2020, PA 168/20, RJ 4, refiriéndose concretamente a la oposición genérica de la Abogacía del Estado, a la ausencia de datos y razonamiento alguno respecto al interés general prevalente.

¹³⁶¹ STC Sala 2ª, nº 66/84, FJ 3 y STC Pleno, nº 238/92, FJ 6.

¹³⁶² Rodríguez-Arana Muñoz, J., (2012). *Interés general*, ..., op. cit., pp. 177-193.

3.- Otro elemento diferenciador es el grado de medición de la severidad del daño, sus consecuencias personales de forma directa al actor (vulnerable), o las consecuencias para los intereses de terceros relacionados con el mismo, o para el interés general propiamente dicho. Aquí cobra significado lo referente al grado de jerarquización/categorías que la propia jurisprudencia del TC mantiene referente a los derechos y libertades fundamentales de los extranjeros. La determinación del contenido esencial, mínimo, indisponible, adicional o absoluto de los derechos fundamentales, así como sus consecuencias o sacrificios de un derecho por otro, están directamente relacionados con la forma e intensidad en que se determine la severidad del daño. Por tanto, dicho grado de severidad inexorablemente debe estar medido principalmente por el alcance del art. 10, 13, 14¹³⁶³ y resto de derechos y libertades fundamentales de la CE, en unión a los derechos sociales y de todos estos en estrecha conexión con los intereses de terceros interesados. Esto nos conduce a ratificar, que tanto, los intereses individuales, como los generales, como los de terceros, están vinculados a los derechos fundamentales en cuestión en el asunto concreto.

4.- La inminencia o la urgencia también constituyen otro elemento diferenciador del art. 130 LJCA con los artículos comparados. La urgencia no se menciona en el art. 130 LJCA, la doctrina y la jurisprudencia nacional consideran que la misma está regulada implícitamente integrada atendiendo a la propia naturaleza jurídica de las medidas cautelares.

La urgencia vista desde el prisma del art. 39 del Reglamento del TEDH tiene estrecha vinculación con la previsibilidad del riesgo real e inminente, pero a su vez con el efecto que ha de garantizarse para la finalidad del recurso, que el recurso sea efectivo, eficaz y suspensivo (incluido el automático). Las consecuencias o envergaduras de la no previsibilidad del riesgo real e inminente, del daño (que puede ser mayor o menor), está en dependencia de la urgencia con que se intervenga, unido a la agilidad del procedimiento para poder canalizar dicha urgencia y reducir el daño al mínimo, es decir, la accesibilidad real a la jurisdicción y al sistema de recursos, la disponibilidad, especialmente en el sentido de que su ejercicio no sea obstaculizado de manera arbitraria, tanto, por actos, interpretaciones, como por omisiones de las autoridades estatales. Tales factores hacen que la urgencia discurra como tal, y que el riesgo, el daño que inicialmente es grave o muy grave se pueda prevenir y reducir.

Cuando existen trabas procesales, obstáculos administrativos o pensando finalísticamente, (finalidad legítima al recurso o efectividad de la sentencia), la urgencia pierde en sí misma su virtualidad y potencializa la gravedad del daño inicial previsible. Un daño, un peligro procesalmente tramitado tardíamente, obstaculizado, no prevenido puede traer al traste los mismos resultados de una ejecutoriedad inmediata o aún más gravosa para los actores o terceros interesados. Esto se materializa, como veremos, en el art. 135 LJCA.

5.- Por último, existe un elemento distintivo entre el art. 130 LJCA y el art. 39 del Reglamento del TEDH fruto de la interpretación del TEDH, consistente en las vías o técnicas de protección indirecta, interpretación evolutiva, e incluso por razones del principio de oportunidad, derechos o situaciones que provienen de organismos internacionales (dictámenes de comités, informes de relatores, organismos especializados, etc.), o de los propios derechos sociales, u obligaciones positivas, u otros tipos de protección de derechos que hacen que la previsibilidad cuestionada o la seguridad jurídica

¹³⁶³ STC Sala 1ª, nº 42/20, FJ 4-a).

deba ser potencializada. Estas vías o técnicas están ausentes en el espíritu del art. 130 LJCA y en la gran mayoría de los análisis jurisprudenciales de nuestros órganos ordinarios, incluso del TC. Dicho de otra forma, para que los dictámenes de comités, informes de relatores especiales, derechos sociales, obligaciones positivas etc., sean tenidos en cuenta directamente como resultado de una aplicación directa y vinculante de convencionalidad por los órganos jurisdiccionales ordinarios internos y sean adoptados positivamente en la valoración de las circunstancias de un supuesto concreto, es tarea ardua difícil. Por ejemplo, en cuanto a los derechos del niño o interés superior del menor, los dictámenes del CDN en cuanto al derecho a la educación de los menores están en plena correspondencia con el interés general del art. 2 *bis* inciso f)¹³⁶⁴ de la LO 4/00 y estos a su vez con el art. 9 de la misma LO y art. 27 de la CE, sin embargo, en supuestos tratados en esta especialidad no son tenidos en cuenta¹³⁶⁵. Con dichas técnicas, se puede dar una mejor previsibilidad y seguridad jurídica a los derechos en juego, garantizando con mayor efectividad y eficacia el recurso.

De estas diferencias se puede concluir parcialmente que el art. 130 LJCA, i) no responde plenamente a los principios de previsibilidad y seguridad jurídica, ii) el contenido interpretativo dado al mismo por nuestra doctrina y jurisprudencia interna no llega a alcanzar el contenido interpretativo jurisprudencial del art. 39 del Reglamento del TEDH, ni con la del TJUE, iii) los dos puntos anteriores dan al traste y están en correspondencia con el carácter restrictivo de las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso administrativa en la materia aquí investigada.

En este repaso al carácter heterogéneo y a su vez insuficiente de la LJCA marca la diferencia la ausencia de referencia expresa al *fumus boni iuris*, como presupuesto para la adopción de las medidas cautelares. Omisión que no ha quedado excluido del todo en las consideraciones de los órganos jurisdiccionales, aunque se continúa recomendando su utilización mesurada. Sin embargo, como he señalado en la aproximación a la definición cautelar, tal presupuesto se considera de importancia por las razones ya dichas y ahora ratificadas: i) la primacía del DUE y su determinación sobre la materia en estudio, ii) la especial complejidad jurídica de los supuestos que se someten a solución, por tanto, esa apariencia de derecho, que no es certeza, esa transparencia jurídica de la normatividad en correspondencia con el art. 2 *bis* de la LO 4/00 hacen en su conjunto una valoración de las circunstancias de hecho y de derecho (suficiencia jurídica y fáctica), que demuestren la solidez de la acción. Ello sin entrar al fondo del asunto, existen precisamente situaciones normativas derivadas del DUE que hacen llevar al convencimiento de que existen dudas sobre el acto administrativo, sobre su legalidad e incluso si existe un buen o mal derecho de la actuación administrativa, un *fumus mali iuris* (actuación administrativa ilegal, arbitraria, desidia administrativa, posición contumaz), que atenta en sentido general contra el debido proceso.

Los comentarios antes dichos ratifican que de manera inicial la LJCA supero a la Ley de 1956 en varios aspectos, entre ellos, el monopolio de la medida cautelar de suspensión, pasando como se ha dicho a un sistema de *numerus apertus* de medidas innominadas que permite al Juez adoptar cualquier disposición cautelar que sea proporcionalmente

¹³⁶⁴ Art.2-*bis*-f) LO 4/00, “la garantía del ejercicio de los derechos que la Constitución, los tratados internacionales y las leyes reconocen a todas las personas”. art. 9 derecho a la educación.

¹³⁶⁵ Procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona nº 1/20, pieza separada medidas cautelares JCA nº 1 Melilla, solicitud medida cautelar matriculación en curso escolar, denegado. Existiendo medida provisional del CDN de que se proceda a matricular a los menores.

adecuada, sin embargo, el de cursar jurisprudencial ha llevado a una posición interpretativa restrictiva, donde prima el fin de garantizar la efectividad de la sentencia y no la previsibilidad, la pretensión de las partes, como respuesta audaz que reclama el pleno respeto al derecho fundamental a la tutela cautelar judicial efectiva, a un verdadero recurso efectivo bajo el manto del principio de la seguridad jurídica, siendo estos aspectos irradiados a la especialidad en estudio.

1.3- Presupuestos generales de las medidas cautelares. Su interpretación y aplicación en las medidas cautelares en el Derecho de Extranjería.

1.3.1- Consideraciones previas.

En los ordinales anteriores se abordó la forma genérica la interpretación que se le imprime a las medidas cautelares reguladas en la LJCA, se mencionaron en igual sentido algunos matices del comportamiento interpretativo de los presupuestos de las medidas y su comparación con el sistema del TEDH. Se analizará a continuación dichos presupuestos desde el escenario de aplicación material y procesal de los mismos por parte de los órganos jurisdiccionales contenciosos administrativos en la materia en estudio.

Previamente se ha de recordar que las medidas cautelares en la especialidad tienen y cumplen las mismas características¹³⁶⁶ de las medidas cautelares en sentido general, atendiendo a como se ha dicho, la LJCA establece un régimen común de medidas cautelares aplicable a toda las especialidades y procedimientos contenciosos administrativos con independencia de la naturaleza jurídica de los mismos. Ello es importante resaltarlo, atendiendo a la existencia de la jurisprudencia predominante en cuanto a lo aquí examinado, que como se ha podido contrastar, es una doctrina jurisprudencial en sentido general restrictiva, que se caracteriza por no decretar medidas cautelares suspensivas y mucho menos positivas debido a la tutela y necesidad de preservar el acto administrativo, el interés general. Esto se agudiza en forma negativa en cuanto a la adopción de medidas positivas, debido a que, i) es improcedente pre-juzgar sobre el fondo del asunto, se produciría el efecto indeseable de que, por amparar el derecho a la tutela efectiva cautelar, se vulneraría otro derecho, también fundamental e igualmente recogido en el art. 24 CE, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba¹³⁶⁷, o ii) el relativo al del principio de identidad de lo ejecutado en la medida cautelar y lo establecido en el fallo de la sentencia, entre otros. Tales criterios, responden a los argumentos citados en las partes anteriores.

En similares términos me he de pronunciar respecto a la adopción de las medidas cautelares del art. 135 LJCA, las cuales tienen determinadas características específicas de la materia en estudio, i) responden a dos jurisdicciones, característica *sui generis*, ya que pueden ser decretadas por los órganos jurisdiccionales diferentes (jurisdicción penal, el juez instructor de guardia y por el juez de lo contencioso administrativo). Dicha dualidad de jurisdiccionalidad competentes hace como ya se ha dicho y desarrollaré más adelante una serie de disfunciones procesales que atentan contra

¹³⁶⁶ Sala Atienza, P., & Cadenas García, M. I., (2016). *Las Medidas Cautelares...*, op. cit., pp. 68-72, jurisdiccionalidad, perentoriedad, provisionalidad, instrumentalidad, discrecionalidad, discrecionalidad, justificación, sumariedad, variabilidad, indemnidad. En similares términos Sala Sánchez, P., Xiol Ríos, J. A. & Fernández Montalvo, R., (2013). *Derecho procesal...*, op. cit., (T. VI, art. 129, pp. 653-654).

¹³⁶⁷ STSJA, (Sede Granada), Sala (Contencioso). Sec. 1ª, nº 2429/18 de 20-12-2018. Rec. nº 637/18. La cual desestima recurso apelación sobre solicitud de medida cautelar positiva, contra resolución de extinción de permiso de residencia y autorización de trabajo.

la tutela cautelar efectiva. En todo caso, ambas jurisdicciones resultan de las potestades jurisdiccionales amparadas en el art. 117 CE¹³⁶⁸, ii) la determinación de la especial urgencia se centra en supuestos limitados de expulsión, tales como, tortura, malos tratos o situaciones de un arraigo social y familiar muy cualificado. En este sentido, se ha de tener presente el ya mencionado Reglamento del CGPJ en el 2005 y su Acuerdo modificativo del Pleno del año 2007 (aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, art. 42.5-c)¹³⁶⁹.

A su vez, las medidas cautelares en el presente objeto de estudio también responden a la justicia rogada, petición de parte, rogación de parte, art. 129.1 LJCA, careciendo el Juez de la posibilidad de su adopción de oficio (en relación con el art. 721.2 de la LEC), lo cual conlleva a la inexistencia de la suspensión automática de oficio e incluso ni formalmente esta admitida, aunque estén todos los presupuestos, circunstancias y características necesarias para ello, sea cualquiera el supuesto, derecho fundamental o principio que esté en juego, -principio no devolución, interés superior de menor, etc.-. Lo cual conlleva a cuestionar su inexistencia a pesar de los señalamientos críticos mencionados y a pesar de las modificaciones legislativas realizadas, pues nada imposibilita su no acuerdo. En igual sentido tampoco se podrán acordar medidas más gravosas que las solicitadas, no obstante, en este sentido se ha de tener en cuenta el art. 33.1 LJCA por el cual el juez o tribunal podría alterar en su resolución la adopción de la medida en relación con el *petitum* cautelar de la parte, sustituyendo una medida cautelar por otra¹³⁷⁰.

Las características *ut supra* señaladas de las medidas cautelares definen su autonomía procesal y a su vez una accesoriedad¹³⁷¹ relativa al proceso principal, cuyo resultado satisfactorio pretende asegurar el cumplimiento de aquel, respondiendo en todo caso a un criterio de proporcionalidad, de acuerdo con la finalidad que persigue. Sin embargo, esta

¹³⁶⁸ ATS, Sala 3ª, Sec. 1ª, nº 2803/14 de 2-04-2014, Rec. 510/13, RJ 1 y la jurisprudencia allí citada.

¹³⁶⁹ Dicho apartado quedo redactado de la siguiente manera “C. Adopción de medidas cautelares previstas en el art. 135 de la Ley 29/1998,...en relación con actuaciones de la Administración en materia de extranjería, asilo político y condición de refugiado que impliquen expulsión, devolución o retorno. Cumplimentada su intervención el Juez de Guardia remitirá lo actuado al órgano judicial competente para celebración de comparecencia y ulterior resolución del incidente. En todo caso, quien inste la intervención del Juez de Guardia en los supuestos previstos en este apartado habrá de justificar debidamente su necesidad por resultar inaplazable y no haber sido posible cursar la solicitud al órgano naturalmente competente en días y horas hábiles. Deberá igualmente aportar cuanta información sea relevante o le sea requerida sobre procedimientos en trámite que tengan conexión con el objeto de dicha solicitud”.

¹³⁷⁰ Vid. notas 813, 1132, 1336, principio dispositivo no es de aplicación absoluta en el orden contencioso administrativo.

¹³⁷¹ La definición de accesoriedad la podemos encontrar en el art. 731.1 LEC cuando señala que no se mantendrá una medida cautelar cuando el proceso principal haya terminado. A su vez expone que la terminación será por cualquier causa (en este sentido art. 74 y ss. LJCA, desistimiento, allanamiento, transacción o satisfacción extraprocésal). Estableciendo una excepcionalidad a las formas de terminación, cuando se trate de sentencias condenatorias o autos equivalentes. Remite este artículo al art. 548 LEC, el cual señala que no se despachará ejecución dentro de los veinte días posteriores a aquel en que la resolución de condena sea firme. No obstante, se interpreta por una parte de la jurisprudencia que precisamente la accesoriedad significa, por tanto, que terminado el proceso o procedimiento, la medida cautelar deja de estar en vigor. Entendiendo que dicha jurisprudencia obvia la remisión del propio art. 731.1 LEC al 548, el cual como se ha expuesto señala la firmeza.

autonomía e independencia accesoria, no siempre es bien vista en la materría tratada¹³⁷². No escapa la especialidad a que dichas características sean analizadas desde dos posiciones, i) está condicionada por el objeto del litigio principal, con una vigencia transitoria en dependencia de este, ii) tiene su propia autonomía *per se* dentro del *iter* procesal propiamente dicho. Esto último no significa que se prejuzgará en modo alguno la decisión de fondo del asunto principal o que haga hueca o vacía de contenido la sentencia, o que ésta, forzosamente estaría constreñida por los razonamientos exteriorizados con ocasión de la resolución de la medida cautelar, y mucho menos que la medida cautelar haya agotado con sus pronunciamientos en una fase previa, la fase final del proceso. Aunque puedan existir autos con tales características¹³⁷³, estos no son la sistemática empleada en la especialidad.

La cognición limitada¹³⁷⁴, contradicción y prueba de la pieza separada de medida cautelar en la materia en estudio es otro aspecto de una marcada singularidad, debido a los efectos de los mismos, conectados al *petitum* realizado. Dicha cognición, contradicción, y prueba, debe ser interpretada como aquella que permitirá que los efectos de la resolución estén en plena correspondencia con los intereses individuales y generales. Por tanto, no es muy sostenible en estos tiempos continuar sosteniendo en determinadas resoluciones judiciales de la especialidad (fundamentalmente aquellas donde se solicitan medidas positivas), que conceder una medida cautelar produciría un adelantamiento de los efectos de la sentencia, argumentándose estos criterios, como se ha dicho, sobre la base del propio art. 24 de la CE, tutela cautelar efectiva, frente a la propia tutela judicial efectiva del asunto principal, es decir, se causara con ello un daño procesal de la primera a la segunda o se causara un daño a otro derecho fundamental.

Siguiendo la estela de lo recién expuesto no se comparten dichos razonamientos atendiendo a tres aspectos fundamentales, i) la homogeneidad o principio de identidad como una de las característica de las medidas, señala que las medidas que anticipen en parte o provisionalmente efectos de la sentencia responden a la función de asegurar la efectividad de la misma; lo que supone algo más que asegurar la ejecución, dado que implica también proteger aquélla frente a riesgos que impidan que sus efectos se desarrollen en condiciones de plena utilidad para el que sea reconocido como titular del derecho, para ello inevitablemente el juzgador deberá aplicar el *test* previo de la legalidad del acto o norma; cuestión que ha de ser de lógica jurídica, como sucede en cualquier otra jurisdicción, por tanto, mantener ese criterio es ir contra de la propia naturaleza jurídica de la medida cautelar; ii) sobre las bases de los propios derechos procesales, tanto, del proceso cautelar, como del principal, estos procesos son procesalmente independientes y con sus respectivas naturalezas jurídicas, con sus garantías debidas de contradicción y prueba en cada uno y de acuerdo con las diferentes fases del *iter* procesal (no se interfiere el uno con el otro). Ambas tutelas judiciales -la cautelar y la del proceso principal -tienen su debido proceso y las garantías que le corresponden, que en cada ámbito tienen un alcance diferente a partir de la propia naturaleza jurídica de la medida cautelar y iii) son frases rituales, estigmatizadas en el tiempo sin mayor razonabilidad.

¹³⁷² Quintana Carretero, J. P., (2010) “Las Medidas Cautelares en materia de Extranjería”, en VV. AA, J. M. Ballesteró Martín. (Coord.). *Extranjería y cooperación judicial internacional*. Madrid: Wolters Kluwer España, S.A, pp. 347-382.

¹³⁷³ ATS Sala 3ª, Sec. 4ª, nº 4057/20 Rec. 150/20.

¹³⁷⁴ STC, Sala 2ª, nº 148/93, FJ 4 y 6.

En todo caso, si el juzgador se “*excediera*” en ese examen apriorístico y se decretara la medida cautelar solicitada prejuzgando el fondo y afectara al interés general, o al interés de un tercero, ello es perfectamente solucionable a través de varias vías procesales, i) el recurso impugnativo que en derecho corresponda, precisamente contra la resolución adoptada, ii) a través de solicitud de modificación o levantamiento de la misma, atendiendo a cambio de circunstancias, iii) precisamente las características de instrumentalidad y provisionalidad/temporalidad, darán por terminada la medida, dictada la sentencia correspondiente, iv) a través del art. 133.3 LJCA, levantada la medida por sentencia o por cualquier otra causa, la administración, o la persona que pretendiere tener derecho a indemnización de los daños sufridos, podrá solicitar ésta ante el propio órgano jurisdiccional.

A su vez la homogeneidad o principio de identidad entre la medida cautelar su ejecución y lo que se pueda establecer en el fallo de la sentencia en la presente especialidad puede tener cuatro lecturas fundamentales. Dichas lecturas partirían del objeto y fin de la medida, (su adopción exige de modo ineludible, que si no se adopta el recurso y la sentencia puedan perder su finalidad legítima). Por ello, la primera lectura sería, suspendido el acto administrativo o adoptada una medida positiva y a su vez dictado una sentencia estimatoria a las pretensiones del recurrente, existe una correspondencia entre ambas resoluciones judiciales, identidad entre auto/sentencia. Segunda, de forma inversa, si es desestimada la adopción de la medida y ejecutado el acto, luego acogidos y ratificado en la sentencia los argumentos de la administración, confirmando el acto impugnado, al estar ejecutado el mismo, se cumpliría igualmente el principio de identidad entre auto/sentencia.

Una tercera lectura sería la suspensión de la ejecutividad del acto o medida positiva, luego dictada una sentencia desestimatoria de las pretensiones del actor, aquí como veremos, se generarán varias situaciones, i) la existencia de la medida no afectaría el cumplimiento de la sentencia en sus propios términos, llegado ese momento procesal, como señala parte de la doctrina y la jurisprudencia, la medida cautelar es desplazada, pierde su efectividad por la sentencia, la cual puede ser ejecutada provisionalmente si fuese recurrida, ii) que la medida inicialmente concedida sea impugnada por la administración (apelación o casación según el supuesto de hecho) y que sea revocada la misma, dictándose sentencia desestimatoria (sobre este aspecto se profundizará más adelante en CAPITULO V y VI). En todo caso, en este supuesto como se dijo *supra*, de existir una afección al interés general por la medida inicialmente concedida se puede accionar por los procedimientos establecidos en ley al respecto para reparar ese daño al interés general (art. 133.3 LJCA).

La cuarta lectura y más polémica, consistiría en la no adopción de la medida cautelar de suspensión o medida positiva, ejecución del acto y luego una sentencia a favor del actor, lo que significa que de haberse ejecutado el acto la sentencia no podrá ser ejecutada en sus propios términos¹³⁷⁵, considerando la pérdida o inexistencia de identidad con el propio objeto del asunto principal, con consecuencias irreversibles en la mayoría de los casos para el actor. Dentro de este supuesto también puede darse la situación que la medida cautelar desestimada sea recurrida en apelación o casación y que el tribunal *ad quem* la conceda y el acto ya haya sido ejecutado. Estas circunstancias se ejemplifican en actos de contenido negativos no suspendidos, extinciones, expulsiones, devoluciones (en estos supuestos pudiese existir, en todo caso, siempre que estén los presupuestos, que el daño

¹³⁷⁵ No es objeto de investigación la imposibilidad de ejecutar las sentencias en sus propios términos.

sea reparado o indemnizado a través de otras vías legales, como la responsabilidad patrimonial, tanto, administrativa como judicial).

Definidas estas cuestiones generales paso a continuación a analizar individualmente los presupuestos o requisitos objetivos de las medidas cautelares, bajo el prisma de aproximación teórica dada, con el objetivo de demostrar que dicha aproximación teórica es plenamente viable. Para ello, se recurre a la estructura empleada en el presente trabajo y de acuerdo con la sistemática de la LJCA, se ha de comenzar por el *periculum in mora*.

1.3.2- El *periculum in mora*. La finalidad legítima del recurso.

El *periculum in mora*¹³⁷⁶ está recogido como ya se señaló en el art. 130 LJCA, se muestra bajo el concepto de que el recurso pueda perder su finalidad legítima. Se ha de advertir nuevamente que la pérdida de la finalidad del recurso no está solamente vinculada a la duración del proceso, sino también a “la ejecución del acto o la aplicación de la disposición”. Esta reiteración responde a que esta última vinculación de la ejecución del acto o la aplicación de la disposición da lugar a que se mantenga la línea interpretativa generada bajo la Ley de 1956 y ello es lo que precisamente sucede en la materia investigada, tiene más fuerza interpretativa la preservación del efecto útil del recurso y la sentencia futura que la previsión o previsibilidad antes señalada respecto a los daños o peligros irreversibles. Sin embargo, como he expuesto ha de prevalecer la concepción del riesgo y previsibilidad de los daños al que puede ser sometido el justiciable inherente a la tardanza o demora en resolver (*periculum in mora*). Dichos riesgos o peligros pueden contener una irreversibilidad de tal magnitud e intensidad que harían perder la finalidad del recurso y llegado su momento de la sentencia en sus propios términos, con merma del principio de identidad.

A su vez la interpretación del *periculum in mora* como pérdida de la finalidad del recurso en relación con la duración del proceso y la ejecución del acto o la aplicación de la disposición tiene una acepción, la de evitar que quien aparentemente está revestido de toda razón tenga que esperar a la decisión final del proceso para “disfrutar” de la posición o situación jurídica que, con fuerte presunción, indubitada parece corresponderle, es decir, el *fumus boni iuris*¹³⁷⁷, (este último evidentemente, sin tener a examen frente a él

¹³⁷⁶ Sala Atienza, P., & Cadenas García, M. I., (2016). *Las Medidas Cautelares...*, op. cit., pp. 187.

¹³⁷⁷ STS, Sala 3ª, Sec. 3ª, nº 2491/08 de 14-05-2008, Rec. 3562/07, FD 4, señala “*El fumus boni iuris o apariencia de buen derecho es considerado en el Derecho común de la justicia cautelar como un requisito exigible para que pueda adoptarse una resolución de esta naturaleza. No parece que quien manifiestamente carece de razón a limine litis [en el umbral del proceso] pueda resultar perjudicado por el retraso en obtener una resolución de fondo (...). La Ley Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa 29/1998, de 13 de julio no hace referencia explícita a este requisito, pero el mismo debe entenderse implícitamente recogido en el artículo 130.1, cuando se refiere a la garantía de efectividad de la finalidad legítima al recurso como presupuesto de las medidas cautelares. Por otra parte, la presencia de este requisito aparece indirectamente reconocido en los artículos 132.2 (que, descarta la modificación de las medidas cautelares por el avance en el conocimiento de la cuestión, pero no el examen inicial de la apariencia de buen derecho) y, en un caso particular, en el artículo 136.1 (que anuda a la evidencia de que no concurren los presupuestos de inactividad o vía de hecho la improcedencia de la medida cautelar prevista para estos supuestos)*”. Anteriormente ATS Sala 3ª, Pleno, nº 1192/06, Rec. 47/06, apreciación y prevalencia del *fumus boni iuris* sobre el *periculum in mora*. RJ 2. Votos particulares de los magistrados Trillo Torres y Garzón Herrero. En esencia se puede resumir, que tanto, la jurisprudencia como la doctrina exigen genéricamente la existencia del *periculum in mora* como condición para que pueda apreciarse el *fumus boni iuris*, al margen de que sólo puede ser este último un factor importante para dilucidar la prevalencia del interés que podría dar lugar a la procedencia de la suspensión, pero siempre que concurra

una perturbación grave al interés general). En esta acepción el *periculum in mora*, opera como condición necesaria pero no suficiente. En todo caso, no se debe centrar el debate solo en el acto administrativo, su ejecución, su suspensión, sino en garantizar la efectividad de derecho a la tutela judicial efectiva, en los principios de previsibilidad y seguridad jurídica para la adopción de una medida tendente a evitar la perpetuación del *statu quo* generado por la ejecución del acto¹³⁷⁸.

Para evitar lo anterior y siguiendo la estela de lo señalado en el 1.2 del presente Capítulo, para ello debe llevarse a cabo dos operaciones jurídicas, a) consistente en constatar y discernir *prima facie* un examen de los elementos expuestos por el actor (vulnerable), las consecuencias de previsibilidad del peligro, daños y consecuencias que genera el acto impugnado, la ejecución del mismo y si esta última puede frustrar la finalidad legítima del recurso y, una vez realizada tal operación, b) determinar si la medida cautelar puede perjudicar gravemente el interés general o de tercero, ponderando a tal efecto los intereses en conflicto. Nada impide realizar estas mismas operaciones lógico jurídicas para interpretar el *periculum in mora* desde la acepción señalada, de evitar que quien aparentemente está revestido de toda razón tenga que esperar a la decisión final del proceso para “disfrutar” de la posición o situación jurídica que, con fuerte presunción, parece corresponderle o incluso desde aquella perspectiva que la ejecución del acto puede “*obstaculizar gravemente*” y hasta “*extremos dificultosos*” la efectividad de la posterior sentencia estimatoria.

de acuerdo con todo lo expuesto anticipo mi toma de postura respecto de las dos acepciones interpretativas del *periculum in mora*, considerando que debe primar en la materia investigada al tener más correspondencia con la realidad social la acepción donde el *periculum in mora* opera como condición necesaria pero no suficiente al existir una fuerte presunción de *fumus boni iuris*, unido a que el *periculum* sea interpretado desde una concepción del riesgo y previsibilidad de los daños a que puede ser sometido el justiciable inherente a la tardanza o demora en resolver. Cuestión que se continuará madurando y desarrollando a lo largo de la presente investigación.

1.3.2-1- Operación jurídica determinación *prima facie* de las consecuencias de previsibilidad del peligro, daños y consecuencias.

Para dar una sistemática a lo anterior, comienzo señalando que la acepción interpretativa del *periculum in mora* consistente en la determinación *prima facie* de la ejecución del acto y que el mismo pueda frustrar la finalidad legítima del recurso, se tendría que contrastar primeramente con la determinación de si existe o no un actuar antijurídico de la administración, incluido las denominadas actuaciones no invalidantes para la defensa (que pueden comprender un casuismo amplio de situaciones, desde requerimientos fraudulentos, de exigencia de personación en Comisarías policiales en fraude de ley o coacciones administrativas directas para comprobación de matrimonios y luego incoar expedientes sancionadores o citaciones para luego realizar detenciones para expulsión, entre otras tantas), debido a que la administración no debe gozar de ese privilegio, por ende, debe hacerse como he señalado, un examen con profundidad de los elementos expuestos por el actor (vulnerable), dicho examen no ha de ser superficial, el cual, unido

la existencia de daños o perjuicios graves al recurrente. Por todas SSTs, Sala 3ª, Sec. 4ª, n° 9901/01, Rec. 8520/96, FD 4 y n° 1026/05 de 21-02-2005, Rec. 352/02 FD 2-3.

¹³⁷⁸ Sala Sánchez, P., Xiol Ríos, J. A. & Fernández Montalvo, R., (2013). *Derecho procesal...*, op. cit., (T. VI, pp. 1003-1004).

a las prueba aportadas determinará la singularidad del buen o mal derecho de la actuación administrativa en correspondencia con el art. 41 CDFUE, art. 103 CE, en unión de los arts. 106 y 117, ambos de la CE. Considero, tanto, desde la opción teórica, como práctica que lo anterior no puede ser de otra forma, visto desde una perspectiva garantista en relación con el control jurisdiccional a la administración. El casuismo que se denota de lo antes expuesto hace reforzar que se cumplan con mayor exigencia las características de concreción y singularidad del *periculum in mora* dentro de la especialidad. Dicha concretización y singularización debe estar al unísono enfocada en la determinación de la afección de los derechos fundamentales que estén en juego y luego las incidencias concretas de los supuestos¹³⁷⁹, esto a título de los intereses individuales que previsiblemente se dañen con carácter irreversible, haciendo en fin una valoración circunstanciada, adoptando cada una de ellas formas con especial intensidad¹³⁸⁰.

En cuanto al actuar antijurídico de la administración, específicamente en las denominadas actuaciones no invalidantes para la defensa, hace que en este en punto concreto y a efectos del *periculum in mora*, haya que verlo desde dos perspectivas, i) la material o sustantiva del propio actuar de la administración: la propia jurisprudencia ha reconocido por activa y pasiva, la posición de desidia o contumaz de la administración, y una ii) la procesal propiamente dicha. Esta segunda que es la que nos interesa en estos momentos es la que señala que determinadas actuaciones materiales o sustantivas de la Administración no son actuaciones invalidantes para la defensa, fundando dicho criterio con el razonamiento de que con el acceso a la jurisdicción y luego al recurso se cumple el derecho del art. 24.1 CE, tutela judicial efectiva, ambos no son sinónimos de que se otorgue la razón, sino que es el derecho a obtener de los Jueces y Tribunales una resolución razonada y fundada en derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes (este derecho también resulta satisfecho con la obtención de una resolución desestimatoria o de inadmisión). Esto visto desde esa óptica de análisis procesal integral del proceso, es plenamente justificado, pero el análisis debe ir más allá, es precisamente que estamos al inicio del proceso, por tanto, esa actuación supuestamente no invalidante, aún no está determinada, por lo que los elementos expuestos por el actor (vulnerable) deben tener esa mayor protección, cosa distinta es que la administración aporte nuevas circunstancias que hagan cambiar esos razonamientos iniciales de ese mal actuar.

Si al criterio interpretativo de las actuaciones no invalidante unimos que no resultan evocables los daños y perjuicios que causan las mismas debido a que la decisión administrativa combatida tiene un carácter meramente procedimental o contiene elementos de indefinición o incertidumbre que no resuelven definitivamente el fondo de la controversia, queda totalmente justificada la primera perspectiva, la material o sustantiva del propio actuar o mal actuar de la Administración. Esto potencializa el privilegio de la autotutela ejecutiva del que goza la administración, generando situaciones materialmente irreversibles (consecuencias dañosas de esa actuación que sean de imposible o difícil reparación y por tanto, se puede perder la finalidad legítima del

¹³⁷⁹ Una muestra de ello es la STS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 8227/05 Rec. 5743/03, FD 2-4, denegación de entrada, donde señala claramente el TS que no se acredita por el actor un daño singular y concreto a un derecho fundamental, simplemente no se va más allá del valor económico del billete de avión. Se acredita un perjuicio patrimonial general que no va más allá del perjuicio económico.

¹³⁸⁰ Teso Gamella, M. P., (2007). *Medidas Cautelares...*, op. cit., pp. 221.

recurso)¹³⁸¹. Téngase en cuenta, además, que, por no apreciar inicialmente estas actuaciones no invalidantes de la administración, también se deja de valorar la intensidad del interés general el cual puede no sobreponerse a los intereses individuales¹³⁸² o incluso que los intereses de terceros puedan ser iguales que los del interesado o un supuesto más negativo, que la administración no aporte una cuantificación real, objetiva del daño grave al interés general. Por tanto, los derechos y libertades fundamentales o derecho subjetivos del actor (vulnerable) no se deben reducir inicialmente a una cuestión de circunstancias indiciariamente no invalidantes y mucho menos a una reparabilidad o indemnización económica, sino que requieren su evaluación y ponderación para la adopción o desestimación de la medida, ya luego agotado el proceso, puede ser perfectamente viable la perspectiva procesal.

En igual sentido en dicha fase inicial cautelar el juzgador deberá tener en cuenta la naturaleza jurídica del acto que se pretende suspender o adoptar una medida cautelar, es decir, si es un acto que proviene del derecho primario de la UE, o es una norma derivada del DUE, o un acto en función del mismo, determinando los criterios de su efecto útil y primacía, a su vez deberá realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad. Todo ello unido inexorablemente al preponderante buen o mal derecho del actor, el *fumus boni iuris*, debido a la segunda acepción señalada del *periculum in mora*.

1.3.2-2- Operación jurídica determinación *prima facie* si la medida cautelar puede perjudicar gravemente el interés general o de tercero.

En esta *prima facie* detectado el mal funcionamiento de la administración y determinado el daño, real, actualizado, inminentes (no daños hipotéticos o futuros, con las excepciones realizadas, situaciones irregularidad sobrevenida, que crean estados de posibles incoaciones de procesos sancionadores, incumplimiento de obligaciones patrimoniales, alimentos, entre otras), se ha aportar un mínimo de prueba¹³⁸³ al respecto dirigida a demostrar dichos hechos.

Al unísono de lo anterior, se determinará la afección grave que se pueda causar al interés general o a terceros en caso de que el acto vaya a ser suspendido (es decir, la segunda regla lógico-jurídica para determinar el *periculum* en sus dos vertientes). Esto nos llevará nuevamente, por un lado, a la determinación de la irreversibilidad e irreparabilidad del daño. Para ello, como se dijo *ut supra*, se ha de partir de la naturaleza jurídica y contenido esencial, mínimo y absoluto del derecho fundamental en cuestión (o en su caso el

¹³⁸¹ Se podrá entender de contrario que no se generen situaciones materialmente irreversibles, por la existencia de la reparación del daño, convirtiéndose esta última en una causa excluyente ante posible favorable resultado del recurso del actor, basado ello en la solvencia económica de la Administración. Sala Atienza, P., & Cadenas García, M. I., (2016). Las Medidas Cautelares..., op. cit., pp. 214-218. ATS, Sala 3ª, Sec. 1ª, nº 309/91 de 20-07-1991, FD 2. No obstante, se ha de señalar que dicho criterio es criticable atendiendo a que en la especialidad tratada el art. 133.3 LJCA es inoperante, además porque la determinación de la responsabilidad patrimonial, tanto administrativa propiamente dicha, como judicial, también presenta serias dificultades, así como en determinados supuestos, como expulsiones devoluciones, es casi imposible el regreso del justiciable, por lo engorroso del procedimiento administrativo y las Administraciones intervinientes.

¹³⁸² Rodríguez-Arana Muñoz, J., (2012). *Interés general*,..., op. cit., pp. 177-193. (refiriéndose a la equivalencia o equiparación entre los intereses generales e individuales).

¹³⁸³ Señala la jurisprudencia que no se requiere que una prueba plena, sino, una justificación indiciaria que bastará con una razonabilidad de su producción o concurrencia. Es decir, será suficiente con una prueba por indicios, cuya carga recae sobre el solicitante de la medida cautelar ATS de 25-01-1999, 5-02-2001, 8-10-2004, 28-04-2006, 27-02 y 27-03-2007. Aspectos que serán abordados Capítulo IV.

contenido indisponible o adicional que existirá al respecto), en conexión con la dignidad humana y el desarrollo de la personalidad o lo contrario, que el daño sea reversible, reparable, indemnizable.

Estas dos posiciones se pueden materializar en la resolución judicial de la siguiente forma, i) las consecuencias de la ejecución del acto son irreversibles e irreparables, ejemplo, muerte, tortura, esclavitud laboral, sexual, no acceso al sistema educativo; y ii) que la irreparabilidad e irreversibilidad del acto haga la resolución judicial, ineficaz, inefectiva, inexistente jurídicamente, en fin, un pronunciamiento inútil. De prevalecer, como prevalece hasta el presente el concepto de que todo daño, es reparable, indemnizable, cuantificable se terminaría de vaciar de contenido el concepto de irreversibilidad e irreparabilidad¹³⁸⁴.

Al existir el nexo causal entre los conceptos, *periculum in mora*, irreparabilidad e irreversibilidad, con reparación, compensación o indemnización, hacen una complementación de todos para la determinación de la perturbación grave al interés general o de tercero. Intereses todos que se han de ponderar para la determinación del peligro al efecto útil, efectivo del aseguramiento del recuso y de la sentencia.

La determinación de la perturbación grave al interés general o de terceros en la materia en estudio se conforma y compone de conceptos jurídicos indeterminados, los que influyen y determinan su gravedad, cuantificación o evaluación económica¹³⁸⁵, los mismos dependerán al igual que los anteriores, de la casuística¹³⁸⁶, (p. ej.), expulsión (se tendría que determinar que perturbación grave causa el sujeto, individuo infractor del art. 53.1-a), situación de irregularidad de la LO 4/00 al interés general, cuando no existe ninguna otra circunstancia concomitante agravante (antecedentes penales u cualquier otra), si supuestamente en dicho análisis ponderativo se han de tener presente las condiciones del país receptor, situación general de violencia, pobreza, cuestiones medioambientales entre otras, todas ellas relacionadas con la razón de la migración); o si estamos ante denegaciones de renovación de autorizaciones de residencia y trabajo, (denegación por causas de remuneración o no de pago de seguridad social por el empleador, los derechos sociales de racimo mencionados, aquí el daño es medible, cuantificable pero en todo caso a la obligación del empleador); en menores (educación, no acceso al sistema que daño se causa al sistema educativo), obligaciones positivas del Estado (aquí no debe existir daños al interés general, pues son las propias obligaciones adquiridas por los Estados), así sucesivamente en cuanto a la intimidad familiar, vida privada, integridad psíquica, identidad, entre otros. Quiere ello decir, que para determinar la gravedad al interés general, es complejo, por lo que no deben ser aplicadas formulas generales y rituarías, que hacen causa de excepción o causa excluyente del *periculum*.

¹³⁸⁴ Téngase en cuenta que en la materia en estudio de acuerdo con la estela de argumentos expuestos al respecto no es del todo aplicable aquella jurisprudencia del TS que considera que en los casos de menoscabo a la imagen y crédito profesional, en concurrencia de procedimientos sancionadores, al ser catalogadas estas categorías como perjuicios no económicos, las mismas por sí mismas no son determinantes para la adopción de medidas cautelares, pues son daños reversibles, ya que en cualquier caso, sería reparable si obtuviese sentencia favorable a su pretensión anulatoria, la sentencia posibilita el pleno restablecimiento de la situación jurídica conculcada. Por todas, ATS Sala 3ª, Sec. 3ª, nº 5368/05 de 4-05-2005, Rec. 75/05, (sancionador por infracción grave sobre medidas de prevención del blanqueo de capitales).

¹³⁸⁵ AATS, Sala 3ª, Sec. 1ª, nº 4092/93 de 28-09-1993, Rec. 1539/91, RJ 2, nº 220/93 de 28-09-1993, RJ 2.

¹³⁸⁶ AATS, Sala 3ª, Sec. 1ª, nº 5744/05, de 13-05-2005, Rec. 106/04 (y la jurisprudencia allí citada en cuanto a fijar la doctrina general sobre el casuismo de las medidas cautelares).

En definitiva, en cuanto a la determinación de la ponderación de los intereses en conflictos desde la perspectiva del *periculum in mora*, nos podemos encontrar, por un lado, una línea interpretativa de que los daños del actor finalmente pueden ser indemnizados o reparados, no existiendo en los mismos una verdadera *restitutio ad integrum*¹³⁸⁷ y por otro, que no es fácilmente posible determinar con exactitud el *quantum* exacto del daño con gravedad al interés general.

La hermenéutica que ha ido empleando el TS para la configuración de estos conceptos y principios para la determinación de los daños, es inminentemente económico. Ha señalado que en determinados supuestos según el acto administrativo impugnado, pueden ser taxativamente determinados, una crematística cuantificable, como botón de muestra, una extinción de autorización de residencia y trabajo, trae consigo una extinción de la relación laboral, por ende, pueden ser medibles los salarios dejados de percibir, la afección a la seguridad social, o puede contabilizarse las cuotas de hipoteca¹³⁸⁸ dejadas de abonar (vertiente del patrimonio del administrado¹³⁸⁹), o en igual sentido las pensiones alimentos; también pueden ser evaluable económicamente en el caso de expulsiones, devoluciones, prohibiciones de entrada el cálculo del precio de un billete de avión. En mi opinión, actualmente estos criterios que pueden ser perfectamente respetables y admitidos para otras especialidades (tributaria¹³⁹⁰, contratación económica), no están totalmente adecuados a la naturaleza jurídica de la especialidad de la presente materia.

La anterior concepción es difícil de superar y establecer un estándar nuevo a la disciplina estudiada, donde se deben valorar daños morales, afecciones psíquicas, retraso escolar, estigmatización social, entre otros.

1.3.2-3- La finalidad legítima del recurso, no siempre es motivo suficiente para la medida.

Por último, dentro del presupuesto *periculum in mora*, se encuentra otro aspecto al cual recurre con mucha frecuencia por la jurisprudencia dentro de la especialidad investigada, “el extranjero puede accionar sus derechos desde el extranjero a través de la oficina consular española correspondiente, cuestión prevista y regulada en ley”, por lo que ello no es motivo suficiente para la suspensión del acto. Esto puede ser considerado, como otra forma o manifestación de obstaculizar, con acciones u omisiones del acceso al

¹³⁸⁷ AJCA nº 5 de Granada nº 452/20, Rec. PA 407/20.

¹³⁸⁸ Sobre este particular concretamente téngase en cuenta la ya citada STS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 7658/04, Rec. 6922/02, FD 5, donde señala que “*La aplicación de los anteriores criterios al supuesto que ahora hemos de decidir, conduce a la desestimación de este recurso de casación: de un lado, porque el vínculo que la Sala de instancia, y no sin reticencias, considera como posiblemente existente al tiempo en que se dedujo la solicitud de concesión del permiso de residencia temporal, constituido, tan sólo, por la compra de un bien inmueble, no tiene, ni aun en el supuesto de que se destinara a vivienda del solicitante, entidad bastante para afirmar que el interés particular debe prevalecer sobre el general, o para considerar que el recurso perdería su finalidad legítima de no adoptarse la medida cautelar solicitada...*”.

¹³⁸⁹ STS, Sala 3ª, Sec.3ª, nº 2674/96 de 6-05-1996, Rec. 4775/95, sobre sanción tributaria, FD 1, “*La reparabilidad del daño no debe contemplarse exclusivamente desde la perspectiva de la Administración a los efectos de devolver lo ya ingresado (...) sino también desde la vertiente del patrimonio del administrado que con esa ejecución puede ponerse en situación de inestabilidad tal que haga imposible su recuperación*”. De forma concreta en la especialidad en estudio ATS Sala 3ª, Sec. 1ª, nº 2791/88 de 6-02-1988, FD Único. ATS Sala 3ª, Sec. 4ª, nº 2062/88 de 2-09-1988, FD 1. Ambos autos referidos a procesos de expulsión valoran positivamente la existencia de bienes y negocios que por su notoriedad representan un daño al recurrente en caso de ser expulsado.

¹³⁹⁰ Teso Gamella, M. P., (2007). *Medidas Cautelares...*, op. cit., pp. 243-274.

recurso, por tanto, no siendo el acceso al mismo efectivo y eficaz. Esto visto desde el puto estrictamente jurídico y de la forma que está regulado en la ley, poco se pudiera analizar al respecto. Pero la realidad es otra¹³⁹¹, la realidad es que el acceso a las sedes consulares en determinados lugares y bajo determinadas circunstancias se hace extremo difícil y complejo trayendo como resultado y consecuencia final, no acceso a la ratificación de la representación procesal que se traduce definitivamente en un decaimiento del recurso. Se tuvo acceso al recurso, pero se producen trabas procesales que hacen finalmente inefectivo el mismo.

Se entiende por parte de la jurisprudencia que la finalidad legítima del recurso, no siempre es motivo suficiente para la suspensión del acto¹³⁹², ya que el extranjero puede ser expulsado y el mismo cursar sus recursos a través de la sede consular española en el país donde se encuentre, unido a ello agregan que en todo caso, las dificultades de defenderse en el proceso contencioso administrativo no tienen un valor decisivo para acceder a la suspensión de la ejecutividad de la orden de expulsión o de la conminación a abandonar el territorio nacional, porque, de lo contrario si fuese visto así, simplemente, la suspensión se convertiría en una medida cautelar automática, lo que no es compatible con el principio de eficacia administrativa¹³⁹³, para más *inri*, se plantea que de ser estimada sus pretensiones siempre puede regresar a territorio español, en fin, que el trámite cautelar no es el trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito.

Es evidente que el anterior planteamiento jurisprudencial es sobre actos de procedimientos sancionadores expulsión o de gravamen como la devolución y salidas obligatorias. En estos supuestos están recogidos en el art. 65.2 LOEX, (presentación de recursos por extranjero que no se encuentre en España, a través de las representaciones diplomáticas o consulares, incluso los actos de apoderamiento *apud acta*, o los poderes de representación¹³⁹⁴). Son conocidos los plazos efímeros de la LJCA, para acreditar representación y su efecto preclusivo, por ello, entiendo que a pesar de que el derecho este recogido en la norma, no es un derecho efectivo y eficaz, más todo lo contrario es un derecho que para su cumplimiento bajo las condiciones antes señaladas tiene trabas, en este caso procesales y materiales para acceso a dicho derecho y por tanto al recurso.

¹³⁹¹ Informe Anual 2019, Defensor del Pueblo. (2020), pp. 170-171.

¹³⁹² Vid. nota 811. Existen excepciones tales como la señalada STS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 7452/04, Rec. 4547/02, FD 5, “*En cuanto al periculum in mora, contemplado por el apartado primero del artículo 130 de la Ley Jurisdiccional, en materia de inmigración y extranjería, ante todo tratándose de expulsiones o salidas obligatorias del territorio español, se corre el riesgo de resultar prácticamente imposible la efectividad de la tutela judicial por la pérdida de los vínculos con aquél, aunque se obtenga sentencia favorable, razón por la que, si bien la suspensión no puede ser automática, se debe sopesar en el juicio de ponderación imprescindible el gran perjuicio que se produce con el apartamiento del lugar donde se sustancia el juicio.*”

¹³⁹³ STS, Sala 3ª, Sec. 6ª, nº 5980/96 de 25-11-1995, Rec. 1017/93, FD 4 y la jurisprudencia allí citada, que ratifica que “*...las dificultades de defenderse en el proceso para los extranjeros obligados a salir del territorio español no tienen un valor decisivo para acceder a la suspensión de la ejecutividad de la orden de expulsión o de la conminación a abandonar dicho territorio, porque, de lo contrario, la suspensión se convertiría en una medida cautelar automática y esto no se compadece con el enunciado principio de eficacia administrativa...*”

¹³⁹⁴ Un ejemplo ilustrativo es, Solicitud cita para otorgar poder para pleitos Consulado General de España en Rabat para contencioso administrativo ante el TSJM. La respuesta del citado Consulado es que las citas se van concediendo según disponibilidad, una vez el solicitante confirma que reúne todos los requisitos. Ello atenta contra el art. 24 CE, y la tutela cautelar. En este supuesto el TSJ citado otorgó un plazo de 10 días para subsanar el derecho de representación.

Por demás, en los supuestos en que el recurso es admitido y cumplido los requisitos procesales de representación, así como acogidas a lugar las pretensiones del recurrente, revocado el acto administrativo, el extranjero se encuentra fuera del territorio nacional por lo que la identidad y efectividad de la sentencia alcanza su verdadera eficacia cuando es anulada la prohibición de entrada de los Registros de Extranjeros, tanto a nivel nacional como Europeo, para luego en dependencia del país del cual es originario proceder a la solicitud de visado Schengen (deberá a proceder al trámite de visado, sin garantías que sea concedido, ateniendo a la lista de países que requieren visado de entrada en el territorio Schengen, solicitud de nuevo acto administrativo).

1.3.3- El *fumus boni iuris*.

Este presupuesto, como se conoce no tiene apoyo normativo en el articulado de la LJCA¹³⁹⁵, contrariamente a lo que sucede en el procedimiento cautelar civil, en el cual el art. 728.2 LEC se refiere inequívocamente a los datos, argumentos y justificaciones documentales que el solicitante habrá de presentar y que anticipen un juicio provisional favorable a su pretensión. Sin embargo, como veremos más adelante este presupuesto no presenta más limitación en su aplicación que las previstas en la norma, cuando se trata de adoptar medidas cautelares en los casos de inactividad o vía de hecho.

Con independencia de la construcción teórica predominante y de la aproximación teórica realizada en este trabajo, no es menos cierto que actualmente el presupuesto analizado, continúa presentando un elevado grado reticencia y rechazo en su apreciación. Ello, entre otras razones, a que su apreciación debe estar condicionada por la existencia, i) de una nulidad de pleno derecho del acto, siempre que sea manifiesta, ii) que los actos que se hayan dictado en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, iii) la existencia de una sentencia que haya anulado el acto en una instancia anterior aunque no sea firme y iv) la existencia de un criterio reiterado por la jurisprudencia frente al que la administración opone una resistencia contumaz pero en cambio niega su aplicación al predicarse la nulidad de un acto, en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión, pues, de lo contrario se prejuzgaría la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a la efectiva tutela judicial cautelar, se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el propio art. 24.1 CE, la tutela cautelar del proceso principal, cual es el cauce idóneo de materialización de tal derecho al proceso con todas las garantías debidas, contradicción y prueba. El incidente cautelar no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito.

Estos cuatro puntos históricamente enunciados se encuentran actualmente influenciados, i) por el DUE, la influencia y determinación en nuestro derecho interno (en sentido general en todas las materias, en especial en la aquí abordada) genera un nuevo significado (en especial a partir del 2009 con la entrada en vigor TL), que a través de los principios, -de subsidiaridad, cooperación leal, equivalencia o protección equivalente, efectividad, estándar mínimo de protección, margen de maniobra, autonomía procesal e institucional, proporcionalidad, buena administración, entre otros-, que están dirigidos a

¹³⁹⁵ Sin embargo, en el Proyecto de Ley de la Jurisdicción de 1997 se introdujo como requisito para la adopción de medidas cautelares, estableciendo en su art. 124 que las medidas cautelares podrían acordarse cuando existieran dudas razonables sobre la legalidad de la actividad administrativa a que se referían, y deberían fundarse en la ponderación suficientemente motivada de todos los intereses en conflicto, artículo que finalmente se suprimió atendiendo a los razonamientos ya expuestos. Al respecto la ya citada STS, Sala 3ª, Sec. 3ª, nº 2491/08, Rec. 3562/07, FD 5.

que no se ponga en peligro la aplicación efectiva del DUE; ii) por el sistema multinivel de derechos fundamentales, que hace inexorablemente que cada día haya un mayor diálogo entre tribunales (ya sea a través de la cuestión prejudicial o en su momento, si España lo ratifica, con las consultas al TEDH, Protocolo nº 16), esto hace y hará que la jurisprudencia interna deba proyectarse hacia dicha interpretación, siempre y cuando el estándar o canon de constitucionalidad o convencionalidad que en cuestión se enjuicie, sea al alza, superior al contenido del mismo derecho fundamental de acuerdo con nuestra Constitución.

Estos dos indicadores de forma directa o indirecta contribuirán a cambiar la interpretación tradicional del *fumus*, en el sentido de una mayor solidez interpretativa, mayor flexibilidad de apreciación, adaptado a estas nuevas circunstancias normativas, de fuentes y de jurisprudencia.

De forma concreta los criterios consistentes en, “existencia de una sentencia que haya anulado el acto en una instancia anterior, aunque no sea firme” y “la existencia de un criterio reiterado por la jurisprudencia frente al que la administración opone una resistencia contumaz”, tendrán en la especialidad en estudio un mayor diapasón interpretativo debido a prolifera jurisprudencia del TJUE y del TEDH al respecto. Una muestra ilustrativa de ello, relativa a la resistencia contumaz de la administración a la jurisprudencia se materializa en la STS Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 303/20 de 2-03-2020, Rec. 871/19, en la cual el TS realiza una seria crítica a la administración ante su “desidia” en cuanto a la acreditación de los antecedentes policiales, en aras de la fundamentación de un peligro para el "orden público" o la "seguridad pública". Esos mismos criterios o factores generales son los que permitirán examinar más específicamente aquellos casos en fase cautelar. La aproximación teórica realizada nos permite determinar cuáles son los criterios o factores, dentro del limitado ámbito que incumbe al *fumus*, sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva (aspectos que expondré *infra*).

En esta misma línea relativa a la influencia de la jurisprudencia sobre el presupuesto en estudio, se ha de tener en cuenta que el propio TS –en sus recientes sentencias¹³⁹⁶- ha señalado, que existen supuestos singulares en los que la apariencia de buen derecho se ha de tener en cuenta dentro de los límites que cabe realizar en la pieza de medidas cautelares. Cuando el *fumus boni iuris*, se impone con una intensidad tal, de manera indubitada, que hace que con carácter general influya y pueda determinar sobre la pérdida de la finalidad legítima del recurso, como elemento central de la decisión cautelar, tal intensidad hace que deba ponderarse el posible resultado del asunto principal y el desvalor que representa desde el punto de vista de la tutela judicial efectiva la ejecución del acto administrativo impugnado.

El hecho es, que hasta el presente, el presupuesto en estudio sigue siendo utilizado de forma minoritaria por la judicatura para hacerlo operar como elemento determinante de la adopción de una medida cautelar (frente a baja intensidad de la concurrencia de *periculum in mora*). Esto puede tener dos lecturas, i) que es una muestra de que el mismo tiene en su naturaleza jurídica los elementos necesarios para sostener su efecto sobre la medida cautelar, por tanto, haciendo la tutela cautelar, efectiva y eficaz y ii) que, a pesar de ello, se continúa arrastrando el peso de la doctrina y jurisprudencia rigorista al

¹³⁹⁶ SSTS Sala 3ª, Sec. 4ª, nº 443/17, de 14-3-2017, Rec. 3212/15, FD 5; Sec. 2ª, nº 694/16 de 24-02-2016, Rec. 2517/15, FD 2; Sec. 2ª, nº 5080/15 de 14-12-2015, Rec. 614/15, FD 2; Sec. 5ª, nº 6540/12, de 11-10-2012 Rec. 5666/11, FD 3.

respecto. En todo caso, como se ha sostenido, la primera lectura se hace bajo la amplia interpretación, antes dada, de la noción “finalidad legítima del recurso” del art. 130 LJCA, evitar que quien aparentemente está revestido de toda la razón, tenga que esperar a la decisión final del proceso para disfrutar de la posición o situación jurídica que, con fuerte presunción, parece corresponderle, ello incluso, sin entrar en el examen de la existencia o no de perjuicios graves o irreparables.

Los pronunciamientos antes realizados responden positivamente a tres razones fundamentales, i) la evolución normativa, DUE, el sistema multinivel de derechos fundamentales, diálogo entre tribunales, ii) la interpretación amplia, flexible del propio art. 130 LJCA, para que dé cabida al vacío normativo respecto al *fumus* y iii) al propio derecho fundamental a la tutela cautelar judicial efectiva y eficaz. Estas razones las uno a los ya conocidos requisitos interpretativos limitantes del *fumus*, a) improcedencia de prejuzgar el fondo del asunto, b) existencia ostensible de dicha apariencia de buen derecho (datos relevantes sin necesidad de un análisis profundo de la legalidad del acto impugnado o la ausencia relevante de datos contrarios a la solicitud de la medida).

Dicho lo anterior resulta legítimo preguntarse, ¿si bajo estas circunstancias y parámetros, puede continuarse negando por la mayoría de los órganos jurisdiccionales de lo contencioso administrativo, la funcionalidad del *fumus boni iuris*, como criterio/principio/presupuesto de adopción de una medida cautelar, máxime cuando la propia jurisprudencia del TJUE ha consolidado su aplicación en cuanto al DUE, con el ya referido desplazamiento del Derecho procesal nacional?

A mi juicio y como resultado de lo hasta aquí expuesto, la respuesta lógico jurídico sería, los órganos jurisdiccionales de lo contencioso administrativo deben evolucionar en su reinterpretación, reconstrucción, adecuar, realizar un cambio de criterio, adoptar uno nuevo con vocación de futuro de la jurisprudencia respecto a este criterio/principio/presupuesto del *fumus boni iuris*. La aproximación teórica propuesta en unión de los argumentos prácticos aquí señalados, puede ser una base inicial al respecto a en la reinterpretación moderna del presupuesto.

Dicha reinterpretación también se encontrara matizada por el amplio casuismo¹³⁹⁷ que predomina en la materia, además de entender perfectamente que el propio cambio normativo y jurisprudencial es determinante¹³⁹⁸. Sin embargo, de acuerdo con los criterios

¹³⁹⁷ Se ha de tener presente que el propio TS ha señalado, en la ya citada STS Sala 3ª, Sec. 4ª, nº 2860/09 de 6-05-2009. Rec. 1388/08, FD 1-B, “*los pronunciamientos judiciales que adoptan o deniegan la medida cautelar de suspensión se caracterizan, no tanto, o no de modo principal, por su generalidad o abstracción, sino, más bien, acusadamente, por su casuismo; de suerte que son las singulares circunstancias del caso en concreto las que prioritaria y fundamentalmente inclinan sobre la recta aplicación de las normas, estas sí abstractas y generales, que disciplinan esa materia*”.

¹³⁹⁸ Una muestra de ello es, AJCA, nº 34 de Madrid, nº 79/20, de fecha 16-09-2020, PA 168/20, (auto favorable a solicitud medida cautelar, existencia de medios económicos del ciudadano de la UE). Si este mismo supuesto fuera analizado antes del 27-02-2020, quizás el resultado hubiese sido negativo. Ello responde, a que la jurisprudencia existente hasta ese momento, tanto, del TJUE (STJUE, Sala 3ª de 5-05-2011, asunto C-434/09, Sala 5ª de 27-02-2020, asunto RH c. Sub delegación Gobierno Ciudad Real España, C-836/18) y del TS, (SSTS Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 963/18, de 11-06-2018, Rec. 1709/17; nº 1295/17, de 18-07-2017, Rec. 298/16), en cuanto a los medios económicos del ciudadano de la UE (estar o vivir a cargo) y que el familiar no sea un carga social para el EM, interpretación del art. 7 del RD 240/2007 (Orden PRE/1490/2012, de 9 de julio), era una jurisdicción contradictoria y restrictiva. Más recientes sobre este mismo tema STC Sala 1ª, nº 42/20, la cual ha zanja lo planteado a partir del contenido esencial del art. 14

ya mencionados o factores generales a tener en cuenta para apreciar el presupuesto del *fumus*, no impiden que los órganos jurisdiccionales *prima facie*, lo aprecie, ello a su vez de lo general a lo particular. Pueden continuar siendo estos criterios o factores generales los que guíen dentro de su libre apreciación el momento de la toma de la decisión judicial, siempre y cuando se produzca la reinterpretación señalada.

Para concluir este ordinal, como se señaló *ut supra*, se expondrá los criterios o factores para a tener en cuenta para un nuevo enfoque integrador de la interpretación del presente presupuesto, no necesariamente acumulativos, que pueden determinar de forma directa la medida. Ellos serían:

1.- Analizar dentro de los fundamentos de hechos y jurídicos de la pretensión deducida del actor los derechos fundamentales que se aleguen por el mismo, con una apariencia razonable de buen derecho. El contenido y la intensidad de los mismos, han de ser tenida en cuenta. A su vez, determinar la relación de dichos derechos con la CDFUE y con el CEDH. En aquellos casos en que se aleguen derechos sociales, relacionarlos con el PDESC y la CSE, deben tenerse en cuenta los principios *pro personae*, *favor libertatis*, o *in dubio pro libertate*. En igual sentido se ha de tener en cuenta aquellos dictámenes, resoluciones o informes internacionales¹³⁹⁹, ya sean de Comités, o relatores especiales, que finalmente vinculan al Estado en el cumplimiento de las obligaciones convencionales de los tratados, es decir, un control de convencionalidad efectivo. Igual recorrido han de tener las situaciones de obligaciones positivas adquiridas por los Estados ((p. ej.), en los casos de los MENAS o aquellos supuestos de ser víctimas de tratos, explotación laboral, etc.). En fin, realizar un control de convencionalidad, efectivo y eficaz en relación con el *fumus*. Del análisis o *test* multinivel de los derechos fundamentales que se aleguen, ya sean sustantivos o procesales, su titularidad y contenido, el juzgador ha de tomar el estándar o canon de garantías más alto, al alza. No debe existir en el análisis una regresión¹⁴⁰⁰ en grado de dicha protección. Por ende, de existir duda con la norma o el acto no claro¹⁴⁰¹, se ha de establecer la cuestión prejudicial o llegado su momento al TEDH (Protocolo 16) y solicitar la suspensión cautelar o la medida más conveniente.

Se ha de prestar especial atención a los principios generales del DUE, subsidiariedad, cooperación leal, equivalencia o protección equivalente, margen de maniobra o

CE, la igualdad y el propio STS Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 1048/20 de 20-07-2020, Rec. 4541/19, FD 8-9, realiza una reinterpretación de todas ellas.

¹³⁹⁹ Sala Atienza, P., & Cadenas García, M. I., (2016). *Las Medidas Cautelares...*, op. cit., 679.

¹⁴⁰⁰ En este sentido tener como botón de muestra con resultado negativo regresivo, estándar o canon del derecho a la baja la STEDH GS de 13-02-2020, asunto N.D. y N.T. c. España, que acogió el recurso interpuesto por España revocando la sentencia de la Sala de instancia. Ello no quiere decir que el TC en el recurso de inconstitucionalidad nº 2896/15, contra la LO 4/15, en lo relativo a las devoluciones en caliente, tenga que acogerse al criterio interpretativo del TEDH. Como he señalado el TC tiene una amplia jurisprudencia sobre el contenido de los derechos en cuestión, así como el alcance e interpretación de la jurisprudencia del TEDH a través del art. 10.2 CE.

¹⁴⁰¹ Rodríguez Candela, J. L., (2019). “Interpretación y seguimiento de la sentencia del TJUE de 23 abril de 2015 (Zaizoune)”. *Revista Crítica Penal y Poder*. (nº 18). OSPDH. Universidad de Barcelona, pp. 68-81. Una muestra de ello es las SSTSJM, Sala (Contencioso) Sec. 10ª, nº 732/20 de 23-10-2020, Rec. 496/20 y nº 670/15 de 14-10-2015, Rec. 208/15, sobre motivación de la sanción de expulsión frente a la multa, de acuerdo con la doctrina del TJUE, sentencia de 23-04-2015, asunto Zaizoune c. España c-38/14. La cuestión prejudicial solicitada por el TSJC la Mancha, Sala Contencioso, nº 362/19 de 25-07-2019, que ha dado lugar a la STJUE, Sala 6ª de 8-10-2020, asunto MO c. España, C-731/19, la cual da interpretación diferente respecto al asunto Zaizoune.

apreciación, autonomía procesal, entre otros, que traen consigo el desplazamiento de los estándares o cánones de protección de los derechos fundamentales, los cuales también deben ser tomados al alza siempre que no dañen el efecto útil del DUE. Así como, la jurisprudencia generada por el TJUE respecto al *fumus boni iuris*¹⁴⁰² y su efecto vinculante. Por ello, mientras se tramita ante el TJUE una cuestión prejudicial, la misma puede tenerse como un elemento integrador del *fumus* (cuestión prejudicial administrativa homogénea/heterogénea). En este mismo sentido las STS como resultado del nuevo recurso casación a efectos de crear jurisprudencia.

2.- Determinar si existe un buen o mal derecho en el actuar de la administración (*fumus mali iuris*), como tutela administrativa efectiva, antesala de la tutela judicial cautelar efectiva que se está analizando. Desde un inicio bajo las circunstancias antes dicha se pueden mermar los principios de igualdad de armas, contradicción, es precisamente en esta etapa temprana del proceso, aún sin entra al fondo del asunto, donde se debe ejercer un estricto el control jurisdiccional a la administración. En este sentido y en este momento procesal se han de tener en cuenta el art. 41 CDFUE y el propio art. 103 CE en relación con el art. 6.1 CEDH. Ello se manifiesta en un debido proceso/proceso equitativo, justo, imparcial, donde se ha de precisar, detenciones arbitrarias, duración de la detención, exceso del período de tiempo razonable, necesario, determinación real de asistencia consular (preclusión sobre los derechos consulares de un detenido, la falta de notificación consular impide la interposición de recursos de defensa en el debido tiempo y en la debida forma), de interprete y letrada, existencia de un expediente administrativo donde se recojan o aparezcan datos, investigación, pruebas, alegaciones, estado del proceso administrativo. De existir estas deficiencias las cuales no tiene que ser de una manera terminante, clara y ostensible, sino que *prima facie* hacen apreciar la concurrencia de cualquiera de las causas de nulidad de pleno derecho¹⁴⁰³ previstas en nuestro ordenamiento, basta para que se consuma en dicha etapa procesal la violación del debido proceso, aunque no sea invalidante, ya que precisamente en esta etapa del *iter* no hay porque analizar el fondo del asunto.

3.- En estrecha relación con el punto anterior estarían los supuestos en que la propia administración, ha consentido actos dictados por otras administraciones¹⁴⁰⁴, los cuales son firmes y favorables al extranjero interesado (cancelación de antecedentes policiales, libertades condicionales, sanciones a empleadores, entre otros). No puede pretenderse no admitir como buen derecho, dichos actos favorables y consentidos que fundamentan el presente presupuesto ante el supuesto concreto que se esté ventilando.

4.- Los operadores jurídicos han de tener en cuenta la convicción de que si nuestra CE y la jurisprudencia de ella generada a través de su interpretación por el TC y por el TS son un paradigma para el quehacer jurídico, ello se ha de hacer extensivo a la jurisprudencia generada por el TEDH, TJUE, incluido los dictámenes e informes de órgano internacionales, así como los texto de los instrumentos internacionales, que todos en su

¹⁴⁰² Chamorro González, J. M. (2013). “La Tutela Cautelar en el Proceso Contencioso-Administrativo”. Discurso Ingreso en la Academia Asturiana de Jurisprudencia. Sesión Plenaria y Solemne 20-03-2013.

¹⁴⁰³ Vid. nota 201. Respecto al incidente de nulidad de actuaciones, como se verá más adelante puede ser adoptado en varias de las situaciones que se dirán.

¹⁴⁰⁴ Sala Atienza, P., & Cadenas García, M. I., (2016). *Las Medidas Cautelares...*, op. cit., 655.

conjunto han definido sobre determinados actos o principios¹⁴⁰⁵, principio no devolución, interés superior de menor, vida privada y familiar, situación general de violencia con un nivel de intensidad suficiente, riesgo real de malos tratos severos y graves, duración del maltrato, efectos físicos o mentales, sexo, edad, estado de salud, tanto física, como mental, miembro de grupos o etnias, discriminación racial sistemática, esclavitud, explotación sexual o trata de mujeres, diferenciación entre la situación de un “*inmigrante establecido*” y la de un extranjero que busca ser admitido por vez primera en el territorio nacional; esfuerzos de integración realizados por el inmigrante para obtener la ciudadanía o nacionalidad, naturaleza, gravedad, peligrosidad del delito cometido por el demandante, edad al momento de la comisión, reiteración o reincidencia, conducta reeducativa, reintegración social, la desidia administrativa o posición contumaz de la mismas antes los señalamientos de la jurisprudencia, entre otros.

Establecidos los criterios interpretativos por dichas instituciones jurídicas internacionales sobre los principios antes expuestos, reiterados e incluso admitidos por los Estados y los efectos vinculantes que estos generan, los mismos han de ser tenidos en cuenta obligatoriamente por los operadores jurídicos en sus diferentes roles e incluso no deben ser ignorados por determinadas administraciones mostrando una resistencia contumaz o desidia a su aplicación. Dicho de otra forma, el contenido de los derechos humanos de los textos internacionales, son controlados por los órganos jurisdiccionales ordinarios, dicha interpretación debe ser al alza. De estar presente los principios antes enunciados en los supuestos de la especialidad en estudio, estos se han de apreciar directamente el presente presupuesto del *fumus*, al tener la intensidad suficiente para operar con dicha intensidad sobre el *periculum in mora*, quien operara como condición necesaria pero no suficiente.

5.- Existencia de una falta de contestación seria por parte de la Administración que destruya la apariencia señalada¹⁴⁰⁶.

6.- El *fumus boni iuris* o buen derecho de tener la intensidad suficiente, de manifestarse de manera clara y categórica por sí mismo, sin necesidad de entrar a analizar el fondo del asunto -sin prejuzgar en la pieza de medida cautelar- puede actuar de forma positiva para la formación de la convicción del juzgador de acuerdo con los límites de la propia medida. Esto se vería reforzado si los argumentos que conformen el *fumus* en el supuesto concreto han sido claros exponentes en supuestos anteriores con características similares o análogas cuyos resueltos fuera la existencia de una jurisprudencia estimatoria al respecto.

1.3.4- Los intereses generales terceros, intereses individuales. Obligaciones positivas. Proporcionalidad/razonabilidad de intereses. Daños irreparables/irreversibles.

De la crítica, limitaciones y aproximaciones interpretativas acabadas de formular, paso en el mismo orden de ideas a analizar concretamente la ponderación de intereses o valoración circunstanciada al que también hace referencia el art. 130.1 LJCA, visto como un verdadero presupuesto de las medidas cautelares, que no es opuesto a la pérdida o finalidad legítima del recurso, sino otro presupuesto o elemento importante del mismo, debido a la demora definitiva de la resolución del proceso.

Se ha planteado en la Parte segunda de esta investigación la aproximación al interés general en la presente especialidad. De las conclusiones allí expuestas, retomo por su

¹⁴⁰⁵ Montilla Martos, J. A., Bouza Martínez D., García Victoria, I., Rodríguez Candela, J. L., (2016). “Legislación, jurisprudencia y derechos de los inmigrantes”..., op. cit., p. 276.

¹⁴⁰⁶ STS Sala 3ª, Sec. 4ª, nº 4383/11 de 28-06-2011, Rec. 4423/10, FD 6.

significado dos aspectos que se interrelaciona estrechamente con la temática que aquí se tratará. Una de ellas, es el viejo dogma de la presunción de solvencia de la Administración, que se sustenta sobre valoración de los daños y perjuicios desde el punto de vista de la naturaleza económica de los mismos, que conlleva a la reparación o la indemnización, atendiendo a la capacidad económica de la primera, vaciando así, en cierta forma y medida el contenido de la calificación de irreparables, irreversibles o de difícil reparación¹⁴⁰⁷. La segunda, es la referida a que en todo procedimiento administrativo de la presente especialidad existe un conflicto, en el cual se pone en riesgo el interés general, acudiéndose para su resolución a la preservación de la sacrosanta ejecutividad del acto administrativo, sobrepotenciando una ponderación de intereses absolutos del interés general de la administración, sin que tan siquiera, en muchas ocasiones pruebe mínima o indiciariamente los mismos o incluso el propio interés general está en plena correspondencia con el interés individual.

Parto para el presente estudio de que el interés individual generalmente está fundado en un derecho fundamental, por lo que estaríamos ante dos derechos fundamentales, el del interesado propiamente dicho y el interés fundamental consagrado en el interés general. La oposición o confrontación entre ambos intereses, requerirá un análisis pormenorizado. Ello me permite abordar con mayor precisión el presente presupuesto o requisito objetivo de la ponderación de intereses.

Si el interés general es el pilar del privilegio de la ejecutividad de los actos administrativos y en la presente especialidad existe una correspondencia, una sinergia, convergencia, una cierta identidad, simetría, equivalencia de los intereses individuales y terceros, es decir son intereses que no son distintos, ni contrarios al interés público, intereses que se hacen comunes, que según las circunstancias adquiere un carácter esencial¹⁴⁰⁸, es lógico y coherente jurídicamente que, también sea el pilar, el canon de enjuiciamiento de la legalidad en orden a determinar la procedencia de la paralización temporal de la ejecutividad administrativa a favor del actor (vulnerable) e interesados. Lo expuesto haría superar en cierta medida, que la protección radical del interés público no es lo prevalente, sino como he venido señalando, lo prevalente ha de ser la lógica necesidad de los derechos fundamentales en cuestión, garantizando la plena eficacia de la decisión judicial sobre el conflicto, que deriva del derecho a la tutela judicial cautelar efectiva, unido a la razonabilidad de todos los intereses en conflicto.

¹⁴⁰⁷ STC Pleno, nº 238/92, FJ 5 “*El criterio de la posible conversión a un equivalente dinerario del bien o derecho afectado por el acto administrativo no conduce a singularizar la propiedad sobre bienes materiales de las demás situaciones jurídicas subjetivas, pues aquella conversión o ecuación cabe realizarla respecto de todas ellas. La cuestión es más bien, si la valoración económica a posteriori del perjuicio puede conseguir, visto el derecho o bien afectado, hacer totalmente reversible su afectación inicial, esto es, restaurar plenamente la situación anterior al acto administrativo. Parece evidente, sin embargo, que la reversibilidad plena o absoluta es, sencillamente, una ficción, pues, de no suspenderse el acto administrativo, el mero transcurso del tiempo podría conllevar un perjuicio en sí mismo irreparable. Por consiguiente, el que el derecho afectado por el precepto cuestionado sea el de propiedad, no justifica una prohibición absoluta de la suspensión como la que contiene tal precepto.*”

¹⁴⁰⁸ ATS, Sala 3ª, Sec. 4ª, nº 2446/20, Rec. 91/20, RJ 4-b). Se trata en el supuesto citado, la preservación del derecho fundamental a la integridad física y del derecho a la protección de la salud. Ambos intereses se hacen comunes, que según las circunstancias adquiere un carácter esencial. La preservación de ese derecho fundamental, la vida, la salud, en consecuencia, se convierte, en el criterio principal a tener en cuenta. Ratificando el Tribunal que no parece necesario explicar que frente a ellos no se vislumbran intereses diferentes merecedores de mejor protección.

En lo que aquí nos compete, las diferencias interpretativas sustantivas/procesales, en cuanto a si la ponderación de intereses o valoración circunstanciada debe ser o no, un requisito o presupuesto para el otorgamiento de la tutela cautelar o es un presupuesto complementario¹⁴⁰⁹, como cláusula de cierre, ya he señalado que en la especialidad en estudio ello se minimiza, porque lo cierto es que de acuerdo con la actual regulación y de acuerdo con lo señalado en el párrafo anterior es un presupuesto que adquiere unas características *sine qua non* para la toma de la decisión judicial, por ende, en todo caso, reitero, lo interpreto como un presupuesto importante, necesario a tener en cuenta para la adopción de la medida, que ha de tener en su contenido esa ponderabilidad y razonabilidad, que va más allá de una cláusula de cierre.

Dicho lo anterior y siguiendo en su caso la estela de la existencia de un mal actuar administrativo, se constata que a pesar de ello, sigue existiendo por parte de los órganos jurisdiccionales una protección a la administración, siendo dicho respaldo, entre otros argumentos, interés general, pero no como canon de apreciación de la legalidad, sino más bien como una reserva de la misma, encubriendo precisamente ese mal actuar administrativo, creándose así una especie de reserva de sobreprotección del interés general¹⁴¹⁰ que se proyecta para justificar aquella, modulando las consecuencias de la ilegalidad del acto administrativo. No sustentado o teniéndose en cuenta para ello que existen otros intereses y derechos que pueden ser dignos de protección, y realizar un efectivo control de proporcionalidad de los intereses en juego. Pero la realidad forense es distinta, ante estas situaciones, se da protección favorable a la administración, perpetuando su mal actuar.

Expresado lo anterior, debemos preguntarnos ¿si ante ese mal actuar de la administración hay un debilitamiento del interés general? La respuesta en sentido general ha de ser no, ya que el interés general se encuentra presente con independencia de la actuación de uno de sus gestores, la Administración. A su vez esta respuesta ha de ser matizada en cuanto a la determinación de ese mal actuar, su alcance e intensidad del derecho afectado y unido a ello, si dicho mal actuar ha estado precisamente en no acreditar debidamente ese interés general supuestamente gravemente afectado y la intensidad de tal gravedad.

El juzgador en esta *prima facie* ha de determinar los aspectos anteriores, ya sea en una inactividad de la administración, una vía de hecho o haber incurrido en una ilegalidad, aunque sea no invalidante. El juzgador tiene un amplio margen de apreciación de las circunstancias en que concurre el interés general, dicha amplitud incide en su libre arbitrio, mantener las consecuencias del acto administrativo valorando el alcance e intensidad del interés general, la gravedad de la afección al mismo, unido a la situación de hecho y de derecho existente en dicho momento y comprobar el resto de los intereses individuales y la intensidad de estos, con ello determinar si es posible la suspensión del acto administrativo o mantener la situación de ilegalidad administrativa y consecuencias del acto administrativo. La decisión no estaría solo destinada proteger la finalidad

¹⁴⁰⁹ Vid. notas 853 y 854. La jurisprudencia mayoritaria considera que el criterio de ponderación de los intereses concurrentes es complementario al de la pérdida de la finalidad legítima del recurso, un botón de muestra STSJM, Sala (Contencioso), Sec. 10ª, nº 396/18 de 12-06-2018, Rec. 216/18; ATS Sala 3ª Sec. 3ª, de 5-06-2013, Rec. 653/12.

¹⁴¹⁰ Ruiz Palazuelos, N., (2019). “Las «Reservas de Interés General» en el Contencioso-Administrativo Francés: ¿Un Ejemplo a Importar?”, en F. López Ramón, & J. Valero Torrijo, *Actas del XIV Congreso de la AEPDA: 20 años de la Ley de lo de lo Contencioso-Administrativo*. Congreso. (14º/2019. Murcia pp. 547-558). Madrid: INAP.

legítima del recurso y la sentencia, sino también como he sostenido *supra* la previsibilidad y la seguridad jurídica de las consecuencias del acto sobre el que se recurre. Entran en este análisis las razones e intereses de terceros o en su caso del propio interés general que se puede encontrar debilitado por ese mal actuar de la administración, que tampoco lo ha sabido acreditar. Es decir, puede el juzgador, si lo entiende, modular en el tiempo las consecuencias de dicha ilegalidad sobre la no acreditación correcta de la gravedad de la afección al interés general, dicha modulación estaría determinada por la temporalidad de la propia medida, pero lo que si debe quedar acreditado es el propio debilitamiento del interés general por el mal funcionamiento de la propia administración.

De acuerdo con todo lo antes expuesto, no parece que pueda haber obstáculo en admitir tales análisis de ponderación/razonabilidad¹⁴¹¹ a la medida solicitada. Ello desde el punto de vista constitucional, como hemos visto, es ajustado a derecho, por tanto, sería en todo caso dictar un Auto con carácter prospectivo, a partir de las consecuencias negativas del mal actuar de la administración. Dicho de otro modo, cuando el juzgador considere en su análisis ponderado (no un enfrentamiento de intereses), y considere que están presentes las anteriores circunstancias, puede dictar este tipo de Auto, sin que el mismo cause consecuencias manifiestamente excesivas. Como ha señalado CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, la labor de ponderar difícilmente se sujeta a reglas fijas o predeterminadas¹⁴¹². Las partes de considerar que ello no debe ser así, ha de recurrir al resto de mecanismos procesales (recursos impugnativos contra la respectiva resolución o solicitud de modificación o levantamiento de la medida, de persistir las circunstancias contrarias que estime pertinente).

En fin, lo que se señala, no sería más que por el juez de lo contencioso administrativo realizara una ponderación racional de los intereses presentes en el supuesto en sí, que por un lado comprendería, apreciar el canon de interés general como legalidad y si entiende que debe reservar el mismo a pesar del mal actuar de la administración, y por otro, considerar que hay otros intereses en conflicto que no son meritorios de protección, aunque los mismos pueden ser dañados.

Otra posición sería tener presente el propio mal actuar de la administración, los intereses individuales del actor (vulnerable) la previsibilidad de los daños que se les puede causar a este, unido al principio de seguridad jurídica y el debilitamiento del interés general por el mal actuar y no acreditación de su grado de afección y gravedad.

En ambos casos, es la propia temporalidad de la medida, así como la impugnación de la misma, su modificación o levantamiento las que podrían cambiar el contenido de la decisión en el supuesto de haberse adoptado por el juzgador la suspensión y seguir subsistiendo y acreditándose la afección grave al interés general, o que esta se haya agravado y adquiera la intensidad suficiente que supere el mal actuar de la administración que diligentemente debe acreditar. Al momento de dictar un auto bajo estas circunstancias, auto prospectivo, suspensivo, de requerimiento obligacional, informativo¹⁴¹³ o medida positiva a favor del recurrente, cumple el juzgador con la efectividad y eficacia del recurso y luego de la sentencia. Situación distinta fuese la no

¹⁴¹¹ STS Sala 3ª, Sec. 6ª, nº 6993/02, Rec. 8451/99, FD 3, ponderación de todos los intereses en juego.

¹⁴¹² Campos Sánchez-Bordona, M., (2010) “Comentario Artículo 130”, op. cit., SP/DOCT/5240, recuperado 5-04-2018.

¹⁴¹³ ATS, Sala 3ª, Sec. 4ª, nº 2446/20, parte dispositiva del auto.

adopción de la medida y ejecución del acto, generándose los daños previsibles sobre el recurrente, pero no tenidos en cuenta.

En cualquier caso, como se ha constatado la exigencia de interés general en el objeto de estudio se ha teñido de un excesivo casuismo jurisprudencial (seguridad nacional, orden interior, salud, control del flujo migratorio, frente a intereses particulares, arraigo social, familiar, vida privada, familiar, salud, educación), tanto, el TC, el TS, como los TSJ, han generado una jurisprudencia que repercute en los juzgados de lo contencioso administrativo. En esencia toda esa doctrina jurisprudencial ha declarado que los órganos jurisdiccionales gozan de un amplio margen de apreciación en cuanto al interés general, pero no de una libertad que termine en manifiesta arbitrariedad. Esto nos dirige nuevamente a formular una pregunta similar a la anterior ¿cómo determina el juzgador la intensidad de esos intereses generales y de terceros en juego en cada supuesto concreto?, ¿cómo podrá medir esa intensidad o especial intensidad?, si los mismos no están debidamente acreditados por la administración.

Pierde sostenibilidad la jurisprudencia antes señalada, cuando la administración no acredita la intensidad o especial intensidad del interés general frente a la existencia acreditada de unos intereses individuales y un *fumus boni iuris* de intensidad suficiente. Se debilita la jurisprudencia que sostiene que estos dos últimos deben rebajarse cuando se enfrentan a la intensidad del interés general, que es más extenso e intenso, que debe prevalecer frente a los intereses individuales, sin embargo, el mismo, no se acredita.

Evidentemente en aquellos supuestos donde exista acreditado, una amenaza real, actual y suficientemente grave a intereses generales, tales como, la seguridad nacional, orden interior, salud, control del flujo migratorio (trata personas), terrorismo, etc., demuestran la relevancia y preponderancia de los mismos sobre los intereses puramente individuales, donde se deberá acreditar la gravedad de tal perturbación.

La complementación/convergencia/identidad/simetría/equilibrio/sinergia, entre interés general, interés particular e interés de terceros en la materia en estudio trae una proporcionalidad/razonabilidad de intereses que no estaría dirigida a determinar la relevancia de unos intereses sobre otros, ni la determinación de una “jerarquización” entre derechos fundamentales (regla de ponderación o *balancing test*), que puede traer indirectamente, como consecuencia el sacrificio de un derecho fundamental sobre otro, sino, que estaría dirigida a la determinación de una nivelación, de la igualdad, un equilibrio de perjuicios/beneficios proporcional y razonables de ese derecho fundamental, en una razonabilidad axiológica que nos muestra lo que se ajusta o es conforme en el caso enjuiciado, que puede ocasionar una medida concreta en el interés privado, de tercero y en el interés general.

En resumen, nos encontramos ante una situación en la que la ejecución de los actos cuya medida se solicita puede acarrear previsiblemente al recurrente (actor vulnerable), daños de difícil o imposible reparación, irreversibles, en la que los intereses generales y de terceros se encuentran en complementación, convergencia, identidad, simetría, equilibrio, sinergia con los intereses individuales, por ende, la adopción de las medidas cautelares en estos supuestos generalmente no perturbaría gravemente los intereses generales o de terceros. Sin embargo, de continuar sosteniéndose la existencia de intereses generales de forma genérica, vacía de contenido y rituarías, sin una acreditación, aunque sea indiciaria por la administración se continuará causando consiguientemente daños irreversibles.

En este último punto, los daños irreversibles, toma un significado especial el valor diferenciador del bien en cuestión que puede ser objeto del daño. Como se ha sostenido, los bienes en juego generalmente están relacionados directamente con la dignidad de la persona, el desarrollo de su personalidad, con los derechos y libertades fundamentales a diferencia de otras especialidades donde los derechos en juego llevan a cuestiones más tangibles. Lo subjetividad anterior lleva a un complejo análisis, para su determinación y medición dineraria¹⁴¹⁴. Exigir procesal y materialmente generalmente al inicio del proceso una cuantificación económica en determinados supuestos, se hace muy complejo. Tal exigencia, puede ser en determinados casos ser catalogada como una afección al principio de igualdad procesal de las partes, al obligar al demandante a razonar y, al menos indiciariamente, probar que la medida, acto, o acuerdo de la administración le supone un perjuicio cuya indemnización, como se ha dicho, no se mide generalmente sobre bienes patrimoniales. Lo anterior también puede constituir una traba procesal que atentaría contra el recurso efectivo y eficaz.

Dentro de este último aspecto, también se ha de destacar lo referente a como se ha de medir o determinar el daño irreversible, cuando el demandante ha estado previamente bajo la tutela o protección de la propia autoridad administrativa, es decir, me refiero a aquellos supuestos donde han existido previamente obligaciones positivas de los Estados respecto al actor. En estos supuestos como he sostenido, deberá ser la administración, la que en su contestación de forma motivada y seria aporte cuantitativamente¹⁴¹⁵ dicho daño, de no hacerlo o explicitarlo deberá prevalecer el interés individual¹⁴¹⁶.

Conclusiones parciales.

1.- La justicia cautelar en la materia de extranjería es heredera de la inercia de la regulación común y resultado de la elaboración pretoriana de la justicia cautelar en sede contencioso-administrativa, donde lo fundamental es la preservación del resultado de la resolución judicial que ponga fin al recurso.

2.- La inercia antes mencionada se refleja en la interpretación de los presupuestos de las medidas cautelares de forma lineal como al resto de especialidades, sin tener en cuenta la

¹⁴¹⁴ SSTS Sala 3ª, Sec. 4ª nº 153/20 de 6-02-2020, Rec. 2909/17 y nº 709/19 de 28-05-2019, Rec. 262/16, ambas sentencias referentes a la función pública y la determinación de la cuantía del recurso (*mutatis mutandis*), hace que los conceptos allí utilizados sean perfectamente trasladables a lo que aquí nos interesan. Define que aquellos aspectos no susceptibles de valoración o cuantificación económica (categoría innominada), derechos no traducibles en cantidades de dinero, no pueden reducirse a la invocación de meras generalidades o de abstracciones, naturaleza y efectos, trasciendan a la mera dimensión pecuniaria, pues los efectos susceptibles de valoración económica implican consecuencias no reducibles a términos pecuniarios.

¹⁴¹⁵ Rodríguez-Arana Muñoz, J., (2012). *Interés general*,..., op. cit., pp. 15, 183-193, como señala el profesor Rodríguez-Arana, el interés general necesita ser demostrado en lo concreto, precisa ser puntualizado con detalle, debe ser específico y fácil de determinar. De lo contrario, el concepto se convierte en un peligroso expediente para el autoritarismo y el ejercicio unilateral del poder. Una muestra reciente de ello es STSJA, (Sede Granada), Sala (Contencioso), Sec. 4ª, nº 3365/20 de 29-10-2020, Rec. 1740/20, FD 2 último párrafo, medida cautelar positiva, permiso provisional estudiante, señala "...sin entrar a valorar el fondo del asunto, y apreciándose una seria y adecuada ponderación de intereses por parte del Auto apelado, sin necesidad de entrar en circunstancias que atañen al fondo del asunto, son fácilmente imaginables los graves perjuicios que podría provocar la carencia de autorización de estancia para seguir los estudios que acredita el recurrente, y en cambio no constan ni se han puesto de manifiesto los perjuicios que durante la estancia en España del extranjero, pudiera provocar al interés público..."

¹⁴¹⁶ Sala Atienza, P., & Cadenas García, M. I., (2016). *Las Medidas Cautelares*..., op. cit., pp. 245, 413-423.

transversabilidad y heterogeneidad de la especialidad. Se parte del contenido de los actos administrativos sin tener en cuenta que los mismos generalmente están estrechamente relacionados con los derechos y libertades fundamentales, con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, así como, la determinación del DUE y de los Tratados internacionales de derechos humanos, esta omisión cualitativa lleva a primar la interpretación de la no suspensión y mucho menos la adopción de medidas positivas en las resoluciones administrativas de contenido negativo. Esto último en plena contraposición con la propia apertura de las medidas cautelares que realiza la Exposición de Motivos de la LJCA. Se obvian así una serie de principios de derecho, entre ellos, los principios dispositivo del proceso contencioso administrativo, protector y garantista superando el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa y su propia naturaleza rogatoria.

3.- El art. 130 LJCA a la luz del art. 39 del Reglamento del TEDH no alcanza la previsibilidad o prioridad de las alegaciones del recurrente, no da prioridad a los elementos o presupuestos valorativos del riesgo real o plausible, inminente, urgente, daño irreparable e irreversible, a las situaciones especiales que se den en un momento concreto, sino que presenta una interpretación limitada y tradicional que alcanza la preservación del efecto del recurso y la sentencia futura.

4.- El presupuesto del *fumus boni iuris*, como criterio/principio/presupuesto de adopción de una medida cautelar presenta en la especialidad en estudio una marcada reticencia a su utilización. Ello a pesar de la propia interpretación amplia y flexible del art. 130 LJCA que da cabida al vacío normativo respecto al *fumus*. El mismo tiene un papel preponderante en la disciplina en estudio, no solo por la interpretación dada de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, sino por el propio papel del DUE, sus principios y sus derechos de plena aplicación en el derecho interno y en la especialidad tratada. Dicho presupuesto a su vez reviste una singularidad, está unido estrechamente al análisis o *test* multinivel de los derechos fundamentales.

El presente presupuesto en lo aquí tratado tiene un nuevo enfoque interpretativo integral, no necesariamente acumulativo, que hace que el juzgador ha de tomar el estándar o canon de garantías más alto, debiendo tener en cuenta los principios *pro personae*, *favor libertatis*, o *in dubio pro libertate*, así como aquellas situaciones de obligaciones positivas adquiridas por los Estados, informes, condenas, dictámenes de organismos internacionales, que unido a un control de convencionalidad efectivo y eficaz, haga del presente presupuesto un elemento de intensidad suficiente para poder determinar la adopción de la medida cautelar.

5.- La proporcionalidad/razonabilidad de intereses concurrentes es un presupuesto determinante y necesario a tener en cuenta en la especialidad estudiada para la adopción de la medida al momento de determinar la pérdida de la finalidad legítima del recurso, (a pesar de que la propia jurisprudencia lo considera complementario). En todo caso, la proporcionalidad/razonabilidad de intereses concurrentes en la presente materia se caracteriza por la complementación/convergencia/identidad/simetría/equilibrio/sinergia, entre interés general, interés particular e interés de terceros, lo cual trae que dicha proporcionalidad/razonabilidad de intereses no estaría dirigida a determinar la relevancia de los intereses respectivos, ni la determinación de un “balance” o “jerarquización” entre derechos fundamentales (regla de ponderación o *balancing test*), que puede traer indirectamente como consecuencia el sacrificio de uno de los derechos fundamentales que estén en análisis en el supuesto concreto, sino, que estaría dirigida a la determinación

de una nivelación, de una igualdad, un equilibrio de perjuicios/beneficios proporcionales y razonables de esos derechos fundamentales, en una razonabilidad axiológica que nos muestra lo que se ajusta o es conforme en el caso enjuiciado, que puede ocasionar una medida concreta en el interés privado, de tercero y en el interés general.

A su vez en aquellos supuestos donde exista un mal actuar administrativo, hace un debilitamiento del interés general y proporcionalmente una mayor intensidad cualitativa y cuantitativa del *fumus boni iuris*, lo cual conllevaría a ponderar la medida a favor de la pretensión del actor vulnerable recurrente.

Cuando las exigencias de ejecución que presenta el interés general y de terceros sean tenues, bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; por el contrario, cuando aquella exigencia es de gran intensidad, sólo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto.

6.- A pesar de considerarse por el juzgador dentro de su amplio margen de apreciación, libre análisis y valoración de la prueba que el mal actuar de la administración no es causa invalidante y tampoco se debilita el interés general, entendiéndose que debe protegerlo o preservarlo, realizando una modulación de las consecuencias de la ilegalidad del acto administrativo, deberá llevar aparejadamente la concurrencia de los intereses individuales del actor vulnerable o de terceros en igual sentido al ser los mismos dignos de protección. Dicho de otra forma, deberá de forma razonada y proporcional realizar una valoración de todas las situaciones jurídicas creadas alrededor del acto administrativo ilegal y de todos los intereses en conflicto. Si del resultado de esa proporcional y razonabilidad existiesen motivos suficientes para una nivelación, una igualdad, un equilibrio de perjuicios/beneficios, en todo caso se debería dictar un auto prospectivo. Esto permite, reducir cualquier aplicación automática de la decisión judicial a favor de la Administración con el objetivo sacrosanto de la protección del interés general y la ejecutividad del acto y a su vez tener en cuenta como se ha venido sosteniendo, los derechos del actor vulnerable y terceros (cónyuges, hijos, empleador). Es en resumidas, un control o autocontrol del propio juzgador de la proporcionalidad/razonabilidad, que estaría a su vez en correspondencia con la propia temporalidad de las medidas cautelares.

7.- La determinación, cuantificación dineraria de los daños en sentido general y de aquellos que sean irreversibles e irreparables en la presente especialidad también han sido objeto de la inercia establecida al respecto. No se aprecia de forma general en las resoluciones de los órganos jurisdiccionales una interpretación sistemático-hermenéutica y axiológica de aquellos bienes e interés en conflicto que generalmente están relacionados directamente con la dignidad de la persona y el desarrollo de su personalidad y la previsibilidad de estos.

En determinados supuestos como (MENAS, víctimas de tratos, entre otros), o demandantes que han estado previamente bajo la tutela o protección de la propia autoridad administrativa (obligaciones positivas de los Estados respecto al actor), deberá ser la Administración demandada la que deberá acreditar dichos daños.

Estas particularidades hacen distinción y diferencias con otras especialidades, tanto cualitativa, como cuantitativa en cuanto a la determinación dineraria del daño. Lo cual hace que en determinados supuestos materialmente se haga muy complejo realizar una cuantificación económica y en otros, deberá ser la propia Administración la que en su contestación de forma seria aporte cuantitativamente dicho daño. Tal exigencia de cuantificación del daño al extranjero recurrente, al momento inicial del proceso, en

sentido general puede ser catalogado como una traba procesal, en afeción al principio de igualdad procesal de las partes, al tener que razonar, al menos indiciariamente, probar que la medida, acto, o acuerdo de la administración, le supone un perjuicio cuya indemnización como se ha dicho, no se mide generalmente sobre bienes patrimoniales. Estas circunstancias se agravan y complejizan ante medidas cautelarísimas debido a su especial urgencia, haciendo que el recurso no sea totalmente efectivo y eficaz.

CAPITULO II- Legitimación.

2.1- Consideraciones previas.

En la segunda parte del presente trabajo abordamos la legitimación en vía administrativa. Allí lo vimos estrechamente relacionado con la capacidad de obrar. Toca ahora abordar esta misma problemática, pero ya desde el punto de vista procesal, concretamente en la jurisdicción contencioso administrativa, llegando hasta su máxima expresión el recurso de casación. Sería muy amplio tratar capacidad procesal, legitimación, representación y postulación¹⁴¹⁷ (no es nuestro objeto de investigación), por ello, centraremos nuestro estudio, en cuanto a nuestros objetivos, en la capacidad procesal y la legitimación.

En nuestros días, la capacidad procesal y la legitimación, (dentro de esta última la *legitimatio ad processum*”, y *legitimatio ad caussam*”¹⁴¹⁸), continúan siendo conceptos¹⁴¹⁹ de vital importancia para el proceso. Ello nos hace remitir y tener en cuenta

¹⁴¹⁷ En cuanto a representación y postulación, ha sido en los últimos años, en materia de extranjería un debate jurisprudencial de mucho calado e intensidad, fundamentalmente en aquellos casos en que existe designación de letrado de turno de oficio. La jurisprudencia en estos casos se ha encargado de diferenciar la titularidad de dicha legitimación con la representación y defensa de las partes. Atendiendo a ello, se han realizado serias interpretaciones y debates sobre lo que dispone la Ley 1/1996, de 10 de enero, reguladora de la Asistencia Jurídica Gratuita, fundamentalmente en los art 6, 7, 12, 15, 32 y en la LJCA en sus art. 19, 23 y 45, así como en los art. 22.2 y 23.3 de la LO 4/00. Siendo exponente de dicho debate jurisprudencial las SSTS Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 273/20 de 26-02-2020, Rec. 1531/19, la nº 162/20 de 10-02-2020, Rec. 531/19, teniendo ambas su antecedente en la STS Sala 3ª, Sec. 3ª, nº 4416/11 de 30-06-2011, Rec. 76/09. Todas ratifican los criterios del TC de que el abogado designado por turno oficio para defender a la parte en vía administrativa no es un representante de aquélla que pueda interponer en su nombre el recurso contencioso-administrativo, como se deduce de lo dispuesto, entre otros preceptos, los arts. 542.1 y 543.1 LOPJ y en el párrafo primero del art. 15 LAJG, sino existe previamente un consentimiento expreso e inequívoco del representado, consentimiento habitualmente conferido a través del instrumento del poder notarial o *apud acta* para actuar en nombre de otro en un proceso, ello resulta imprescindible.

¹⁴¹⁸ Córdoba Castroverde, D., (2016). “Algunos problemas que plantea la legitimación activa en la jurisprudencia”. Respuesta de los tribunales. *RJD*, nº 2, <http://www.online.elderecho.com>, recuperado 14-12-2017. Ya desde la STS de 29-10-1986 hasta las más recientes SSTS Sala 3ª, Pleno, nº 3829/13 de 9-7-13, Rec. 357/11 y Sala 3ª Pleno, nº 1093/14 de 3-03-14, Rec. 4453/12. STS Sala 3ª, Sec. 6ª, nº 2564/15 de 8-6-2015, Rec. 39/14. ATS, Sala 3ª, Sec. 1ª, nº 2803/2014 de 2-04-2014, Rec. 510/2013, RJ 1 y 7. SAP de Palencia, nº 359/99 de 23-11-1999, Rec. 169/99, FD 4. En similares términos la STS Sala 1ª, Sec. 1ª, nº 446/96 de 3-06-1996, Rec. 3292/92. Todas definen la diferencia entre *legitimatio ad processum* (relación jurídico procesal), *legitimatio ad caussam* (relativa al derecho con que se litiga, al título o causa de pedir). Desde la óptica constitucional STC, Sala 1ª, nº 143/87 de 23-09-1987, BOE nº 251 de 20-10-1987. Reitera la doctrina y recuerda que la legitimación constituye un presupuesto inexcusable del proceso e implica la existencia de una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión deducida en el recurso contencioso-administrativo, en referencia a un interés en sentido propio, identificado y específico, de tal forma que la anulación del acto o la disposición impugnados produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio), actual o futuro, pero cierto.

¹⁴¹⁹ Sala Sánchez, P., Xiol Ríos, J. A., & Fernández Montalvo, R., (2013). *Derecho procesal...op. cit.*, (Vol. II, art. 19), pp. 391-490, definen los autores las interpretaciones jurisprudenciales al respecto pp. 402-404. De la Oliva Santos, A., & Díez-Picazo Giménez, I., (2004). *Derecho Procesal Civil, El proceso de declaración*. (2ª Ed.). Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, pp. 125 y ss. La legitimación no

las definiciones dadas en derecho civil y las de derecho procesal, partiendo del art. 12 de la CE, donde señala la mayoría de edad, (18 años), en relación con el art. 315 del CC. Como ha señalado XIOL RÍOS, la evolución de la legitimación en el Derecho Administrativo no debe verse tan sólo como una muestra del perfeccionamiento del Ordenamiento Jurídico y del sistema de garantías, sino más bien como una consecuencia inevitable de la evolución social¹⁴²⁰.

La legitimación activa¹⁴²¹ para la solicitud, modificación o revocación de medidas cautelares, incluidas las medidas cautelarísimas corresponde únicamente a instancia de parte¹⁴²², a “*los interesados*”, como no puede ser de otra forma a los demandados (la administración) y a los titulares de derechos o intereses legítimos a los que se refieren los arts. 19, 21-a) y b) en relación con los arts. 129.1, 132.1, 135, 136 todos LJCA. Los legitimados se hallan en una especial posición respecto a la relación material que se deducirá en juicio y ser partes en el proceso contencioso-administrativo. Siendo esto extensivo, tanto para los recursos de las medidas, tanto, en apelación o en su caso casación.

No sólo quien esté en posesión de un derecho subjetivo puede solicitar el auxilio de los órganos jurisdiccionales, sino, que existen otras personas a las que la actuación de la administración ocasiona un perjuicio en la esfera de sus intereses cuando el directamente afectado se ha aquietado a la decisión denegatoria¹⁴²³; aquellos también tienen derecho a recabar de los Tribunales una respuesta jurídica, y por tanto, es necesario reconocerles dicha legitimación.

Como se ha señalado las medidas cautelares pueden ser solicitadas en cualquier momento del proceso generalmente al inicio del proceso o durante este (art. 129.1 LJCA), para asegurar la sentencia (art. 83.2 LJCA)¹⁴²⁴ y en la ejecución provisional o definitiva de la

constituye como la capacidad procesal o para ser parte un presupuesto del derecho al proceso, sino un presupuesto de la acción, definiéndola como “*la cualidad de un sujeto jurídico consistente en hallarse, dentro de una situación jurídica determinada, en la posición que fundamenta, según el Derecho, el reconocimiento justamente a su favor de una pretensión que ejercita (legitimación activa) o la exigencia, precisamente respecto de él, del contenido de una pretensión (legitimación pasiva)*”. Cordon Moreno, F. (1997). “De nuevo sobre la legitimación”. *Revista de Derecho Procesal*, (nº 1), p. 66. Gutiérrez De Cabiedes, P., (1999). “A vueltas con la legitimación: en busca de una construcción estable”, *Revista del Poder Judicial*, (nº 54), p. 235. Montero Aroca, J., (1994). *La legitimación en el proceso civil (intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él)*. Madrid: Civitas, pp. 87 y ss. González-Varas Ibáñez, S., (1999). *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*. Madrid: Tecnos, p. 194.

¹⁴²⁰ Xiol Ríos, J. A., (1992). “Consideración de algunos aspectos del proceso administrativo como respuesta a los fenómenos de masificación social: la legitimación, la limitación de las instancias, el tratamiento en serie de los recursos y los efectos de la sentencia”, *Jurisdicción contencioso-administrativa: aspectos procesales, Cuadernos de derecho judicial*. Madrid: CGPJ, pp. 147 y 148.

¹⁴²¹ Sala Atienza, P., & Cadenas García, M. I., (2016). *Las Medidas Cautelares...*, op. cit., p. 100. Cordon Moreno, F., (1979). “Anotaciones acerca de la legitimación”. *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, (nº 1), pp. 310 y 313.

¹⁴²² Chioyenda, G. (1977). *Principios de derecho civil*. (T. II). Madrid: Reus, p. 6.

¹⁴²³ Córdoba Castroverde, D., (2016). “Algunos problemas que plantea la legitimación activa...”, op. cit.

¹⁴²⁴ ATS Sala 3º, Sec. 3ª, nº 3259/99, Rec. 10012/97, FD 3, refiriéndose a la dicción del art. 83.2 LJCA, es el Juez de instancia quien admite la apelación de la sentencia, quien, no obstante la admisión de la misma en ambos efectos, y como “*facultad separada y por tanto diferenciada a la de la ejecución provisional*” de la que se ocupa el art. 84, puede en cualquier momento, a instancia de la parte interesada, adoptar las medidas cautelares que sean pertinentes para asegurar la ejecución de la sentencia. Es criterio lógico el que

sentencia (art. 84.1 y 91.1 LJCA). Especial observación lleva los supuestos referidos a cuando se produce inactividad o vía de hecho, cuya solicitud de medidas cautelares, - como es conocido y luego se profundizará en ello-, se realiza con anterioridad a la interposición del recurso contencioso administrativo¹⁴²⁵ (art. 136.2 LJCA). Ambos supuestos –el general e inactividad o vía de hecho- se podrá instar por cualquier interesado que sea parte en el procedimiento principal, o que vaya a serlo en los casos del art. 136.2 de la Ley.

En cuanto a la capacidad procesal art. 18 LJCA se ha de tener en cuenta los arts. 29 y 30 del CC (se adquieren con el nacimiento de éstas y termina con su muerte). El art. 6 LEC, de aplicación supletoria, en lo no previsto por la LJCA, reconoce capacidad para ser parte en los procesos. Mientras que el art. 10 LEC señala, la condición de parte procesal legítima, serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso.

En lo relativo a los menores el art. 18 LJCA tiene similar redacción al ya comentado art. 3 LPACAP. El art. 18 LJCA señala, *“los menores de edad para la defensa de aquellos de sus derechos e intereses legítimos cuya actuación les esté permitida por el ordenamiento jurídico sin necesidad de asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela”*.

De acuerdo con las consideraciones antes realizadas, procederé a su estudio en la materia que nos ocupa. Debido a sus peculiaridades abordaremos la capacidad y legitimación de asociaciones, Fiscal, menores, terceros interesados y personas privadas de libertad.

2.2- Su configuración y Naturaleza jurídica.

2.2-a)- Capacidad procesal (art. 18 LJCA).

En cuanto a la existencia de capacidad procesal (art. 18 LJCA), permitirá que el interesado pueda convertirse en parte del proceso, sin embargo, es necesario además que éstas se hallen legitimadas para que la sentencia resulte eficaz. En consecuencia, estarán legitimados activamente ante este orden jurisdiccional, quienes puedan litigar como demandantes con capacidad frente a la Administración, mediante el ejercicio de pretensiones, en virtud de una posición previa que el ordenamiento jurídico reconoce, y que resulta afectada por un acto o disposición administrativa, se sitúa así, en la existencia de un interés legítimo en la pretensión ejercitada, que debe ser identificado en la interposición de cada recurso contencioso administrativo.

2.2-b)- Legitimación (art. 19 LJCA).

En cuanto a la legitimación del art. 19 LJCA, su naturaleza jurídica parte como no puede ser de otra forma de un requisito procesal, que puede ser examinado en la sentencia, o al momento de la presentación de la demanda, art. 45. 2- a)-3 LJCA, en el trámite del art. 51.1-b (examen del expediente administrativo por parte del Juzgado o Sala), o en el momento de las alegaciones previas del art. 58, todos LJCA. Conforme a lo expresado en el art. 51-b) LJCA puede examinarse de oficio, aunque en tal caso, será necesario que el

conduce a dicha conclusión, pues no tendría sentido que el tribunal de apelación pudiera estar decidiendo sobre la adopción de medidas cautelares mientras que el juez de instancia pudiera adoptar medidas contradictorias para garantizar la ejecución de la sentencia o acordar una ejecución provisional de ésta incompatible con aquéllas. Doctrina ratificada en ATS Sala 3ª, Sec. 3, nº 9420/10 de 21-07-2010, Rec. 1923/09 FD 2.

¹⁴²⁵ Cabañas García, J. C., (1999). *El recurso contencioso-administrativo*. Madrid: Trivium, pp. 28, 29- 65.

Tribunal ponga de manifiesto a las partes, por diez días, la posible falta de dicho requisito (de acuerdo con el art. 51.4 LJCA) para salvar los principios de congruencia y contradicción. Las SSTS Sala 3ª, nº 1093/14 y nº 3829/13, ambas del Pleno, han interpretado la legitimación, definiendo claramente que la misma es un problema procesal vinculado en forma más íntima con la cuestión de fondo o el derecho sustantivo. Esta circunstancia determina que a veces haya de ser apreciada en la sentencia. Por eso alguna doctrina la ha considerado cuestión de fondo y no requisito procesal¹⁴²⁶.

A su vez el art. 19 LJCA, señala la titularidad de un derecho o interés legítimo que suponga una relación material entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de suerte que, de estimarse ésta, se produzca un beneficio o la eliminación de un perjuicio que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial. Dicho así el art. 19 describe quienes pueden ser los legitimados, en este caso, en lo que aquí nos interesa, señalamos:

“Están legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo:

Las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo.

...asociaciones...

f) El Ministerio Fiscal para intervenir en los procesos que determine la Ley.

La legitimación en el contencioso-administrativo vendrá determinada por la titularidad de un derecho o interés legítimo, siendo así superada¹⁴²⁷ la anterior concepción de interés directo¹⁴²⁸, como señalará ORTEGA ÁLVAREZ, en relación con la actuación administrativa objeto de impugnación¹⁴²⁹.

De lo expuesto se entiende que el interés legítimo es necesario como requisito para que el interesado sea parte en el proceso judicial correspondiente, invocando el mismo en correspondencia con sus pretensiones. Ante ello entonces cabría preguntarse, ¿si fuese necesaria la participación previa del mismo en el procedimiento administrativo anterior al proceso judicial, para poder ostentar la legitimación y así acreditar ese requisito del interés legítimo? La respuesta a la pregunta anterior la veremos seguidamente, donde analizare la relación del requisito interés legítimo, con legitimación, capacidad y de estos, en su conjunto, con el acceso a la propia tutela judicial efectiva, es especial, la cautelar.

¹⁴²⁶ Sala Sánchez, P., Xiol Ríos, J. A., & Fernández Montalvo, R., (2013). *Derecho procesal...*, op.cit., (Vol. II, art. 19), pp. 391- 490. Distinguen los autores las posiciones doctrinales al respecto, pp. 398-401, posicionándose en este caso Xiol Ríos como defensor de que la legitimación constituye un presupuesto procesal y no de fondo.

¹⁴²⁷ Rodríguez-Zapata y Pérez, J., (2016). “La legitimación en el proceso contencioso-administrativo”. *RJD*, (nº 1), pp. 3-8. La jurisprudencia con anterioridad a la Constitución del 1978, y bajo la LJCA del 1956, introdujo los conceptos de “*interés directo ampliado*” e “*interés indirecto*” dilatando jurisprudencialmente la legitimación hasta el concepto de interés legítimo que dimana de la Constitución.

¹⁴²⁸ Ortega Álvarez, L., (1977). “La inmediatividad del interés directo en la legitimación contencioso-administrativa”, *RAP*, (nº 82), p. 212.

¹⁴²⁹ STC Sala 1ª, nº 101/96, de 11-06-1996, BOE nº 168 de 12 -07-1996, la genérica legitimación abstracta o general es reconducible a su relevancia constitucional y se proyecta de un modo particular sobre el objeto de los recursos que se entablen ante los Tribunales mediante un vínculo o conexión entre la organización que acciona y la pretensión ejercitada al aplicar a estas personas jurídicas asociativas singulares la misma exigencia que se aplica a cualquier otra persona física o jurídica para reconocerle la posibilidad de actuar en un proceso: ostentar interés legítimo en él, basado en un vínculo especial y concreto con el objeto del debate en el pleito de que se trate, vínculo o nexo que habrá de ponderarse en cada caso y que se plasma en la noción de interés profesional o económico, traducible en una ventaja o beneficio cierto, cualificado y específico derivado de la eventual estimación del recurso entablado.

Ello sin perder de vista, si dicho acceso es efectivo y eficaz. Se analizará así, el alcance de la legitimación, la cual como se conoce no se otorga exclusivamente al extranjero interesado directo y afectado por el acto concreto o titular del derecho subjetivo infringido, sino, también a terceros, quienes ostentan un interés legítimo, categoría más amplia que la de derecho subjetivo e incluso interés directo, que pueden ser conyugues, hijos, resto de familiares, empleador, etc. Por ende, un tercero puede perfectamente tener interés legítimo, sin haber sido parte en el proceso administrativo previo¹⁴³⁰.

2.2-c)- Interés legítimo.

Lo expuesto nos conduce a analizar el comportamiento del interés legítimo. Para ello es necesario detenernos y profundizar en lo que ha entendido la jurisprudencia al respecto, esto se debe entre otros aspectos, a que en líneas venideras abordaré la legitimación/interés legítimo de los menores dentro de ellos los MENAS y otros interesados en estos tipos procedimientos, donde se presentan trabas para el acceso a la jurisdicción y al recurso cautelar propiamente dicho.

Dicho lo anterior, el interés legítimo lo conforman aquellos elementos cuyo círculo jurídico pueda resultar perjudicado por el actuar de la administración, ya sea por una violación de contenido, o de procedimiento, omisión o cualquier acción que vaya dirigida a entorpecer o negar un derecho subjetivo, es decir, ese obrar, o mal obra del poder administrativo, que atenta contra el contenido y alcance de un derecho humano, de un derecho o libertad fundamental, de un derecho subjetivo. Dicho atentado no se produce contra un interés genérico en la preservación de derechos, sino, por el contrario, es contra un “*interés cualificado y específico, interés en sentido propio*”¹⁴³¹.

La doctrina del TC referenciada sobre el interés legítimo (salvando que en principio es una cuestión de legalidad ordinaria¹⁴³²), se puede resumir en que, el que el interés legítimo en lo contencioso-administrativo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma, que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio), actual o futuro, pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado, específico, actual y real (no potencial o hipotético). Se trata, de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta. O, lo que es lo mismo, el interés legítimo, es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida. Luego, para que exista interés legítimo en la jurisdicción contencioso-administrativa, la resolución impugnada (o la inactividad o vía de hecho denunciada), debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso. Esta doctrina del TC sobre el interés

¹⁴³⁰ STC Sala 2ª, n° 158/2002, de 16-09-2002, BOE n° 242 de 9-10-2002, FJ 2.

¹⁴³¹ SSTC Sala 2ª, n° 60/82, de 11-10-1982, BOE n° 276, de 17-11-1982, FJ 3; Sala 2ª, n° 257/88, de 22-12-1988, BOE n° 19, de 23-01-1989, FJ 3; Sala 2ª, n° 47/90, de 20-03-1990, BOE n° 85, de 9-04-1990, FJ 2; Sala 2ª, n° 148/93, FJ 2 y Sala 2ª n° 144/00, de 29-05-2000, BOE n° 156 de 30-06-2000, FJ 5, Sala 1ª, n° 45/04, de 23-3-2004, BOE 99/2004, de 23 -04-2004; Sala 2ª, n° 73/06 de 13-3-2006, BOE 92/2006, de 18-04-2006; Sala 2ª n° 102/09, de 27-04-2009, BOE 125/2009, de 23-05-2009; Sala 1ª, n° 57/14, de 5-05-2014, BOE n° 134 de 3-06-2014, FJ 3, entre otras tantas. ATS, Sala 3ª, Sec. 1ª, n° 2803/2014 de 2-04-2014, Rec. 510/2013, RJ 7.

¹⁴³² Rodríguez-Zapata y Pérez, J., (2014). “Jurisprudencia constitucional y jurisprudencia administrativa”, en M. Baena del Alcázar. (Dir.). *La reforma del Estado y de la Administración española*. (pp. 281-316). INAP.

legítimo, como se puede constatar, es muy similar a la del TS, doctrina que se ha repetido en la jurisprudencia del TS en los últimos cuarenta años, como puede verse, en los ejemplos, que citaba en 1978, GONZÁLEZ PÉREZ, en sus comentarios a la LJCA¹⁴³³.

Definido lo anterior, las situaciones que caracterizan el interés legítimo en el Derecho de Extranjería de acuerdo con la doctrina propia de los intereses legítimos, está marcado, por la doble función de la administración, por un lado, la garantía que debe dar la misma en su comportamiento a los interesados en general y al extranjero en los actos que corresponda, para el cumplimiento de los derechos subjetivos (art.103 CE y art. 41 CDFUE), y al mismo tiempo, sin que exista la seguridad jurídica de dicha garantía sobre el pronunciamiento del acto, debido a que en disímiles ocasiones en su comportamiento contumaz, o su decidía administrativa atenta contra la utilidad sustancial o, al menos, de una utilidad sustancial directa, inmediata del derecho subjetivo de los solicitantes. Esto ocurre, como se ha señalado, cuando ese comportamiento de la administración, que debe y es objeto de garantía, es por sí, incorrecto, violatorio para conseguir la realización del interés subjetivo sustancial del actor solicitante de la pretensión administrativa. Por otro lado, cuando la propia administración en su comportamiento instrumental respecto a la ley o garantía de cumplimiento de legalidad o de comportamiento administrativo ajustado a la ley, también lo incumple. Ambos comportamientos anómalos, la garantía de utilidad sustancial inmediata y garantía instrumental de respecto a la ley, hacen que se conformen los supuestos de un *fumus mali iuris*, en la realización, cumplimiento de sus obligaciones respecto de las garantías ofrecidas a los solicitantes, extranjeros, empresarios, entre otros, por el sistema jurídico existente. Esto hace en definitiva que, el particular o tercero, este plenamente legitimado, con interés legítimo, para poder realizar adecuadamente la defensa de sus intereses sustanciales¹⁴³⁴.

2.3- Asociaciones.

Expuesto lo anterior, se analizará a continuación la legitimación y el interés legítimo de las asociaciones.

Al respecto las asociaciones para poder ser partes en un proceso y poder accionar la solicitud de medidas cautelares han de acreditar e invocar el interés legítimo antes señalado e incluso como también se señala ha de ser un interés legítimo idóneo, (la posición de la persona legitimada, ya sea física o colectiva debe ser reflejo de un interés,

¹⁴³³ González Pérez, J., (1978). *Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid: Civitas, pp. 412 ss.

¹⁴³⁴ Rodríguez-Zapata y Pérez, J., (2016). “La legitimación en el proceso...”, op. cit., pp. 3-8.

que es idóneo para resolver)¹⁴³⁵, para demandar o para oponerse a una demanda, ya sea una persona jurídica¹⁴³⁶ o –asociación-¹⁴³⁷.

Señaladas las cuestiones generales antes expuestas, la legitimación activa de las asociaciones en lo aquí investigado está reconocido a través del art. 20 LO 4/00. Dicho artículo les confiere legitimación activa para intervenir como interesadas en los procedimientos administrativos, en caso de contar con la expresa designación. Este aspecto lo abordare de forma específica a través de la posición del TC al respecto, ello con dos ejemplos, i) STC Pleno, nº 154/16, de 22-09-2016, BOE nº 263, de 31-10-2016 y ii) a través de dos sentencias del TC, Sala 1ª, de 22-12-2008, nº 183/08, y la nº 184/08, ambas BOE 21/09 de 24-01-2009.

Comenzando por la STC Pleno, nº 154/16, de 22-09-2016, BOE nº 263, de 31-10-2016, (que volverá a ser citada más adelante, cuando se estudie la legitimación de cónyuges y resto de familiares). Dicha sentencia niega la legitimación activa de la Asociación Algeciras Acoge, ante unas detenciones ilegales y la interposición de un *habeas corpus*, señalando en esencia que, ante este tipo de derecho, la libertad, sólo lo pueden instar, el titular del mismo, es decir, el privado de libertad, su cónyuge o persona unida por análoga relación de afectividad, descendientes, ascendientes, hermanos¹⁴³⁸, el Ministerio Fiscal y el Defensor del Pueblo. Señalando además el TC que, en el caso de menores y personas incapacitadas, también pueden ser sus representantes legales. De los cuatro votos particulares de la sentencia, en lo que aquí nos interesa, consideraron que la Asociación recurrente ostenta un interés legítimo para la interposición del citado recurso de amparo y también ostentaba la legitimación activa para un proceso contencioso-administrativo,

¹⁴³⁵ STS Sala 3ª, Sec. 1ª, nº 1741/16 de 13-7-2016, Rec. 2542/15, FD 4. El TS refleja la legitimación de las asociaciones, la cual es indudable para defender los intereses colectivos de sus asociados, pero no en forma genérica, abstracta y general. El TS no las exime en modo alguno de justificar su interés y la conexión del mismo con la pretensión que se formula en el proceso. En similares términos ATS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 10498/17 de 03-11-2017, Rec. 599/17. Esta doctrina del TS también se recoge en dos sentencias de la Sec. 6ª de la Sala 3ª de 13-7-15 (Rec. 2487/13 y 1617/13), que niegan la legitimación activa a una fundación. Las sentencias consideran, que ni la fundación tiene derecho a ostentar el título, por ser persona jurídica, ni la cuestión que plantea se podría dilucidar en vía contencioso-administrativa. No existe por ello el interés legítimo en los términos que se acaban de expresar; el interés que mueve a los recurrentes es un simple interés por la legalidad, que no es legitimador, en los casos en los que una disposición con rango de ley no otorga acción pública o popular.

¹⁴³⁶ STJUE, Sala 2ª, asunto C- 279/09. “...el derecho de una persona jurídica a tener acceso efectivo a la justicia y, en consecuencia, en el marco del Derecho de la Unión, con el principio de tutela judicial efectiva...”

¹⁴³⁷ STC, Sala 1ª, nº 184/08 de 2-12-2008, BOE nº 21 de 24-01-2009, FJ 3, señala: “[...] respecto de la legitimación activa de las asociaciones en los procedimientos contencioso-administrativos en que pretendan actuar defendiendo los intereses que constituyen sus fines estatutarios, se ha destacado que en los supuestos en que exista una relación directa entre dichos fines y el motivo en que se fundamentaba la impugnación del acto administrativo, la conclusión de que la asociación carecería de interés legítimo supone una ampliación en exceso rigorista de esta exigencia legal, toda vez que no cabe alegar en este tipo de supuestos que la asociación, en atención a sus fines estatutarios, sea neutral o indiferente ante el mantenimiento de la norma o resolución recurrida (STC 282/2006, de 9 de octubre, FJ 3).” En igual sentido SSTC, Sala 2ª, nº 52/07, de 12-03-2007, BOE nº 92 de 17-04-2007; Sala 1ª, nº 218/09, de 21-12-2009, BOE nº 15 de 18-01-2010; Sala 1ª, nº 101/96, de 11-06-1996, BOE nº 168 de 12 -07-1996.

¹⁴³⁸ STC, Sala 1ª, nº 12/94, de 17-01-1994, BOE nº 41, de 17-02-1994, FJ 2 (solicitud de “*habeas corpus*” formulado en nombre de un hermano, corresponde al Juez de instrucción examinar en cualquier caso el *fumus boni iuris* que justifica la adopción de toda medida de privación de libertad, con independencia que la revisión definitiva del acto administrativo corresponde a los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo.

debiendo obtener un pronunciamiento sobre el fondo respecto de los derechos fundamentales invocados.

El otro ejemplo, es en sentido contrario, se otorga el amparo, en este caso las SSTC, Sala 1ª, de 22-12-2008, nº 183/08, y la nº 184/08, ambas BOE 21/09 de 24-01-2009, las cuales amparan al recurrente, un menor de edad oponiéndose a ser repatriado. Se reconoce a la asociación actora la legitimación activa y representación como codemandante en representación de dicho menor (en ambos recursos, la Abogacía del Estado alegó causa sobrevenida, pues el menor arribo a la mayoría de edad, el TC no lo estimo necesario y entro al fondo del asunto). Dicho amparo fue promovido contra la STJM Sala (Contencioso), Sec. 8ª de 28-2-2007 nº 188/07, Rec. 5/07 que revocó la sentencia del JCA nº 14 de Madrid, en procedimiento especial de protección de derechos fundamentales (por vulneración de los derechos reconocidos en los arts. 15, 17.3, 18, 24 y 25.3 CE, contra la Resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid, con base en la cual iba a ser devuelto a su país de origen¹⁴³⁹.

Fundamenta el amparo el TC, en los siguientes argumentos:

- 1.- Reconoce claramente que el menor con 17 años de edad impugnó judicialmente la decisión administrativa a través de un Letrado, ratificando a presencia judicial su voluntad, tanto, de oponerse a la decisión administrativa, como de ratificar su representación por su Letrado. Señala el TC que los menores deben ser oídos o explorados por el órgano judicial, en cuanto, a la adopción de medidas que afectaban a su esfera personal, así como, ha reiterado el derecho de los menores que estén en condiciones de formarse un juicio propio de ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que les afecte, ya sea directamente o por medio de representante o de un órgano apropiado¹⁴⁴⁰.
- 2.- Aprueba la decisión del JCA de nombramiento de un defensor judicial, que recayó en su propio Letrado, siendo tal solicitud a instancias del propio Ministerio Fiscal.
- 3.- Critica al órgano judicial de apelación, (Sala Contencioso Administrativo Sec. 8ª TSJM), que acordó la inadmisión del recurso interpuesto, dejando imprejuzgada la cuestión de fondo suscitada.
- 4.- En igual sentido expone y ratifica¹⁴⁴¹, que la repatriación es uno de los supuestos en que queda afectada la esfera personal, familiar o social de un menor.

¹⁴³⁹ Los motivos del recurso inicial fueron: Falta de legitimación activa de la Asociación recurrente. No tiene interés legítimo. Falta de representación de la Asociación recurrente. No ostentaba mandato alguno del menor. Dicho menor tutelado por una Administración Pública. El menor carece de capacidad procesal. No ostenta la capacidad procesal del art. 18 LJCA, en relación con el art. 7 LEC. El JCA no puede suplir o completar defecto de capacidad, de acuerdo con como señala el art. 8 LEC, para nombramiento de un defensor judicial, así como que carece de competencia, correspondiendo a los órganos jurisdiccionales del orden civil, a través del oportuno procedimiento de jurisdicción voluntaria, nombramiento de un defensor judicial. Previsión competencial que, no queda alterada por la Disposición Adicional Tercera de la L.O. 1/96, Protección Jurídica del Menor.

¹⁴⁴⁰ SSTC, Sala 2ª, nº 22/08, de 31-01-2008, BOE nº 52 de 29-02-2008, FJ 7; Sala 1ª, nº 152/05, de 2-06-2005, BOE nº 162 de 8-07-2005; Sala 2ª, nº 221/02, de 25-11-2002, BOE nº 304, de 20-12-2002, FJ 5; Sala 1ª, nº 17/2006, FJ 5.

¹⁴⁴¹ ATC, Sec. 2ª, nº 372/07, de 17-09-2007, FJ 2-3 “*nos encontramos en un caso que afecta a la esfera personal y familiar de un menor, que, con diecisiete años de edad en el momento de resolverse sobre la autorización para la repatriación, gozaba ya del juicio suficiente para ser explorado por el Juzgado de Menores, con el fin de hacer efectivo el derecho a ser oído ... Por esta razón, es claro que el Juzgado debió*

5.- Crítica al órgano judicial respecto a que con su negativa judicial a reconocer capacidad procesal directa al recurrente y simultáneamente imposibilitar que pudiera suplir ese defecto de capacidad mediante la designación de un defensor judicial, con el argumento de que dicha competencia es exclusiva del orden jurisdiccional civil, afectaba directamente los intereses personalísimos del menor. El no permitir la subsanación del nombramiento realizado por el órgano judicial de instancia y no dar ninguna vía de solución al conflicto, hizo impedir de manera definitiva al menor con capacidad y madurez suficiente, instar el control judicial de una decisión administrativa, como era la de su repatriación que afectaba de una manera muy directa a su vida y esfera personal, lesionado de esa manera su derecho de acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE). El FD 5 de la Sentencia 183/08 señala: *“En atención a lo anterior, tal como sostiene el Ministerio Fiscal, debe concluirse que la decisión de inadmisión impugnada ha vulnerado el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), desde la perspectiva del derecho de acceso a la jurisdicción, ya que la interpretación y aplicación del ordenamiento procesal realizada ha resultado desproporcionada, al no haberse ponderado que se estaba impidiendo que la persona directamente afectada por una decisión administrativa pudiera, bajo cualquier mecanismo, instar su control judicial... En efecto, la interpretación y aplicación de la regulación de la capacidad procesal, por ser un presupuesto de acceso a la jurisdicción, debe estar regida por el principio pro actione, siendo constitucionalmente exigible que se ponderen las circunstancias concurrentes para adoptar una decisión que no resulte rigorista ni desproporcionada en que se sacrifiquen intereses de especial relevancia”*.

6.- Lo anterior también permitió que se negara la legitimación activa a la asociación codemandante, máxime cuando los hechos que se estaban tratando eran precisamente en un procedimiento judicial de protección de derechos fundamentales, imposibilitando completamente que se pudiera obtener un pronunciamiento judicial sobre el fondo de las vulneraciones de derechos fundamentales aducidas, cuando ya se había obtenido una primera resolución judicial estimatoria. (FD 3º y 4º de la Sentencia 184/08). Más adelante, en el propio FD 5º, critica jurídicamente al órgano judicial, por falta de motivación, al señalar, que al hacer una *“...simple referencia apodíctica contenida en la resolución judicial impugnada de que no se está en el supuesto previsto en dicho artículo 18 de la LJCA, implica un defecto de motivación con relevancia constitucional... no contiene los elementos o razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos para llegar a esa conclusión.”*

2.4- Ministerio Fiscal.

El art. 19.1-f) LJCA reconoce la legitimación al Ministerio Fiscal para intervenir en los procesos que determine expresamente la Ley. Ahora bien, no se puede decir que devenga de una legitimación en sentido estricto, ya que no existe ningún precepto de la LJCA que le atribuya el ejercicio directo de acciones en el proceso contencioso administrativo como demandante, aunque tampoco existe ninguna limitación para ello.

En lo que aquí nos interesa, el Ministerio Fiscal interviene en todo lo relativo arts. 5.2 (sobre falta de jurisdicción), art 7.2 (competencia), donde su intervención se circunscribe a la audiencia previa en los casos de apreciación y resolución de falta de jurisdicción y

otorgar un trámite específico de audiencia al menor antes de resolver la pretensión deducida por la Dirección General de la Policía (SSTC 221/2002, de 25 de noviembre, FJ 5; 152/2005, de 2 de junio, FJ 3)”.

competencia. En aquellos supuestos del art. 59.4 LO 4/00 (colaboración contra redes organizadas). En los expedientes de predeterminación de la edad (diligencias preprocesales¹⁴⁴²), repatriación de los MENAS y menores víctimas de trata art. 59.5 y 59-bis.5 LOEX. Intervención en las comparecencias para internamiento de menores extranjeros que responden a otras circunstancias (delitos). Así como en la comparecencia en el supuesto de posibles motivos de inadmisión del procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona (arts. 117.2). La Fiscalía también aborda en su actuación en los expedientes o diligencias previas de solicitud medidas cautelares de internamiento de extranjeros, art. 62 LOEX, así como el control de acciones sobre los CIES, y como es lógico en los Recursos de Casación ante el TS y de amparo ante el TC. En igual sentido interviene el Fiscal en las medidas cautelares art. 135.2¹⁴⁴³.

Concretamente la intervención del Ministerio Público, en lo relativo a los MENAS ha sido altamente criticada por organismos internacionales, como el CDN¹⁴⁴⁴.

2.5- Menores y MENAS. Accesibilidad al recurso cautelar.

2.5.1- Conformación de la capacidad. Defensor judicial.

Con anterioridad se ha expuesto la especial referencia a la legitimación de los menores en el procedimiento administrativo, también se ha referenciado la posición del TC al respecto.

Se analizará a continuación la misma problemática, pero en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativo. El art. 18 LJCA, como ya sabemos reconoce la capacidad procesal a los menores de edad ante el juzgado contencioso-administrativo para la defensa de sus derechos e intereses, cuya actuación les esté permitida por el ordenamiento jurídico, sin necesidad de asistencia de sus representantes, tutores o curadores. Aspecto diferente es su accesibilidad al procedimiento bajo determinadas circunstancias.

El legislador en dicho precepto no dice, ni exige como se configura o complementa esa capacidad procesal para actuar en relación con sus derechos e intereses subjetivos cuando los mismos se encuentren afectados. En ese sentido, hay que auxiliarse de resto del sistema jurídico, para complementar dicha capacidad. Pese a la amplitud con que el art. 18.1 LJCA admite la capacidad procesal de los menores, no existe ningún otro artículo en dicha norma que disponga legalmente como se conformara esa capacidad que les autorice para ejercitar acciones como las aducidas. El art. 2 LOPJM, señala que:

“1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

¹⁴⁴² STS Sala 1ª, nº 307/20 de 16-06-2020, Rec. 2629/19, FD 2, punto 3, reconoce el Ministerio Fiscal coincidiendo con el CDN que la legislación española no es la mejor para lograr la protección del menor en cuanto a la determinación de la edad. STJUE Sala 1ª, asunto TQ (MENAS) C-441/19, apdo. 60, 64-68.

¹⁴⁴³ Fernández Arévalo, L., (2004). “Tutela judicial del extranjero: examen especial de la tutela del derecho a la libertad en el marco de las medidas repatriativas”. *Seminario de Fiscales Especialistas en Extranjería*. Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal.

¹⁴⁴⁴ Observaciones finales a los Informes de España en los Periodos combinados V y VI del CDN, de 2-02-2018. (CRC/C/ESP/CO/V-VI, apartado 44). ONUBIB. Memorias de la FGE de 2019, pp. 846-847.

Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor.”

La anterior norma, por más favorable que sea, tampoco refleja cómo se superaran esas limitaciones a la capacidad procesal. Por ello, es necesario buscar esos causes de procedibilidad recurriendo a los instrumentos de representación, asistencia, autorización, habilitación o nombramiento del defensor judicial. El art. 7.2 y 8 LEC, los cuales permiten integrar o conformar dicha falta de capacidad. El art. 7.2, señala:

2. Las personas físicas que no se hallen en el caso del apartado anterior habrán de comparecer mediante la representación o con la asistencia, la autorización, la habilitación o el defensor exigidos por la ley.

De acuerdo con los términos previstos en el art. 8.1 LEC, de no existir la representación, asistencia, autorización o habilitación, se procederá a nombrar defensor judicial. Mientras que ese art. 8.2 integra esa falta de capacidad con el Ministerio Fiscal.

El acceso del menor con todas las garantías procesales a la jurisdicción contenciosa administrativa en la materia en estudio, ser parte, con legitimación activa, tener interés legítimo, poder ejercer y tener una participación en el procedimiento, ser oído, escuchado o explorado (art. 9 LOPJM¹⁴⁴⁵), se tiene que complementar dicha capacidad procesal ante la inexistencia en la LJCA de uno o varios preceptos que literalmente desarrollen lo citado. En este sentido, no existe pronunciamiento por el TC al considerarlo de legalidad ordinaria. Nos encontremos así, ante una regulación incompleta, el legislador no previó el desarrollo de la configuración legal del acceso del menor a la presente jurisdicción, dicho contenido mínimo, indisponible, de modulación de dicho derecho fundamental que genera que el mismo sea conformado de forma adicional. Esta laguna o vacío legal que es necesario conformarlo. Para ello, se puede recurrir a varias técnicas, entre ellas, la integración del derecho, buscando la solución en leyes supletorias, en este caso, en la LOPJM, en la LEC y luego en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria¹⁴⁴⁶. Dichas normas a mi juicio son inicialmente suficientes para realizar una aproximación conformadora de la capacidad procesal del menor, garantizando el cumplimiento del acceso efectivo y eficaz a la jurisdicción y al recurso cautelar, la tutela judicial cautelar efectiva¹⁴⁴⁷ que merecen todos los menores y en especial de los MENAS o NNANAS, todo ello, ejerciéndose por los cauces que el legislador ha establecido en las normas citadas.

2.5.2.- Conflicto de intereses (repatriación, devolución, determinación de la edad). Aproximación a su solución. Suspensión automática.

Acotado lo anterior y antes de dar paso a la aproximación conformadora antes señalada, es necesario vincular el presente aspecto con lo referido al Ministerio Fiscal y su papel en la conformación de la capacidad del menor y la existencia de conflicto de intereses, estos fundamentalmente en cuanto a la determinación de la edad, devolución (incluidas

¹⁴⁴⁵ Señala que los menores de edad que gocen del juicio suficiente deben ser oídos en cualquier procedimiento judicial en que estén directamente implicados y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social, derecho que como ya hemos expuesto es reconocido en varios instrumentos internacionales mencionados.

¹⁴⁴⁶ Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. BOE nº 158, de 03-07-2015.

¹⁴⁴⁷ STC Sala 2ª, nº 99/85, FJ 4, derecho de acceso a la jurisdicción y la configuración legal del acceso al recurso.

aquellas devoluciones colectivas o en caliente), expulsión y repatriación, todos a su vez vinculados con la medida cautelar de internamiento.

En este sentido se debe puntualizar tres cuestiones: i) nombramiento defensor judicial; ii) la suspensión automática del procedimiento, mientras no conste nombramiento de defensor judicial, (los órganos competentes para ello son los de jurisdicción civil, juzgados de 1ª instancia, aunque como veremos anticipo mi toma de postura consistente en que ante la especial urgencia pueden ser los propios juzgados de lo contencioso administrativo garantizando así la efectividad del art. 24.1 CE). Lo cual generaría a su vez una nueva situación, relativa a la urgencia, el “*periculum in mora*”, al encontramos en una solicitud de medida cautelar o cautelarísima; iii) la LEC expone “*demandado*”, mientras que aquí el menor, es actor (vulnerable). No obstante, esto último, no sería óbice o limitación para conformar dicha capacidad procesal, al ser eminentemente subsanable dicho defecto procesal y hacer efectivo el principio *pro actione*, acceso a la jurisdicción (tutela judicial efectiva y eficaz) y luego acceso al recurso cautelar.

Delimitado los contextos, la ausencia normativa, las posibles normas que actuarían de forma integradora y las posibles circunstancias de conflicto, paso seguidamente a exponer la aproximación conformadora que podría ser una posible solución a la problemática planteada.

2.5.2. a)- Nombramiento defensor judicial.

En cuanto al punto primero, nombramiento defensor judicial, Ministerio Fiscal y conflicto de intereses con el menor. Debo comenzar por señalar, que el Título I del Libro IV de la LEC (procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores), en su Capítulo I, dedicado a Disposiciones Generales, art. 748 señala, en lo que aquí nos interesa, que las disposiciones del presente Título será aplicable a los siguientes procesos:

1. ° *Los que versen sobre la capacidad de las personas y los de declaración de prodigalidad.*

7. ° *Los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.*

El art. 749.2 LEC, señala que en los procesos de incapacitación, nulidad matrimonial y determinación e impugnación de la filiación a que se refiere este título “*será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal*”, cuya intervención, como señala PÉREZ MARTIN será en calidad de parte, asumiendo la representación y/o defensa de alguien involucrado en el proceso y no meramente como informante o dictaminante, o que simplemente cumplimenta audiencias. Pero no siempre ocurre así, porque se pueden dar situaciones¹⁴⁴⁸ como aquellas, -a pesar de que sea preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal-, se inicia el procedimiento y continúan sus trámites sin su presencia o la ya nombrada de intereses contrapuestos. Dicha cuestión, puede o debe resolverse en el mismo proceso y ante el mismo juzgado, acudiendo a los preceptos sobre nulidad de actuaciones, que se contienen en los arts. 238-241.1 LOPJ y en el art. 225 LEC o a las propuestas que a continuación expondremos para la designación del defensor judicial.

¹⁴⁴⁸ Pérez Martín, A. J., (2000). “Comentario al art. 749 LEC”, en A. Mª. Lorca Navarrete. (Dir.). V. Guilarte Gutiérrez. (Coord.). *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.*, (T IV, p. 3921). Valladolid: Lex Nova.

La existencia del conflicto de intereses, hay que apreciarlo en los términos previstos en los arts. 221.2º y 299 del CC, conflicto de intereses, desde una perspectiva real, concreta, objetiva, ello a partir del criterio general del interés superior del menor. La cuestión que configura el fondo del debate, la controversia en sí, es las discrepancias sobre el fondo del asunto entre el menor y su representante, (ya sea, como se ha dicho, la determinación de la edad, repatriación, expulsión, etc.), por ello, tenemos que remitirnos al interés legítimo definido *ut supra* (que vale la pena nuevamente recordarlo, lo conforman aquellos elementos cuyo círculo jurídico pueda resultar perjudicado por la violación de un derecho fundamental, o de un derecho adquirido, ello por obra del poder, aunque la violación no se produjese en su contra directamente, dicho interés con un “*interés genérico en la preservación de derechos*”, debiendo ser, por el contrario, un “*interés cualificado y específico, interés en sentido propio*”). Ante dicho conflicto de intereses narrados, no queda otra opción que nombrar el defensor judicial¹⁴⁴⁹. Para cuya solicitud, se tendrá en cuenta, sí el menor, se encuentra capacitado, pese a su minoría de edad (art. 300 del CC), o dicha solicitud la realiza el propio Ministerio Fiscal o de oficio por el propio órgano jurisdiccional, con independencia del tipo de procedimiento, (abreviado, procedimiento de Protección de Derechos Fundamentales de la Persona, o procedimiento de Asilo).

2.5.2. b)- La suspensión automática del procedimiento.

Lo anterior nos lleva al segundo punto, la suspensión automática del procedimiento mientras no conste nombramiento de defensor judicial. En este punto hay que tener en cuenta la competencia jurisdiccional. El centro del análisis y debate gira en el contexto de la solicitud de medidas cautelares o cautelarísimas de suspensión, o debería existir una suspensión automática.

¿Qué hacer? Ante una expulsión/devolución/repatriación, mientras se define la edad y la jurisdiccional civil dicta el nombramiento del defensor judicial.

En este sentido y de acuerdo hasta lo aquí sostenido, interés legítimo, cualificado, específico, interés en sentido propio del menor e interés superior del menor, unido a efectos eficaces y efectivos del recurso, más la contundente redacción de los art. 2, 3 y 12.4 LOPJM (en las redacciones dadas por la Ley 26/15 de 28 de julio, modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en vigor desde agosto del 2015 y la LO 8/15), procedería la suspensión automática con efectos positivos de la expulsión/devolución/repatriación, con acceso al sistema educacional, salud y demás garantías prestacionales. Dicha suspensión automática se ha de realizar en el propio juzgado de lo contencioso administrativo, con el propio nombramiento de defensor judicial, (aspecto que desarrollare seguidamente, recordar que esta competencia corresponde a los órganos judiciales del orden civil), esto mientras se determine la edad o se impugne en todo caso el Decreto de mayoría de edad del Fiscal.

Lo anterior sería una solución prospectiva que se encuentra en plena correspondencia con el efecto y naturaleza jurídica del art. 13 del CEDH, con lo señalado en la conferencia de Copenhague (punto 20-a), creación y mejora de recursos internos efectivos, ya sean de naturaleza específica o general, para presuntas violaciones de los derechos y libertades especialmente en situaciones de graves problemas estructurales o sistémicos). Así como,

¹⁴⁴⁹ STSJM Sala (Contencioso), Sec. 9ª, de 22-10-2009, nº 1470/09, Rec. 1137/08, de la misma Sección 9ª, sentencia de 10-7-2007, nº 930/07, Rec. 53/07.

en correspondencia con el DUE, en cuanto al art. 47 CDFUE, los principios de margen de maniobra y autonomía procesal, así como con las Cien Reglas de Brasilia y con el derecho de los Pactos y Convenciones antes estudiados.

2.5.2. c- Solución con el derecho interno actual.

Comentados los dos puntos anteriores, el tercer punto consiste en la solución con el derecho interno actual. Como se señaló la existencia de las anteriores limitaciones sustantivas y procesales no son óbice para conformar dicha capacidad procesal, al ser eminentemente subsanable dicho defecto procesal y hacer efectivo el principio *pro actione*, acceso a la jurisdicción (tutela judicial efectiva y eficaz) y luego acceso al recurso cautelar.

Como se ha señalado con anterioridad, al no existir la suspensión automática, entiendo que de acuerdo con la normativa vigente, la especial urgencia, los intereses en análisis, se puede adoptar cualquier otra medida cautelar de suspensión del acto, no internamiento y continuar el curso del procedimiento contencioso administrativo haciendo uso del art. 27 y 28 de la LJV. Al respecto el citado art. 27 señala:

“1. Se aplicarán las disposiciones de este capítulo en los casos en que proceda conforme a la ley el nombramiento de un defensor judicial de menores o personas con capacidad modificada judicialmente o por modificar y...

3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, se nombrará defensor judicial al menor o persona con capacidad modificada judicialmente, sin necesidad de habilitación previa, para litigar contra sus progenitores, tutor o curador, o para instar expedientes de jurisdicción voluntaria, cuando se hallare legitimado para ello o para representarle cuando se inste por el Ministerio Fiscal el procedimiento para modificar judicialmente su capacidad. No procederá la solicitud si el otro progenitor o tutor, si lo hubiere, no tuviera un interés opuesto al menor o persona con capacidad modificada judicialmente.”

Para el desarrollo de la presente aproximación según el citado art. 27 LJV, el cual interpretado de una manera sistemática y teleológica, quiere expresar que en aquellos casos que en la ley (en este caso la LJCA que remite a la LEC), existan supuestos de falta de capacidad o existen conflicto de intereses, se han de tener en cuenta las reglas que señala la misma, entre ellas, no será necesario habilitación previa cuando el menor se hallare legitimado para ello o para representarle cuando se inste por el Ministerio Fiscal, sin necesidad de expediente de jurisdicción voluntaria. El menor debe ser oído o escuchado y el Ministerio Fiscal, también lo debe instar. No existirá así mayores dificultades para que el órgano jurisdiccional contencioso administrativo pueda seguir adelante con la pieza separada de medida cautelar o cautelarísima.

Atendiendo a la especial urgencia de la medida cautelarísima, hace que la solución del conflicto de interés y nombramiento del defensor judicial también sea solucionada de forma urgente y con especial urgencia. La medida cautelarísima puede acordar suspender el acto administrativo impugnado y convocar a las partes a la audiencia o comparecencia prevista en el art. 135.1-a) LJCA, (3 días), en dicha vista haciendo uso del art. 27 LJV, proceder a designación de defensor judicial como se expone a continuación.

En el análisis crítico del tema, hay que señalar que el art. 27 remite al art. 28 de la misma LJV, *“Competencia, legitimación y postulación”*, se expone en el art. 28:

“Artículo 28 Competencia, legitimación y postulación.

1. Será competente para el conocimiento de este expediente el Secretario judicial del Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del menor o persona con capacidad modificada judicialmente o a modificar o, en su caso, aquél correspondiente al Juzgado de Primera Instancia que esté conociendo del asunto que exija el nombramiento de defensor judicial.

2. El expediente se iniciará de oficio, a petición del Ministerio Fiscal, o por iniciativa del menor o persona con capacidad modificada judicialmente o cualquier otra persona que actúe en interés de éste.

3. En la tramitación del presente expediente no será preceptiva la intervención de Abogado ni Procurador.”

Dicho artículo señala que debe ser el Letrado de la Administración de Justicia (LAJ) del Juzgado de Primera Instancia, el que tiene conocimiento de este expediente. Planteándose así el problema de jurisdicción, competencia objetiva y funcional. Sin embargo, como he expuesto, el art. 27 LJV soluciona nuestro conflicto cuando señala que el menor se hallare legitimado para ello o para representarle cuando se inste por el Ministerio Fiscal, no hay necesidad de habilitación previa, ni necesidad de instar expediente de jurisdicción voluntaria. A mi juicio, no hay que conformar expediente, sino, que por el propio LAJ del juzgado de lo contencioso administrativo y las partes en conflicto en dicha comparecencia entraran al fondo del asunto, levantando acta o grabación de la misma, dejando constancia a través de resolución judicial (Auto, que puede ser el mismo que resuelve la pieza), el nombramiento del defensor judicial.

Cuestión distinta, pudiese sustentarse si el menor no arribara a los 12 años y pueda cuestionarse su legitimación para ser oído o escuchado. En este supuesto, en todo caso no se discutiría la edad, ya que indubitadamente la edad material, es la minoría de su edad. No obstante, de faltar el requisito antes mencionado entiendo que la decisión sería la designación como defensor judicial, a un abogado especialista del turno de oficio de extranjería, o un especialista profesional de la salud mental o del ámbito jurídico con formación y experiencia en mediación y en extranjería. (Similar a la figura de coordinación de parentalidad)¹⁴⁵⁰.

Sobre cómo se realiza esta comparecencia, para la designación del defensor judicial tampoco existe uniformidad¹⁴⁵¹ en los diferentes juzgados, dada las circunstancias¹⁴⁵², y la naturaleza del procedimiento de especial urgencia en el que nos encontramos. Una opción puede ser mantener la misma configuración de la comparecencia del art. 135.1-a) LJCA, es decir, el LAJ que está conociendo de la pieza cautelarísima en el que pueda

¹⁴⁵⁰ Rodríguez Dávila, M. D. y Soto Esteban, R., (2015). “El Coordinador de Parentalidad. Una propuesta desde dentro”. *Revista Psicopatología Clínica, Legal y Forense*. (nº 15), pp.171-187. Esta nueva figura que está siendo promovida por el Ministerio de Justicia Español, ya se encuentra recogida en Decreto legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, llamada Código de Derecho Foral de Aragón; Ley 25/2010, Libro II sobre Persona y Familia del Código Civil catalán; Ley Foral de Navarra 3/2011 de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de convivencia de los padres; y Ley del 15 de octubre de 2010 de Valencia.

¹⁴⁵¹ Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, L., (2013). “La defensa de los menores y el fiscal”. *Revista de Derecho de Familia. El Derecho*, nº 9, pp. 4-15.

¹⁴⁵² JCA nº 14 Madrid, Auto de 6-04-2006, PA 55/06. En todo caso, a falta de regulación específica -y teniendo en cuenta el carácter supletorio de la LEC, la expresada comparecencia deberá sujetarse, en lo que fueren de aplicación a los art. 437 y ss. del texto procesal civil relativos al juicio verbal.

darse tal conflicto de intereses o intereses opuestos enunciados, y ajustándose al procedimiento previsto en el art. 27 LJV, celebración, en la que todas las partes interesadas puedan tener por turno de alegaciones, la oportunidad de poner de manifiesto cuanto consideren oportuno en relación con dicho nombramiento.

Lo que nos lleva a concluir que dicho procedimiento de designación de defensor judicial puede llevarse a cabo en el seno del procedimiento contencioso administrativo, pudiéndose plantear el mismo día de la comparecencia de la cautelarísima en el plazo de tres días; o bien se convocará a las partes a una comparecencia específica para ello, que habrá de celebrarse dentro de los tres días siguientes a la adopción de la medida cautelarísima, o al menos a priori.

Si el conflicto sucediese en dicha comparecencia, entiendo lo correcto sería suspender momentáneamente la misma para que las partes examinen la documentación obrante en los expedientes aportados, se escuche al menor y se decida sobre defensor judicial.

Ello no quiere decir que no se puede convocar a las partes ante de los tres días expuestos para que ilustren acerca de la posibilidad del nombramiento de Defensor Judicial del menor, dados los intereses en conflicto, o incluso recurrir al Turno de Oficio correspondiente para que se envíe el letrado de guardia especializado.

Como decía en el caso que el menor no esté legitimado para ser oído o escuchado por ser menor de 12 años, y no existiendo defensor judicial a nombrar, en el mismo plazo antes señalado, el juzgado o tribunal deberá solicitar urgente oficio al Colegio de Abogados correspondiente o la institución o ONG para que designe persona habilitada para cumplir dicha función.

En fin, no considero viable como solución, iniciar el procedimiento establecido en la LEC, pues evidentemente afectaría aún más los intereses cualificados y específicos, así como el propio interés superior del menor respecto a la solicitud de la medida cautelar. Debe primar el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, debiendo ser interpretadas de forma amplia las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores, todo ello a tenor del art. 3 LOJPM, ley ésta última que deberá interpretarse de conformidad con los Tratados Internacionales de los que España sea parte y, especialmente, de acuerdo con la CDN, debiendo los poderes públicos como obligación positiva garantizar el respeto de los derechos de los menores y adecuar sus actuaciones a dicha ley y a la normativa internacional.

2.6- Terceros interesados.

Se ha expuesto anteriormente la participación de terceros en el procedimiento administrativo. En igual sentido se ha señalado que el art. 130.2 LJCA ordena ponderar los intereses de terceros, se refiere la norma a todos los interesados en el mantenimiento del acto administrativo impugnado, como posibles demandados, art. 21.1-b) LJCA. Serían los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte, o aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento, en tanto, no haya recaído resolución definitiva. Se ha destacado la correspondencia, primeramente, entre interés general y de terceros y luego de estos a su vez con los intereses individuales en las solicitudes y adopción de las medidas cautelares. A su vez se ha señalado al inicio de este capítulo la STC, Pleno, nº 154/16.

La importancia de traer a colación lo antes dicho, está dado en primer lugar, respecto a legitimación activa del cónyuge o persona unida por análoga relación de afectividad¹⁴⁵³, descendientes, ascendientes, hermanos, familia extensa, empresarios¹⁴⁵⁴. Ello nos permite señalar, que, al estar legitimados para el proceso principal, lo están también para la solicitud de las medidas cautelares. Tienen un interés legítimo, específico, concreto, cualificado, en sentido propio, atendiendo a que pueden estar afectados sus derechos fundamentales¹⁴⁵⁵, y como se ha dicho en correspondencia directa con el interesado (a modo ejemplo, aquellas denegaciones de solicitudes de residencia de familiares de la Unión, por parejas de hecho o lo relativo a la nueva regulación de la familia extensa, RD 240/11 y los medios económicos¹⁴⁵⁶).

La problemática interpretativa sobre la legitimación del cónyuge o persona unida por análoga relación de afectividad, descendientes, ascendientes, hermanos o cualquier otro legitimado en un procedimiento contencioso administrativo, se agudiza cuando el titular afectado por el acto administrativo directo se aquieta o aparta del proceso administrativo e incluso no recurre a la vía contenciosa. Es decir, la pregunta de orden sería: ¿Tiene legitimación para recurrir un acto administrativo un tercero que no fue el/la quien solicitó el acto denegado, pero tiene interés legítimo (cónyuges descendientes, ascendientes, hermanos descendientes, ascendientes, hermanos), cuando el solicitante titular del mismo y también directamente afectado, se aparta o aquieta respecto a la decisión denegatoria?

De acuerdo con lo expuesto y hasta aquí sostenido, lo terceros interesados, tiene legitimación activa propia, principio *pro actione*. Ese tercero, que no solicitó inicialmente lo que era de su interés, está legitimado para interponer la demanda correspondiente (y en fase administrativa, como ya se ha señalado también interponer los recursos administrativos correspondientes), ello dado por toda la argumentación aportada *ut supra*, que en esencia se resumen en:

- 1.- Existencia de interés legítimo que lo tiene reconocido en la LO 4/00. Manifestación de forma concreta de la afeción. A su vez dicho interés, como se ha sostenido, tiene la análoga fuerza vinculante que los intereses generales, por demás, dicho interés de terceros generalmente está en correspondencia, como hemos visto, con los intereses individuales.
- 2.- En este sentido el principio *pro actione* evita un excesivo rigorismo¹⁴⁵⁷ en la aplicación de los presupuestos y requisito *ut supra* señalados, es decir, acceso a la jurisdicción y al

¹⁴⁵³ STS, Sala 3ª. Sec. 3ª, nº 4977/15 de 2-11-2015, Rec. 4089/14, FD 5.

¹⁴⁵⁴ STS Sala 3ª. Sec. 2ª, nº 1137/15 de 23-03-2015, Rec. 3105/13, FD 5. Sobre unificación de doctrina respecto legitimación de administrador único.

¹⁴⁵⁵ STS/JCV Sala (Contencioso), Sec. 5ª, nº 856/18 de 28-09-2018, Rec. 748/18. Legitimación activa de cónyuge e hijos en procedimiento de expulsión autos seguidos por los trámites del procedimiento de tutela de derechos fundamentales.

¹⁴⁵⁶ En este sentido se ha de recordar la jurisprudencia de nuestro derecho interno SSTS Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 963/18, de 11-06-2018, Rec. 1709/17; nº 1295/17, de 18-07-2017, Rec. 298/16; STC Sala 1ª, nº 42/20, de 9-03-2020 y STS Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 1048/20, Rec. 4541/19, FD 8-9, donde realiza una reinterpretación de todas ellas.

¹⁴⁵⁷ STC Sala 2ª, nº 252/00, de 30-10-00, BOE nº 288 de 1-12-2000. FJ 2, subraya que "*pese a que determinar quién tiene interés legítimo para recurrir en la vía contencioso-administrativa es una cuestión de legalidad ordinaria, los órganos jurisdiccionales quedan compelidos a interpretar las normas procesales (en este caso la LJCA de 1956), no sólo de manera razonable y razonada sin sombra de arbitrariedad ni error notorio, sino en sentido amplio y no restrictivo, esto es, conforme al principio "pro*

recurso cautelar eficaz y efectivo. El art. 24.1 CE, derecho a la tutela judicial efectiva a todas las personas que sean titulares de derechos e intereses legítimos, impone a los Jueces y Tribunales la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las leyes procesales utilicen en orden a la atribución de legitimación activa para acceder a los procesos judiciales y, entre ellas, la de interés directo.

3.- La legitimación al estar ligada a un interés legítimo de la parte que se lo arroga y pretende¹⁴⁵⁸ en la presente especialidad se determina a partir del efecto que ha de producir o produce el mismo en la esfera jurídica individual del ciudadano, que puede ser positivo o negativo, puede generar o eliminar un gravamen, es decir, todo ello en función de lo pretendido¹⁴⁵⁹.

4.- Los medios de pruebas o prueba que se tenga sobre la pretensión de la solicitud y que justifiquen el interés legítimo, ha de ser concreta, directa, que acrediten la situación jurídica individualizada, caracterizada por su evidente conexión y relación con el objeto de la pretensión articulada en vía administrativa y jurisdiccional.

En consecuencia, de lo anterior, la situación del tercero, es igual de intensa que la del titular afectado por la actuación administrativa, pues el tercero recurrente, está dentro del propio círculo jurídico del interesado, pudiendo, como consecuencia de tal interés, desarrollar la acción correspondiente al ocasionársele un perjuicio a su interés legítimo, propio o a su derecho fundamental. Como botón de muestra, la solicitud de una TFCUE por matrimonio que sea desestimada y que el cónyuge interesado directo solicitante no quiera recurrir, en este supuesto el ciudadano de la UE, tiene toda la legitimación para interponer los recursos requeridos y solicitar la suspensión del acto o la media cautelar que considere oportuna¹⁴⁶⁰.

2.7- Extranjeros privados de libertad. Accesibilidad al recurso cautelar.

Las personas extranjeras en situación de limitación o privación de libertad (se recuerda al respecto que esta situación abarca cualquiera de las circunstancias limitativas de libertad), se encuentran en unas condiciones de limitación para poder desarrollar en toda su potencialidad el principio *pro actione* (de acceso a la jurisdicción propiamente dicha, así como al propio recurso cautelar). Se destacará más adelante, estas situaciones y su relación concreta con el acceso a la justicia cautelar y al recurso cautelar en los supuestos de las medidas de especial urgencia del art. 135 LJCA, lo que finalmente se convierten o constituyen una expresión más de las trabas administrativas o procesales para hacer el recurso efectivo eficaz. No obstante, la realidad es que, tanto, los detenidos cautelarmente, los internos en CIE, como en Centros Penitenciarios, el ejercicio de ese derecho de acceso a la jurisdicción y al recurso cautelar, se ve en muchas ocasiones extremadamente limitado, primero por razones obvias, la propia limitación ambulatoria, segundo, por existencia de trabas, omisiones, etc., que hacen que el funcionamiento normal del proceso se trunque, lo que se convierte en una de las causales de la no efectividad del mismo, al no ser un acceso al recurso efectivo y eficaz.

actione", con interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón, revelen una clara desproporción entre los fines que las causas de inadmisión preservan y los intereses que sacrifican...".

¹⁴⁵⁸ SSTC, Sala 1ª, nº 24/87, de 25-02-1987, BOE nº 71 de 24-03-1987; nº 93/90, de 23-05-1990, BOE nº 147 de 20-06-1990, (legitimación en función de lo pretendido).

¹⁴⁵⁹ STS, Sec. 7ª, nº 543/2001 de 30 -01-2001, Rec. 506/1998.

¹⁴⁶⁰ STC Sala 1ª, nº 42/20.

Como se ha expuesto el art. 22.3 LO 4/00 permite que los extranjeros pueden expresar su voluntad de interponer el recurso o ejercitar la acción correspondiente en vía jurisdiccional contra actos concretos de denegación de entrada, devolución o expulsión, a su vez, el art. 223 del ROLEX, regula la manifestación de la voluntad de recurrir de estos supuestos a los privados de libertad ante el Delegado o Subdelegado del Gobierno competente o el Director del CIE bajo cuyo control se encuentre.

La problemática del ejercicio pleno, eficaz y eficiente de lo antes referenciado se constatará seguidamente, lo que sí se puede anunciar desde ahora, es que las circunstancias anteriores limitan el acceso a la jurisdicción y al recurso cautelar, trayendo como consecuencias que los efectos suspensivos o de otro tipo de medida cautelar o cautelarísima en estas situaciones limitativas de libertad tienen su punto álgido en dicha accesibilidad real. La problemática se agrava en aquellos supuestos de renovación, arraigos, iniciales de TFCUE, que pueden hacer cambiar la situación del internamiento o privación de libertad, al ser cuestiones de cambio de circunstancias, que pueden posteriormente traer la adopción o modificación de las medidas cautelares.

2.8- Conclusiones parciales.

1.- Los titulares de derechos subjetivos o intereses legítimos, ya sean los interesados directos (incluido los menores), terceros o asociaciones, están legitimados para ejercitar las acciones que consideren necesarias para proteger y defender sus intereses y derechos subjetivos.

2.- Los intereses legítimos en la materia en estudio hay que verlos desde una doble perspectiva o dimensión. La primera perspectiva o dimensión, es desde la propia Administración (art. 103 CE), está a su vez genera dos ángulos. Por un lado, la Administración debe garantizar en su actuar el cumplimiento del derecho fundamental a una buena administración, es decir, su correcta actuación hacia los interesados directos, extranjero, empresario, etc., y a los terceros relacionados con los mismos, según el acto administrativo solicitado, en cumplimiento de los derechos subjetivos de todos los interesados intervinientes, sin que ello quiera significar que exista una seguridad jurídica de concesión, sino que dicha seguridad jurídica, debe ir encaminada a un comportamiento y cumplimiento con el debido proceso/equitativo (art. 6 CEDH, art. 41 CDFUE y art. 103 CE). Cuando ese comportamiento es incorrecto, violatorio, contumaz, disidente contra los derechos fundamentales o subjetivos de todos los interesados e incluso contra su propio deber obligación a una buena administración, requerirá de un serio control jurisdiccional.

El segundo ángulo es la propia seguridad jurídica respecto a la no concesión, una motivación de acuerdo con los requisitos ya enunciados. Ambos ángulos se complementan y contraponen, pero en todo caso, este último, trae como consecuencia el cumplimiento de la no realización de los intereses subjetivo del actor del cual el mismo se defenderá en la jurisdicción contenciosa.

La segunda perspectiva o dimensión, es aquella que se relaciona con el actuar de la Administración en su comportamiento, concreto e instrumental respecto a la ley o garantía de cumplimiento de legalidad o de comportamiento administrativo ajustado a la misma. Esta perspectiva o dimensión lleva a su vez también a dos ángulos. Por un lado, aquellos actos que deja de hacer, omisión, o no los cumple con todas las garantías fijadas instrumentalmente en la ley, entre ellas, aquellas circunstancias denominadas no

invalidantes y por otro lado, aquellas que son invalidantes o nulas de pleno derecho al incumplir de forma absoluta la instrumentalización de la ley.

En ambas perspectivas o dimensiones existe un *fumus mali iuris*, en la realización, cumplimiento de sus obligaciones, de las garantías del proceso, no es solo el cumplimiento de una garantía de utilidad sustancial inmediata, ni tampoco el cumplimiento de una garantía instrumental de respecto a la ley, en el sentido de que, asegure la legalidad de la actuación administrativa, sino, que es cumplir la esencia misma del art. 103 CE y el art. 41 CDFUE. El incumplimiento de lo anterior hace que el particular este plenamente legitimado, con interés legítimo, para poder realizar adecuadamente la defensa de sus intereses sustanciales y solicitar como se ha dicho la suspensión de los actos y las medidas cautelares que se adecuan a sus pretensiones, existiendo un *fumus boni iuris* lo suficientemente intenso, que haga a lugar dichas solicitudes.

3.- La legitimación del Ministerio Fiscal en determinados supuestos, concretamente en lo relativo a los MENAS, como (p. ej.), las diligencias pre-procesales para la determinación de la edad y su intervención en las comparecencias para internamiento de menores, goza de una legitimación *extra límites*, con poderes, que en dicha fase no son controlados por el órgano jurisdiccional alguno, donde la parte más débil, vulnerable, el menor (MENA), se siente seriamente limitada en el ejercicio de defensa de sus intereses, donde su acceso real, efectivo y eficaz al recurso es casi nulo¹⁴⁶¹. Ello fundamentalmente debido a que el Fiscal, al igual que en el punto anterior, tiene un doble papel bidireccional, por un lado, garantizar en su actuar el cumplimiento de los derechos fundamentales de los menores, el interés superior del menor, por otro lado, el cumplimiento de la legalidad, que lo lleva a comportamientos instrumentales que no garantizan su neutralidad, el respeto íntegro a la ley o garantía de cumplimiento de legalidad.

4.- Una aproximación a la conformación de la capacidad procesal del menor para la defensa de sus derechos subjetivos e intereses en la materia que nos ocupa, derecho a ser oído, cuando existen conflicto de intereses entre él mismo, sus tutores o Ministerio Fiscal, se ha de conformar a partir de la interacción sistemática, hermenéutica y axiológica con carácter prospectivo de las diferentes normas conformadoras del sistema jurídico (LJCA, LEC, CC, LJV, LOJPM), nombrando o designándose defensor judicial. Dicho nombramiento o designación atendiendo a la especial urgencia, “*periculum in mora*, principio *pro actione*, interés superior del menor, se debe realizar en la propia jurisdicción contenciosa administrativa, pudiéndose plantear el mismo día de la comparecencia de la cautelarísima en el plazo de tres días; o bien se convocará a las partes a una comparecencia específica para ello. Si el conflicto de intereses sucediese en dicha comparecencia, se procedería a la suspensión momentánea de la misma para que las partes examinen la documentación obrante en los expedientes aportados, se escuche al menor y se decida sobre defensor judicial.

Mientras se determina el nombramiento o designación del defensor judicial atendiendo al principio interés superior del menor, el cual debe primar sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, debe prevalecer un recurso con efectos suspensivos automáticos positivos (acceso al sistema educacional, salud y demás garantías prestacionales) contra la expulsión/devolución/repatriación atendiendo a los arts. 2, 3 y 12.4 LOPJM. Ello en correspondencia con el efecto y naturaleza jurídica del art. 13 CEDH de acuerdo con lo señalado en la conferencia de Copenhague (punto 20-a),

¹⁴⁶¹ STS Sala 1ª, nº 307/20 de 16-06-2020, Rec. 2629/19, FD 5.

creación y mejora de recursos internos efectivos, ya sean de naturaleza específica o general, para presuntas violaciones de los derechos y libertades especialmente en situaciones de graves problemas estructurales o sistémicos). Así como, en correspondencia con el DUE, en cuanto al art. 47 CDFUE, los principios de margen de maniobra y autonomía procesal, equivalencia y efectividad, así como, de acuerdo con las Cien Reglas de Brasilia y con el derecho de los Pactos y Convenciones antes estudiados.

5.- En cuanto a los intereses de terceros se ratifican las conclusiones aportadas en la parte segunda al respecto.

6.- Los extranjeros limitados o privados de libertad, interesados/legitimados los cuales presentan serias dificultades de accesibilidad real a la jurisdicción y a los recursos cautelares, lo que constituyen verdaderas trabas administrativas, procesales que atentan contra el carácter eficaz y efectivo del recurso cautelar.

CAPITULO III.- Cauce cautelar, adopción. La caución. Modificación, levantamiento. Nuevas Circunstancias. Las cautelares. Vía de hecho. Las medidas cautelares positivas. Anotación de demanda en Registro Central de Extranjeros.

3.3.1- Consideraciones previas.

Establecido el contorno jurídico general, se hace necesario de acuerdo con la metodología planteada en la presente investigación analizar la aplicación del articulado de la LJCA referido a las medidas cautelares en la especialidad tratada.

Se ha de recordar que la LJCA mantiene el mismo criterio de la Ley de 1956, en cuanto a que la petición de suspensión cautelar se seguirá en “pieza separada”, “incidente cautelar”, en un proceso de carácter accesorio salvo supuestos de urgencia, (inactividad, vía de hecho, cautelares), en que se impone adoptar la medida cautelar de modo inmediato, *inaudita altera parte*, en tanto, se resuelve el incidente o al menos, reconociendo al órgano jurisdiccional la potestad de adoptar de plano la medida cautelar, (art. 135 LJCA, cuestiones que abordare seguidamente).

El incidente de medidas cautelares de conformidad con el art. 7.1 LJCA el Juez o Tribunal que deba conocer del procedimiento principal lo es también para todas sus incidencias, por tanto, para el enjuiciamiento de las medidas cautelares. La solicitud de medidas cautelares debe dirigirse consecuentemente al referido Juez o Tribunal¹⁴⁶². En cuanto tal “incidente” está sujeto a la regla general establecida para todas las “cuestiones incidentales” art. 137.1 LJCA, esto es, no suspende el curso de los autos principales, por demás no tiene una tramitación preferente¹⁴⁶³ y discurre en paralelo al principal. Si la administración demandada no hubiera comparecido aún, la audiencia se entenderá con el órgano autor de la actividad administrativa impugnada. Dicha personación tendrá lugar con la remisión al órgano judicial del expediente administrativo, en aplicación del art. 50.2 LJCA. En el caso concreto del procedimiento abreviado art. 78. 23 LJCA, se aplica de forma supletoria que la solicitud de la medida se realiza al momento de la presentación

¹⁴⁶² Sala Atienza, P., & Cadenas García, M. I., (2016). *Las Medidas Cautelares...*, op. cit., pp. 125-131.

¹⁴⁶³ Dicha tramitación no preferente entra en cierta contradicción antagónica respecto de la propia naturaleza jurídica de uno de sus presupuestos, el *periculum in mora*, y la dilación de los procesos, excepto los recursos directos contra disposiciones generales (art. 66 LJCA, que como se dijo desde un inicio no serán analizados) y el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona (art. 114 LJCA el cual no será analizado específicamente).

de la demanda en un Otrosí, o en cualquier estado del proceso a través de escrito independiente.

Al instar las medidas cautelares no deben realizarse de modo genérico o como una mera invocación, sino que es necesario la concurrencia de los presupuestos antes descritos para su otorgamiento, debiendo ser razonados de modo adecuado y riguroso por el actor, fundamentalmente en cuanto a lo perjuicios derivados de ejecutar el acto impugnado (lo anterior en relación con art. 732.1 LEC). El ayuno de estos presupuestos puede traer como consecuencias, i) la inadmisibilidad de la medida art. 131.1 LJCA en relación con art. 11.2 LOPJ, ii) la desestimación de la medida.

Ningún obstáculo procesal existe para que en el incidente cautelar se proceda a la proposición y práctica de pruebas, gozando de los principios de *audiatur et altera pars* – contradicción- e igualdad de parte¹⁴⁶⁴, ello pese al silencio que mantiene la LJCA al respecto. Consideración está avalada por la aplicación supletoria del art. 734.2 LEC en virtud de lo previsto en la Disposición Final Primera LJCA.

Como he señalado, la medida cautelar típica en la especialidad en estudio es la suspensión de la ejecución del acto, la cual debe entenderse a todos los efectos del solicitante que le afecte, o del resto de demandantes legitimados interesados. Los beneficios alcanzarán a todos los interesados. Dichas medidas de suspensión generalmente son adoptadas en procedimientos sancionadores o de gravámenes. Nada impide según el art. 129.1 LJCA solicitar "cuantas medidas" o "cualquier" medida que aseguren la efectividad de la sentencia, un *númerus apertus*, medidas cautelares innominadas o medidas positivas, que no responden a un sistema de categorías, contra otros grupos de actos que generan un fuerte gravamen¹⁴⁶⁵. (Ello en la misma línea que inspira el art. 726 LEC).

¹⁴⁶⁴ Recuérdese lo señalado respecto a la STC, Pleno, nº 175/01, FJ 8 y la jurisprudencia allí citada, en cuanto a las personas públicas están amparadas por el derecho a no sufrir indefensión en el proceso (art. 24.1 CE). Esto relacionado estrechamente con la medida del art. 135.1 LJCA, *inaudita parte debitoris*. El Tribunal declaró que “*además de los casos en los que la posición procesal de los sujetos públicos es equivalente a la de las personas jurídico-públicas, éstas son titulares también del derecho de acceso al proceso, así como del derecho a no padecer indefensión en el mismo*”.

¹⁴⁶⁵ En este sentido como se ha venido exponiendo existen un grupo de actos administrativos que generan un fuerte gravamen en los interesados y en especial al extranjero, sin embargo, se sigue sosteniendo y potencializando el análisis de las medidas cautelares en la presente especialidad sobre la base de la expulsión, como acto administrativo que por excelencia lleva consigo la suspensión y en todo caso de medida cautelar positiva. Una muestra de situaciones de ese gravamen pero que luego lo revienten al análisis bajo el paraguas de la expulsión tenemos, STS Sala 3ª, Sec. 3ª nº 2550/15 de 20-5-2015, Rec. 3205/14, FD 4 pieza de medidas cautelares positivas del recurso contencioso entablado contra la inadmisión, por la Secretaría General de Inmigración y Emigración del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, de la solicitud de autorización individual de residencia temporal por circunstancias excepcionales. Ratifica el TS la STSJM Sala (Contencioso), Sec. 1ª, nº 22/16, Rec. 1796/13, FD 3, que la inadmisión de la solicitud contra la que el recurrente ha interpuesto el recurso contencioso administrativo no supone un procedimiento de expulsión, por lo que la parte no acredita la existencia de riesgo de que el recurso pierda su finalidad hasta que se dicte sentencia, causa legal que podría justificar, en su caso, la concesión de la medida solicitada. Si la sentencia es estimatoria, habrá obtenido lo que ahora pretende por vía cautelar, pero sin que se evidencie la necesidad de la de que obtenga dicha autorización de residencia de forma provisional. Sólo en caso de que el recurrente se vea sujeto a un procedimiento de expulsión durante la tramitación del recurso contencioso administrativo seguido en la instancia, podría resultar procedente asegurar cautelarmente que el mismo pudiera llegar a su culminación en sentencia firme de forma útil para el afectado, esto es, sin que haya sido forzado a abandonar el territorio español antes de su conclusión.

El auto que acuerde una medida cautelar producirá efectos inmediatamente, (de ser recurrido, como veremos, se podrá solicitar su ejecución provisional); cuyos efectos quedan en determinados supuestos condicionados a la constitución de caución o garantía suficiente para evitar o paliar perjuicios al interés general o de terceros. Una vez adoptada la medida y constituida la caución, comienza a producir, como se ha dicho, sus efectos. Las medidas pueden ser modificadas, revocadas, si surgen nuevas circunstancias que hagan cambiar las primeras, adoptándose nuevas medidas o dejando de existir aquellas dictadas.

También se analizara de forma independiente las modificaciones efectuadas con la denominada LMAP¹⁴⁶⁶. Partiendo de lo señalado por RODRÍGUEZ CARBAJO respecto a la LMAP la cual constituyo un “eufemismo”¹⁴⁶⁷, puesto que, sin perjuicio de reconocer que algunas de sus normas sí tienen ese carácter agilizador de los procesos, el núcleo de la misma va dirigido a la eliminación parcial del acceso a los recursos¹⁴⁶⁸ regulados y previstos en la ley. En similares términos se pronunció MAGRO SERVET, en cuanto a que el fin de la norma era evitar paralizaciones que perjudicaran a los procedimientos, sin embargo, ese objetivo no se había logrado del todo¹⁴⁶⁹.

La LMAP modifica diversos preceptos de la LJCA, que afecta a las siguientes materias: competencia objetiva y territorial, la prueba, procedimiento abreviado, recursos, las denominadas medidas cautelares y por último, las costas procesales. En concreto nos interesa, lo concerniente a los recursos y a las denominadas medidas cautelares, como veremos, las modificaciones lejos de dar garantías, las elimina, concretamente en cuanto al acceso a los recursos impugnativos.

A pesar de todas las modificaciones señaladas, incluso las más recientes¹⁴⁷⁰ se ha perdido nuevamente otra oportunidad, de una reforma profunda en cuanto a la tutela cautelar en el proceso contencioso-administrativo¹⁴⁷¹, fundamentalmente, respecto al alcance del

¹⁴⁶⁶ La presente ley es continuación de la línea de reformas procesales que se llevaron a cabo con la publicación de la LO 1/09, de 3-11-2009 BOE nº 266, de 4-11-2009 y la complementaria Ley 13/2009, BOE nº 266, de 4-11-009. Reformas de agilización procesal, nueva oficina judicial y atribución a los Secretarios judiciales una serie de responsabilidades y funciones con el fin de mejorar los aspectos organizativos de la Administración de Justicia y agilizar, así, la tramitación de los procedimientos.

¹⁴⁶⁷ Rodríguez Carbajo, R. J., (2011). “¿Agilización o eliminación procesales?” *Actualidad Administrativa*, (nº 19), Sección Fundamentos de Casación. La Ley, p. 2451.

¹⁴⁶⁸ Barranco Escañuela, D., (2011). “Las nuevas medidas de agilización procesal en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa”. *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, (nº 22), Sección Actualidad. La Ley, p. 2610.

¹⁴⁶⁹ Magro Servet, V., (2012). “Análisis de la Ley de Medidas de Agilización Procesal”. *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, (nº 167), pp. 15-23.

¹⁴⁷⁰ Ley 3/20, de 18-09-2020, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia. BOE nº 250 de 19-09-2020

¹⁴⁷¹ Como he expuesto desde 1997 un año antes de la entrada en vigor de la actual LJCA el CGPJ en su Libro Blanco de la Justicia refería no solo los espectaculares aumentos de la litigiosidad durante esos años en la jurisdicción contencioso-administrativa (se ha de recordar lo señalado respecto al incumplimiento de la propia administración de su deber de autotutela reduplicativa, no reconsideración de sus actos, ya sea de oficio o a instancia de parte), revelando en dicho informe la trascendental importancia de las medidas cautelares, criticando la entonces vigente Ley de 1956, estimulando la posibilidad de adoptar medidas cautelares positivas, provisionales e, incluso, *inaudita parte debitoris*, en aquellos supuestos en que la ejecución del acto sea inmediata y resulte imposible cumplimentar el trámite de audiencia, pp. 254-267. En igual sentido se ha de recordar que se he señalado que esta problemática no está resuelta (Vid. notas 736, 737 Informes del año 2007 y año 2018 del CGPJ al respecto).

efecto y eficacia suspensivo del recurso de las medidas, según el art. 13 CEDH y art. 39 del RTEDH y art. 47 CDFUE. La razón continúa siendo la misma, un buen funcionamiento de esta categoría jurídica de las medidas cautelares, como medio de control efectivo, eficaz de la potentada autotutela administrativa, aún generalizada en nuestro ordenamiento jurídico, la cual continúa neutralizando frecuentemente a aquella. En la práctica forense de la especialidad en estudio, esa frecuencia de neutralización es bastante elevada. No parece innecesario e inútil volver a señalar cuál habría de ser la línea directriz de esa reforma: la adopción en el proceso contencioso-administrativo de los requisitos de efectividad (calidad, rapidez y efecto suspensivo) y eficacia (accesibilidad real, disponibilidad, especialmente en el sentido de que su ejercicio no debe ser obstaculizado de manera arbitraria, tanto, por actos, interpretaciones, como por omisiones de las autoridades estatales), para el otorgamiento de la tutela cautelar, realizando una nueva aproximación interpretativa de los actuales presupuestos, requisitos y especificidades¹⁴⁷².

Las medidas cautelarísimas del art. 135 LJCA, con la LMAP necesita, como primer criterio, la especial urgencia, en relación con el art. 130 ya comentado. Exige y no siempre se cumple, la audiencia¹⁴⁷³ o comparecencia¹⁴⁷⁴ propiamente dicha que ha de ser de carácter contradictorio. Estas características de las cautelarísimas, llevan en el presente objeto de estudio a determinadas particularidades, que se concretizan en varios aspectos, i) el actuar de los Jugados de Instrucción de Guardia, y ii) las propias medidas urgentes solicitadas ante los propios órganos contencioso administrativos, repercutiendo y a su vez convergiendo ambos, en la medida cautelar de internamiento. Sobre esta última, se analizarán aspectos tan importantes, como la consideración o no, de domicilio respecto de los CIE y de las medidas de internamiento en los mismos de personas con enfermedades psiquiátricas o enfermedades contagiosas.

En igual sentido en este capítulo se analizará las medidas en supuestos de Vía de hecho, que con bastante frecuencia e intensidad encubierta se muestran en la práctica forense.

¹⁴⁷² Sin embargo, se ha de realizar la siguiente observación, en este caso negativo y contrapuesto a lo que se ha señalado. El CGPJ en el mes de marzo del 2020 publicó el Primer Documento de Trabajo Sobre Medidas Organizativas y Procesales para el Plan de Choque en la Administración de Justicia tras el Estado de Alarma. Secretaría General, de 7-04-2020, Plan de Agilización de la Actividad Judicial previsto en la Disposición Adicional Décimo Novena del Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19. Fundamentando su publicación en razones organizativas, como objetivo para evitar un colapso generalizado en la Administración de Justicia. En su punto 5.11, refleja las posibles medidas modificativas de las Medidas Cautelares, pp. 288 y ss., especialmente referidas al art. 135 LJCA. De su lectura, llama poderosamente su motivación, basado en la estadística del año 2019 y en la proyección de futuro a la cual curiosamente señala, que no se puede cuantificar por lo que genere la pandemia del COVID-19. En cuanto al fondo, propuesta de la modificación del art. 135 LJCA, es totalmente contraria a lo aquí analizado, es una propuesta de la modificación restrictiva y falta de las garantías dejando la decisión al libre arbitrio judicial, sin control y en el mejor de los casos con un control muy lejano y no efectivo. Finalmente, el resultado de dicho Primer Documento, hasta ahora ha sido la ya citada Ley 3/2020, de 18 de septiembre.

¹⁴⁷³ Nada dice el art. 131 LJCA sobre la forma de la "audiencia", oral o escrita. No cabe, en consecuencia, excluir que se traduzca en una comparecencia o vista análoga a la que está dispuesta para otros casos de medidas cautelares específicas o para procedimientos contencioso-administrativos singulares de tramitación temporal rápida (arts. 122 y 128.3 LJCA). En todo caso como he señalado *ut supra* podrá sujetarse al art. 437 y ss. juicio verbal LEC.

¹⁴⁷⁴ En este sentido como señala Teso Gamella, M. P., (2007). *Medidas Cautelares...*, op. cit., p. 176 "Debe citarse a la comparecencia a todas las partes interesadas, aunque todavía no estén personadas en autos."

Por último, se analizarán las medidas cautelares positivas, sus requisitos y reticencia para su adopción, así como aquellas medidas cautelares de inscripción de demanda en RCE y RMENA, las cuales también tienen un fuerte rechazo en la jurisprudencia y práctica diaria, señalando que no cumplen los requisitos establecidos en la norma para este tipo de medida, sin embargo, como se verá, se encuentra plena justificación normativa para su adopción y su efectividad, para las propias medidas cautelares de especial urgencia y el requerimiento que se realiza por el Acuerdo del CGPJ de 2007, en cuanto a justificar debidamente las causas de la inaplazabilidad, la que deberá igualmente aportar cuanta información sea relevante o le sea requerida sobre procedimientos o trámites que tengan conexión con el objeto de dicha solicitud.

3.3.2- El cauce procesal para la adopción de las medidas cautelares en el Derecho de Extranjería. El incidente cautelar.

La tramitación del incidente de adopción de medidas cautelares en la materia en estudio no dista de lo anteriormente dicho. Se tramita en pieza separada con audiencia de la parte contraria, que habrá de producirse en un plazo no superior a 10 días, y es resuelto mediante auto en los cinco días siguientes, tal como dispone el art. 131 LJCA. Si la Administración demandada no hubiera comparecido aún, la audiencia se entenderá con el órgano autor de la actividad administrativa impugnada. Dicha personación tendrá lugar con la remisión al órgano judicial del expediente administrativo, en aplicación del art. 50.2 LJCA.

En igual sentido las medidas cautelares en extranjería, incluidas las del art. 135 LJCA, podrán ser solicitadas en cualquier momento del proceso. Por otro lado, dado que la interposición del recurso contencioso administrativo, requiere en determinados supuestos, el agotamiento previo de la vía administrativa, (*ex art. 25 LJCA*), en la materia en estudio, como se ha señalado, no se tendrá en cuenta el citado artículo, atendiendo a las circunstancias de los hechos, es decir, no se tendrá que esperar necesariamente a ese agotamiento, cuestiones que la jurisprudencia¹⁴⁷⁵ ha interpretado señalando, que no existe obstáculo para la interposición del recurso contencioso administrativo, sin necesidad de agotar el procedimiento. Esto responde a la eficacia y efectividad que debe caracterizar a la tutela cautelar ante supuestos de especial urgencia. También, podrá interponerse frente aquellos actos administrativos que hubieran puesto fin a la vía administrativa¹⁴⁷⁶, en ambos supuestos, a través de un Otrosí cabrá la solicitud de medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo.

¹⁴⁷⁵ STS, Sala 3ª, Sec. 7ª, nº 6792/07, FD 5 y 6, reiterando el criterio seguido por otras sentencias anteriores, entre ellas, STS Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 4127/01 de 19-05-2001, Rec. 6222/96, donde se desarrolla y ratifica la doctrina allí citada en cuanto a la interpretación de la extemporaneidad por anticipación o inadmisibilidad de presentación de recurso por no agotamiento de los plazos. Niega la necesidad de agotar la vía administrativa, interponer recurso de alzada frente a la resolución denegatoria de entrada, antes de acudir a la vía contencioso-administrativa. Ello no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva y dentro de ella la cautelar, más que un obstáculo es una garantía. En este sentido, más reciente, STS Sala 3ª, Sec. 2ª nº 815/18, de 21-05-2018, Rec. 113/17, FD 4 y 5.

¹⁴⁷⁶ En este sentido se ha de recordar lo establecido en el art. 20 y 21 LO 4/00 y la Disposición adicional decimocuarta del ROLEX, referente a los Recursos, las resoluciones sobre concesión o denegación de visados, prórrogas de estancia o autorizaciones de residencia y de trabajo, sanciones administrativas y expulsiones de extranjeros pondrán fin a la vía administrativa. Se exceptúan las resoluciones sobre denegación de entrada y devolución, las cuales no agotan la vía administrativa (recurso alzada, véase cita anterior), así como los asuntos derivados de solicitudes de ciudadanos de la UE y sus familiares.

En los supuestos del art. 29 y 30 LJCA en relación con el art. 136.2 de la misma norma, la medida se solicitará antes de la interposición del recurso contencioso administrativo, tramitándose por el cauce del art. 135 LJCA, el cual debe ser visto, como se ha repetido muchas veces, en relación con Acuerdo del Pleno del CGPJ 2007, que modificó el art. 42.5 del Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales).

En cuanto a la legitimación, como se expuso, en unión del principio dispositivo, también conforman parte de los requisitos generales para la solicitud, modificación, revocación de medidas cautelares, destacándose que serán únicamente adoptables a instancia de parte. Corresponde a los interesados, terceros y asociaciones, ejercitar dicha acción (art. 129.1, 132.1, 135 y 136 LJCA).

En cuanto a la modificación, revocación durante el curso del proceso en la materia en estudio tampoco escapa a lo que señala el art. 132 LJCA, la autorización del juez a la modificación o revocación responde a si existe un cambio de las circunstancias en virtud de las cuales se hubiera adoptado. Si bien, no podrán modificarse por razón de los distintos avances que se fueran produciendo en el proceso respecto del análisis de cuestiones formales o de fondo que configuren el debate, ni en razón de la modificación de los criterios de valoración que el Juez o Tribunal aplicara a los hechos para decidir el incidente cautelar. Se introduce de esta manera en nuestro sistema, la cláusula *rebus sic stantibus*¹⁴⁷⁷ (sobre este aspecto seguidamente será analizado independientemente y su relación con la institución de la cosa juzgada).

El conocimiento de las solicitudes para la adopción de medidas cautelares se atribuye como se ya se dijo, al órgano competente que conoce del recurso principal, de conformidad con lo dispuesto en el art. 7 LJCA, pues aquéllas no son sino meras incidencias de este. Esta regla general, lleva como veremos, sus matizaciones¹⁴⁷⁸, en los supuestos de las medidas anticipadas del art. 135 y 136, ambos de la LJCA (también podrán ser los juzgados de Instrucción de Guardia en horario inhábil, o los juzgados de lo contencioso administrativo, que por turno de reparto corresponda o servicio de guardia que tenga establecido el decanato correspondiente). Estas particularidades que se analizarán seguidamente no tienen una uniformidad de solución, no siendo pacífico el debate. El resultado de esa controversia, hasta el presente, en sentido general es desfavorable para el justiciable extranjero vulnerable, al mermarse sus derechos y garantías a un acceso efectivo y eficaz a la jurisdicción, así como a un recurso cautelar efectivo.

3.3.3- La caución en las medidas cautelares de extranjería.

3.3.3-a) Consideraciones previas.

¹⁴⁷⁷ STC, Sala 1ª, nº 105/94, de 11-04-1994, BOE nº 117 de 17-05-1994, FJ 3-4, "El contenido de este tipo de resoluciones está constituido por medidas cuya subsistencia ha de mantenerse *rebus sic stantibus* y a ellas han de adaptarse". Ratificando esta doctrina la STS Sala 3ª, Sec. 2ª, nº 173/17 de 6-02-2017, Rec. 1168/16, FD 6.

¹⁴⁷⁸ Me refiero concretamente aquellos supuestos, donde los órganos jurisdiccionales se declaran incompetentes por razones de domicilio, o por razones del órgano emisor del acto administrativo. En todo caso, se produce una lesión a la tutela judicial efectiva, pues como se verá concurren razones de absoluta urgencia y necesidad, por lo que habrá de adoptar las medidas cautelares que se considere indispensables para evitar que el derecho señalado o el interés de la parte sufra un perjuicio irreparable. No existiendo previsión legal alguna al respecto en la LJCA. En este sentido Fernández Montalvo, R., (2000). *Las medidas cautelares en el proceso contencioso...*, op. cit., pp. 93-95.

La prestación de garantía, caución o contracautelas en la presente especialidad, también tiene sus características particulares. La simetría o equilibrio existente a nivel general, entre cautelas y contra cautelas, no se comporta en igual sentido en la presente disciplina como en el resto de las otras especialidades¹⁴⁷⁹. La medida cautelar puede originar perjuicios de distinta naturaleza al interés general o terceros, cuestión que como ya se ha analizado, generalmente no es así.

No es excesivo recordar, dos aspectos, por un lado, la doctrina históricamente ha señalado que la contracautelas guarda una relación de instrumentalidad negativa con la suspensión de la ejecución del acto administrativo y positiva con la sentencia principal, en cuanto asegura preventivamente la realización práctica del derecho al resarcimiento de los daños que encontrara su título en la resolución del principal, cuando este haya revocado la provisoria¹⁴⁸⁰, y por otro, que en lo que aquí nos ocupa, las medidas cautelares son solicitadas normal y generalmente contra actos administrativos que afectan al orden personal (en este caso a los extranjeros), donde el acto en sí, tiene que ver con los derechos subjetivos fundamentales, con la dignidad y con el libre desarrollo de la personalidad, por lo que, si la adopción de una medida cautelar está dirigida a garantizar la eficacia del recurso y la sentencia y así evitar los posibles riesgos o daños irreversibles o irreparables derivados del acto y de la duración de proceso judicial, hacen precisamente estas características y circunstancias que la caución sea de una u otra forma distintivas con el resto de especialidades.

Las garantías de caución o contracautelas van dirigidas a evitar o reducir los perjuicios que se puedan haber creado con la medida o bien para el caso de que no puedan ser evitados, asegurar en el futuro puedan ser resarcidos (en este sentido, su actual regulación en la LJCA, que con carácter general está en correspondencia con el propio de las medidas cautelares, no existe límites de aquellas respecto de las últimas, no existe monopolio de ningún tipo específico de garantía¹⁴⁸¹ art. 133.1, 133.2 LJCA).

A su vez con carácter general existen determinados presupuestos para la adopción de las garantías o cauciones, entre ellos, i) la determinación o existencia de perjuicios derivados de la medida cautelar, es decir, la propia medida cautelar adoptada condiciona la garantía, a partir de ello ii) la propia determinación normativa del art. 133.1 LJCA, “podrán acordarse”, (esto en relación con la denominada caución sustitutoria, art. 746 LEC), iii) la adopción de la medida cautelar será efectiva cuando se cumpla la prestación, constitución o acreditación en autos de la garantía determinada, iv) para ello deberá estar presente el principio de proporcionalidad, el cual esta intrínsecamente en el propio art. 133.1 LJCA, cuando señala el término “adecuadas”. Del estudio de dichos presupuestos conducen a determinar que no existe tampoco un automatismo en la decisión para la adopción de la garantía o caución.

El art. 133 LJCA señala que “podrá” exigirse la presentación de caución o garantía suficiente para responder de aquellas medidas que pudieran derivar perjuicios de cualquier naturaleza¹⁴⁸², se instrumenta como una carga procesal, *conditio iuris* de la eficacia de la propia medida cautelar en relación con el principio dispositivo, determinada

¹⁴⁷⁹ Téngase en cuenta que las formas de garantía en nuestro derecho son las que regulan los art.1854 y 1855 CC relativos a la garantía personal o fianza, la pignoraticia y la hipotecaria.

¹⁴⁸⁰ Calamandrei, P., (1945). *Introducción al estudio...*, op. cit., p. 65.

¹⁴⁸¹ Teso Gamella, M. P., (2007). *Medidas Cautelares...*, op. cit., p. 111.

¹⁴⁸² Sala Atienza, P., & Cadenas García, M. I., (2016). *Las Medidas Cautelares...*, op. cit., pp. 132-135.

finalmente por el juzgador en correspondencia con el principio de congruencia procesal y proporcionalidad/razonabilidad. Se convierte como se ha dicho en un aseguramiento preventivo, en una garantía del eventual derecho al resarcimiento de los daños, que podrá surgir, si en el juicio definitivo, la medida provisoria es revocada a favor de aquel contra quien ha sido ejercitada la acción cautelar. Por ende, como he citado *ut supra* tiene indistintamente ese carácter instrumental negativo y positivo, sin llegar a constituir un presupuesto, sino un requisito de garantía de cumplimiento forzoso¹⁴⁸³ y eficacia de la propia medida cautelar, que puede al final del proceso principal reducir a la baja de la intensidad del posible daño causado.

3.3.3-b) La caución en las medidas cautelares de extranjería.

Como bien establece el art. 133 LJCA, la caución podrá acordarse cuando se den las circunstancias en él previstas, el órgano jurisdiccional “podrá” exigir la prestación de caución suficiente. Tales circunstancias, nos remiten en la presente especialidad a la ya estudiada proporcionalidad/razonabilidad de los intereses generales y de terceros con la identidad/convergencia de los intereses individuales, esto relacionado a aquellos supuestos que lo permitan, de lo contrario como sucede por regla general, se prescinde de la contracautelas. Esto último responde a varias razones, en dependencia de las circunstancias que se concreten en el supuesto dado, pero fundamentalmente a que prevalece la convergencia de intereses comunes y los escasos perjuicios que la adopción de esta medida causa directamente a la Administración¹⁴⁸⁴, al interés general o a terceros.

Como se ha dicho mayoritariamente el daño irreversible se le causa al extranjero recurrente, al resto de interesados, incluso a terceros y a empleadores o transportistas, según el supuesto. En todo caso, ante este daño, al no existir obligación de caución por la Administración, dicho daño se ventilaría, como una posible responsabilidad patrimonial¹⁴⁸⁵ (ya sea de la propia Administración o de la Administración de justicia según el supuesto). No obstante, en circunstancias generales sería de aplicación el art. 133.3 LJCA.

Otra particularidad es la referida a que la Administración demandada generalmente no justifica, prueba o demuestra concretamente los daños o perjuicios causados a la misma. Por tanto, la exigencia de una supuesta y necesaria constitución de caución en la materia en estudio se hace excepcional. Puede ser, como veremos seguidamente, en determinados supuestos que se menoscabe el patrimonio de la administración, pero en todo caso, deberá ser misma quien acredite dicho daño y no alegarlos de forma hipotética y general.

De exigirse una caución desproporcionada, la tutela cautelar perdería su efectividad, sería un obstáculo insalvable para el recurrente, que materialmente le privarían así de la efectividad del recurso al que tuvo acceso y a la acción cautelar propiamente dicha. Es decir, se haría ilusoria al condicionarla a un requisito de garantía de difícil de

¹⁴⁸³ ATS Sala 3ª, Sec. 1ª, nº 832/89 de 4-11-1989, RJ 2.

¹⁴⁸⁴ STS Sala 3ª, Sec. 4ª, nº 3389/15 de 14-07-2015, Rec. 3670/14, FD 5, en similares términos Sec. 4ª, nº 2625/14 de 17-06-2014, Rec. 3155/13, FD 6. STSJ Región de Mur. Sala (Contencioso), Sec. 1ª, de 17-04-2019, nº 223/19, Rec. 62/19. No prestación de caución dados los escasos perjuicios que la adopción de esta medida causaría a la Administración.

¹⁴⁸⁵ Briones González, J., (2012). *La reparación por daños derivados de la justicia cautelar en el Derecho administrativo*. Pamplona: Thomson Civitas, pp. 125-138, 155-180.

cumplimiento¹⁴⁸⁶ (un derecho meramente teórico, ilusorio), se convertiría en uno de los obstáculos procesales mencionados, en una de las formas que puede manifestarse las trabas procesales, estando ello en contraposición con ese espíritu mencionado, de efecto eficaz y efectivo del recurso cautelar. Un botón de muestras de lo anterior, visto en sentido positivo, pueden ser las medidas cautelares, donde debido a su especial urgencia, no se hace efectiva la solicitud inicialmente de dicha caución. En fin, no cabe imponer mayores obstáculos al recurrente por su condición patrimonial o sus dificultades particulares para prestar determinados tipos de caución¹⁴⁸⁷.

Resumiendo, la caución en la especialidad en estudio tiene varias matizaciones, i) por un lado, el tipo de acto administrativo y sobre el sujeto que recaiga, ii) dificultad en la determinación de la cuantía patrimonial del daño, iii) la Administración demandada, no justifica, demuestra o prueba los daños o perjuicios, no individualizan, ni cuantifican, ni siquiera de forma aproximada los mismos, los cuales deben ser, necesariamente superiores a los que se derivarían de la inmediata ejecución de la medida¹⁴⁸⁸, iv) los terceros, como he venido sosteniendo, generalmente sus intereses están en correspondencia con el interesado.

En sentido general como señala GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, “*es este un tema, ciertamente, complejo sin desarrollo adecuado*”¹⁴⁸⁹, a ello agrego, con poco tratamiento doctrinal y jurisprudencial en la presente especialidad, por lo que se expondrá y fundamentará a continuación, es el resultado de la presente investigación. En todo caso, se parte para ello de los métodos referidos inicialmente que nos permiten arribar a las conclusiones que se dirán.

Al ser la garantía o caución una cuestión de *lege data*, ha de ser tenido en cuenta y se podrá adoptar en cualquier supuesto de la temática en estudio. Podrán adoptarse cuando de la medida cautelar se pudieran derivar perjuicios de cualquier naturaleza para el interés general o para terceros y pueden ser solicitadas, en estos casos, por los antes citados, debiendo estos últimos, acreditar los daños o perjuicios de cualquier naturaleza que pudieran derivarse hacia ellos, como consecuencia de la medida acordada. En este sentido, el órgano jurisdiccional también tiene un amplio margen de apreciación, donde debe valorar la conveniencia de establecer la garantía en cada caso, conciliando y ponderando de forma razonada todos los intereses que estén afectados en la contienda judicial y sean dignos de protección provisional, sin perder de vista, que la finalidad de la caución es evitar los perjuicios que se pudieran derivar de la medida cautelar.

En síntesis, de acuerdo con lo antes expuesto la aplicación del art. 133.1 LJCA exige para la presente materia realizar una valoración proporcionada y razonada de los siguientes requisitos: a) tipo de acto y sujeto, b) el posible perjuicio o daño al interés general o

¹⁴⁸⁶ González Pérez, J., (1992). *La reforma de la legislación procesal administrativa*. Madrid: Cuadernos Civitas, pp. 90-91.

¹⁴⁸⁷ STSJA, (Sede Málaga), Sala (Contencioso), Sec. 2ª, nº 86/18, de 22-01-2018, Rec. 580/16, FD 2 y 5.

¹⁴⁸⁸ STSJM, Sala (Contencioso), Sec. 10ª, nº 396/18, Rec. 216/18, FD 9; ATS Sala 3ª Sec. 3ª, Rec. 653/12, FJ 2. Ambas resoluciones judiciales destacan que el Abogado del Estado no pone de manifiesto circunstancias, datos o hechos que cualifiquen de alguna forma significativa los intereses generales afectados.

¹⁴⁸⁹ González-Varas Ibáñez, S., (2020). “Sexta Parte. Disposiciones comunes a los Títulos IV y V. Capítulo XLVII. Medidas cautelares...”, op. cit.

público¹⁴⁹⁰ en correspondencia y como consecuencia de la congruencia entre la medida cautelar solicitada, el acto impugnado, la convergencia o sinergia entre el interés general/individual (dificultad en la determinación de la cuantía patrimonial del daño), c) las posibilidades reales del recurrente de prestar una caución y la posición en la que quedaría en caso de exigirle que prestara esa caución en una forma determinada, convirtiendo a la caución, como una causa o traba de la efectividad del recurso de la medida cautelar, como un derecho meramente teórico e ilusorio dentro de la tutela judicial efectiva, d) determinar si los intereses de terceros también estarían afectados con la imposición de una caución, e) por último, todos ellos bajo el manto de la proporcionalidad.

De adoptarse por el juzgador la caución, sin que se realice su constitución, como *ut supra* señale, la medida cautelar queda sin efecto. A su vez el Auto que decrete la medida cautelar y la caución establecerá, la forma, cuantía y tiempo en que debe prestarse la misma¹⁴⁹¹.

No debe concebirse la contracautela como una extensión que coincida con el objeto fijado en expediente administrativo (de acreditarse en el mismo), o en la aportación documental que haga la Administración o tercero, al momento de contestar a la medida y solicitar la garantía¹⁴⁹². Por el contrario, la contracautela debe limitarse a una cuantificación plausible del riesgo, nunca de manera desproporcionada, en todo caso, como ya se ha dicho, que no sean obstáculos insalvables al recurrente, pues de lo contrario, sería otra forma de vaciar el contenido del derecho a la tutela cautelar. Esto nos reconduce a que la contestación u oposición de la administración o del tercero, ha de ser seria, que desvirtúe o desvalore los argumentos del solicitante con la prueba requerida, no con argumentaciones generales.

3.3.3-b-1) Formas de caución según tipo de actos y medidas.

Se mencionó en la Segunda parte del presente trabajo, la clasificación de las medidas cautelares en correspondencia con el tipo de acto, dentro de ellas se clasificaron las personales, las coercitivas que afectan a la propiedad, económicas o patrimoniales, transportistas (art. 54.2 LOEX), empleadores que realizan contrataciones ilegales (art. 53.2- a) y 54.1-f LOEX), embargo preventivo de bienes, rentas, depósitos, retención o inmovilización de cosa mueble, intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita. Sobre estas últimas, existe definitivamente un contenido económico, se podrá solicitar y adoptar caución, siempre y cuando la misma no sea desproporcionada, convirtiéndose como se ha mencionado en un obstáculo para la consolidación de la medida. En todo caso, siempre se han de tener presente los arts. 1854, 1855 (fianza legal y judicial) del CC, así como el art. 529.3.II LEC.

Cosa bien distinta es que se pretenda solicitar cauciones encubiertas, con ánimo recaudatorio, o con ánimo de no hacer efectiva la tutela cautelar, digamos (p. ej.), una medida cautelar positiva de autorización provisional para trabajar, que se solicite como caución o garantía, como término adecuado la cuantía del doble del SMI. En el supuesto

¹⁴⁹⁰ ATS, sala 3ª, sec. 4ª, nº 2446/20, de 20-04-2020, rec. 91/20, RJ 4-b).

¹⁴⁹¹ Sala Atienza, p., & Cadenas García, M. I., (2016). *las medidas cautelares...*, op. cit., pp. 135, 138.

¹⁴⁹² Aunque como señala Teso Gamella M. P., (2007). *Medidas Cautelares...*, op. cit., p. 119 “*se considera adecuada la caución que consiste en el importe de la sanción cuya ejecutividad se suspende, pues la garantía—caución— ha de ser proporcionada a la medida cautelar — suspensión de la sanción de cuantía económica por realización de obras ilegales—*. Y la jurisprudencia allí citada.

mencionado no existe ningún daño al interés general, más todo lo contrario, se contribuye al mismo, a través de la cotización a la seguridad social, por lo que sería una medida totalmente desproporcionada. A estos supuestos es de aplicación los criterios generales antes citados y el recurrente que se beneficia en el proceso de la cautelar no tiene el riesgo de tener después que pagar todos los daños derivados de la ejecución del acto¹⁴⁹³.

3.3.3-b-1-a) Cauciones ante medidas cautelares personales.

En los supuestos de medidas cautelares personales, que afecten a determinados derechos fundamentales, como vida privada y familiar, educación obligatoria de menores, entre otros, al ser complejo la determinación cuantitativa dineraria de la afección, esta dificultad se hace extensiva a la determinación de una caución. Concretamente, en lo relativo al art. 53.1.a), actualmente, tampoco se debe solicitar, en dichos procedimientos sancionadores de expulsión, una caución dineraria, debido al cambio de criterio jurisprudencial (STJUE de 23-04-2015, asunto Zaizoune, no cabe la sanción de multa), por lo que, no se deberá alegar por la Abogacía del Estado, que implica un detrimento para las arcas públicas.

Similar suerte deben correr los supuestos de las obligaciones positivas, deberá en todo caso la Administración acreditar el posible perjuicio causado, partiendo de la obligación del Estado del deber garantizado, consistiría en el importe pecuniario de la financiación pública efectivamente dada para el cumplimiento de la obligación positiva concreta al recurrente concreto; importe que, junto con los correspondientes intereses, tendría derecho a recuperar la Administración demandada en caso de desestimación del recurso contencioso-administrativo. Por tanto, ha de cumplirse lo ya señalado, el deber de la administración, como parte en el proceso, de aportar los datos que permita conocer cuál es el importe de la financiación que recibiría el demandante durante todo el tiempo del cumplimiento de la obligación positiva.

Dentro de estas mismas medidas cautelares de carácter personal, se pueden adoptar a partir de procedimientos sancionadores graves y muy graves, que tienen contenido económico, (tenemos aquellas relacionadas con contraer matrimonio, simular relación afectiva análoga o constituirse en representante legal de un menor, cuando dichas conductas se realicen con ánimo de lucro, (art. 53.2-b LO 4/00), promover la permanencia irregular en España de un extranjero, cuando su entrada legal haya contado con una invitación expresa del infractor y continúe a su cargo una vez transcurrido el período de tiempo permitido por su visado o autorización (art. 53.2-c LO 4/00), en este caso, para poder graduar proporcionalmente la caución, se ha de partir del propio contenido de la ley, se tendrán en cuenta las circunstancias personales y familiares concurrentes. También podrá ser objeto de caución, aquellas en que el sujeto o persona consienta la inscripción de un extranjero en el Padrón Municipal por parte del titular de una vivienda habilitado para tal fin, cuando dicha vivienda no constituya el domicilio real del extranjero, siempre que se realice con ánimo de lucro (art. 53.2- d) y 54.1-e). En igual sentido aquellos supuestos del art. 54.1-b) LO 4/00, en cuanto a inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español o su permanencia en el mismo.

3.3.3-b-1-b) Cauciones ante medidas cautelares personas jurídicas.

¹⁴⁹³ Briones González, J., (2012). *La reparación por daños derivados...*, op. cit., pp. 125-138, 155-180.

En el caso de personas jurídicas, transportistas o empresarios/empleadores, se deben tomar como criterios indicadores para la determinación de la caución de forma proporcionada varios índices de acuerdo con las actividades concretas y los tipos de actos que se pretenden suspender.

En el caso de las personas jurídicas dedicadas al transporte y transportistas individuales, se ha de tener en cuenta entre los indicadores para poder determinar una caución, tipo de infracción cometida, suspensión de sus actividades, inmovilización del medio de transporte utilizado. En el caso de transportistas aéreos se debe tener en cuenta el Reglamento (CE) No 1008/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24-09-2008, sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Comunidad (versión refundida, DOUE 293/3 de 30-10-2008, operaciones según los tipos de aeronaves masa máxima al despegue), así como aquellas regulaciones para el transporte terrestre y marítimo, donde se recoge las formas de licencias de explotación de buques, autobuses etc., (número de asientos, pruebas de buena reputación, cuentas auditadas, documentos financieros y contables internos más recientes que demuestren la capacidad financiera, entre otros). En estos supuestos se ha de tener en cuenta, el derecho a ser oídos de acuerdo con las alegaciones correspondientes.

En el supuesto de empresarios/empleadores que realicen contrataciones ilegales, al momento de la determinación de la caución, se ha de tener en cuenta, total de trabajadores contratados, periodo de tiempo de la contratación ilegal, cuantía y periodos de tiempo dejados de cotizar a la seguridad social, entre otros factores.

3.3.4.- Modificación. Revocación. Nuevas circunstancias.

Los estrechos y restrictivos límites en que aparece configurada la posibilidad de modificar o revocar las medidas cautelares responde al art. 132 LJCA en relación con el art. 736.2 LEC “*cambio de circunstancias*” y el art. 9.3 CE. La regla general, su irrevocabilidad, excepcionalidad de la modificación y revocación, principio de inmutabilidad, tanto para las medidas concedidas, como denegadas¹⁴⁹⁴.

Estos criterios generales responden, a cinco razones fundamentales, i) por las propias características de las medidas cautelares, su temporalidad/provisionalidad/variabilidad, estará en vigor hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en el que se hayan acordado, o hasta que éste finalice por cualquiera de las causas previstas en la Ley, es decir, la propia estabilidad de la decisión adoptada, cuando siguen siendo las mismas las circunstancias en que se basó la decisión, ii) cambio de circunstancias propiamente dichas, en virtud de las cuales se hubiera adoptado, por la sencilla razón, que el sentido y cambio de circunstancias, debe y está determinado en relación con el art. 130 LJCA, su modificación también está condicionada y determinada, por la no pérdida de la finalidad legítima del recurso), iii) por la institución de la cosa juzgada¹⁴⁹⁵, la naturaleza

¹⁴⁹⁴ Ello como señala Campos Sánchez-Bordona, atendiendo al principio de analogía. Campos Sánchez-Bordona, M., (2010) “Comentario Artículo 130”, op. cit., SP/DOCT/5240, recuperado 5-04-2018. En este sentido ATS Sala 3ª, Pleno, nº 240/07, Rec. 47/06, con relación al principio dispositivo.

¹⁴⁹⁵ Chinchilla Marín, M. C., (1991). *La tutela cautelar...*, op. cit., pp. 61-63. STC, Sala 1ª, nº 105/94, FJ 3. STS Sala 3ª, Sec. 2ª, nº 173/17, Rec. 1168/16, FD 6. Ambas sentencias ratifican los matices de la cosa juzgada en materia de medidas cautelares, tales matices sólo operan en relación con el principio *rebus sic stantibus*, de manera que la modificación o revocación de dichas medidas sólo podría acordarse si cambiaren las circunstancias en virtud de las cuales se hubieran adoptado. En este sentido también se ha de tener presente el art. 207.3 de la LEC en cuanto a que las resoluciones firmes pasan en autoridad de cosa

instrumental y provisional de las medidas cautelares, excluye que la decisión adoptada, accediendo a la suspensión o a cualquier otra medida cautelar produzca efectos de cosa juzgada. Opera la modificación en relación con el principio *rebus sic stantibus*, y la *potestas variandi* de la Administración lo cual hace que la medida cautelar no es definitiva, ni irreformable, iv) por el principio dispositivo en vigor en el incidente cautelar, la mera voluntad del solicitante de la medida acordada ha de determinar su cese, si así lo insta¹⁴⁹⁶, v) el principio de seguridad jurídica, que dota de estabilidad la decisión adoptada, cuando siguen estando las mismas las circunstancias en que se basó la primera decisión. Estas razones, tienen estrecha relación, como veremos más adelante, con las propias particularidades de la materia en estudio, el dinamismo del derecho de extranjería, así como con la sentencia y la parte ejecutiva de la misma.

Como señala el art. 132.2 LJCA las medidas cautelares adoptadas no podrán modificarse por razón de los distintos avances que se fueran produciendo en el proceso, respecto del análisis de cuestiones formales o de fondo que configuren el debate¹⁴⁹⁷, ni en razón de la modificación de los criterios de valoración que el Juez o Tribunal aplicara a los hechos para decidir el incidente cautelar. Punto neurálgico interpretativo es lo referido a que si durante el transcurso del proceso se produce un incremento o descenso de la intensidad de la apariencia de buen derecho del demandante. Ante esta situación la doctrina y jurisprudencia predominante señalan que el tribunal no podrá fundar una modificación de la medida cautelar bajo estas circunstancias, antes denegadas¹⁴⁹⁸.

Respecto a lo anterior (rigidez del art. 132.2 LJCA), entiendo no está en plena correspondencia con la naturaleza jurídica del art. 24.1 CE, en relación con art. 13 del CEDH y art. 47 CDFUE. En este sentido, como señala TESO GAMELLA, la falta “permeabilidad” del art. 132.2 LJCA es necesaria para que exista sintonía entre los avances del principal y su incidencia en el proceso cautelar¹⁴⁹⁹.

A lo anterior ha de agregarse que la denegación de la medida cautelar al no generar efecto de cosa juzgada puede reproducirse su petición, alegando no sólo nuevos hechos o circunstancias, por lo que la virtualidad de la limitación negativa del art. 132 LJCA, en

juzgada aspecto que es importante destacar desde este momento en relación con el art. 132 LJCA y la vigencia de las medidas y su concurrencia o paralelismo con la ejecución provisional de la sentencia, aspectos que desarrollare más adelante.

¹⁴⁹⁶ ATS Sala 3ª, Pleno, nº 240/07, Rec. 47/06, RJ 7. En este complejo auto precisa la regla general de inalterabilidad del art. 132 al ser una cláusula de protección del beneficiario de la medida cautelar frente a quienes estuvieran interesados en su revocación o modificación, que deja de tener sentido cuando es el propio beneficiario de la tutela cautelar quien solicita su atenuación o revocación. Vid. notas 813 y 1377 y Rodríguez-Arana Muñoz, J., (2007). “El interés general en el levantamiento...,” op. cit.

¹⁴⁹⁷ Repercuten en la especialidad en la que se realiza la presente investigación los supuestos de silencio administrativo de carácter negativo, donde el interesado interpone recurso y solicita medida cautelar, la cual es concedida, luego la Administración resuelve atendiendo a su obligación, dictando resolución expresa de un acto de contenido negativo, denegatoria de la pretensión. Ha existido un mal actuar de la administración, un incumplimiento de su obligación de resolver en plazo. De procederse a la modificación de la medida adoptada inicialmente sería una modificación en razón de los distintos avances que se van haciendo durante el proceso. No debería en estos supuestos prosperar la modificación de las medidas, ello no es un cambio de circunstancia. Prevalece el principio de seguridad jurídica. Cuestión distinta es el avance dinámico del Derecho de Extranjería el que no se debe confundir con el avance del proceso. El avance dinámico puede influir en el proceso principal, las partes podrán ampliar el recurso contencioso-administrativo, conforme al art. 36.1 LJCA.

¹⁴⁹⁸ STS, Sala 3ª, Sec. 2ª, nº 1668/16 de 7-07-2016, Rec. 3454/14, FD 2, párrafo 10-14.

¹⁴⁹⁹ Teso Gamella, M. P., (2007). *Medidas Cautelares...*, op. cit., p.150.

cuanto a la prohibición del mismo de la modificación o revocación de la medida según los avances del proceso, no sería de aplicación en los supuestos denegatorios ya que tal limitación se refiere a las medidas adoptadas, no a las denegadas.

Lo anterior nos vuelve a conducir irremediamente a la no observación dinámica de la operatividad del Derecho Administrativo de Extranjería, entendido como se dijo, en ese derecho dinámico, donde el objetivo del interés general se identifica, converge generalmente con los intereses individuales, se logra un equilibrio dinámico (está determinado por su fin y el fin del extranjero, integrarse en la sociedad). Ello, no debe confundirse con el avance jurídico del proceso, ni con prejuzgar el fondo del asunto que vincula al juez, dicho de otra forma, el derecho dinámico de Extranjería, puede traer consigo durante el tiempo de la tramitación del proceso, un nuevo derecho (cambios legislativos, Reglamentos o Directivas del DUE, o Directivas existentes al momento de los hechos o una nueva jurisprudencia del TJUE o cuestiones prejudiciales pendientes de resolver, que al momento de dictar la resolución administrativa, no estaban presentes), que puede influir y determinar, cambios de circunstancias en la medida adoptada, es decir un *fumus boni iuris*. Estos cambios, pueden ser positivos o negativos para las partes, nuevas circunstancias de índole jurídica o cambios de criterios jurisprudenciales, que a su vez pueden generar nuevas cuestiones de índole fáctica o de hechos, las cuales determinan esa modificación.

Lo dicho, nos coloca ante la siguiente interrogante ¿cómo interpretar las nuevas circunstancias, ese derecho dinámico, ante la doctrina general antes señalada de excepcionalidad de modificación de las medidas cautelares?

Para poder dar respuesta a lo anterior se ha de tener en cuenta, que no se debe confundir, la modificación de una medida cautelar, con la solicitud nuevamente de una medida que anteriormente había sido denegada, es decir, una solicitud *ex novo*. Ambos supuestos, bajo el influjo de nuevas circunstancias, en una nueva intensidad del *fumus boni iuris* o ante nuevas circunstancias de índole fáctico o de hechos. Ambas situaciones llevan soluciones diferentes.

En lo que se refiere a la modificación o revocación de la medida existente, ha señalado la jurisprudencia más actualizada¹⁵⁰⁰, que para que se produzca la misma, es necesario un análisis sobre la naturaleza de las nuevas circunstancias, que permiten ese cambio en la decisión cautelar previamente adoptada, pero el criterio generalizado, como se señaló *supra*, es que el juicio inicial sobre medidas cautelares no puede ser modificado por

¹⁵⁰⁰ STS Sala 3ª, Sec. 2ª, nº 1790/18, de 18-12-2018, Rec. 481/17, FD 2-4, (*mutatis mutandis*, respecto al fondo consistente en la suspensión de la liquidación del Impuesto), señala el TS que se está ante una medida cautelar de suspensión denegada por la Sala *a quo*, mediante auto, en el mismo sentido en que ya lo había sido antes, pero que el fundamento esencial de la decisión de estimar los recursos de casación reside en el *fumus boni iuris* en relación con la adecuación al DUE. Concretamente en el FD 3 punto 3 señala, “... la necesidad esencial y primaria, propia de toda medida cautelar, de preservar la finalidad legítima del recurso y prevenir su desaparición nos impide acotar, en términos absolutos, tal límite interpretativo, descartando de plano que haya datos o elementos sobrevenidos de orden jurídico que pudieran afectar concluyentemente al enjuiciamiento cautelar. Ello depende en buena medida de la naturaleza más o menos intensa o intervencionista de la potestad ejercitada, de la intensidad con que juegan en cada caso, materia o acto, las presunciones administrativas; o, en fin, de la propia índole del factor jurídico que haya de tenerse en cuenta: así, (p. ej.), sería razonable adoptar una medida cautelar antes denegada para acceder a la suspensión cautelar de una sanción en presencia de una norma legal sobrevenida más favorable al sancionado”.

aplicación del “*fumus boni iuris*”¹⁵⁰¹. La naturaleza de esos nuevos datos o circunstancias de contenido fáctico o de hechos, de orden jurídico o de derecho y la concurrencia del *fumus boni iuris*, estarán estrechamente relacionados con el motivo inicial de la medida, pero no generarán en su contenido un cambio de calado sobre aquella. Estos puestos en conocimiento del órgano jurisdiccional, pueden procurar la reforma o revocación de la medida adoptada¹⁵⁰², pero de acuerdo con los presupuestos existentes, a pesar del profundo contenido que puedan tener esas nuevas circunstancias para la modificación, ha de prevalecer la necesidad esencial y primaria, propia de toda medida cautelar, la preservación de la finalidad legítima del recurso, prevenir su desaparición. No obstante a ello, no se debe descartar de plano y de forma absoluta de acuerdo con la interpretación antes dada al art. 130 LJCA, (previsibilidad), que haya datos o elementos nuevos de orden jurídico que pudieran afectar concluyentemente al enjuiciamiento cautelar, vuelve así a recobra fuerza, la intensidad del *fumus boni iuris*.

No es que sea un nuevo enjuiciamiento de la cuestión, haciendo valer razones que no se alegaron en su momento, o se utilice para cuestionar la corrección de la medida adoptada, o se hagan valer circunstancias que ya estaban presentes y existían entonces, sino, que es preciso, como señala el precepto, y como he señalado, que sean circunstancias nuevas, concurrencia de nuevos datos, tantos, de contenido fáctico o de hecho y de derecho, que puestos en conocimiento del juzgador puedan procurar la reforma o revocación de la medida. En definitiva, coincidiendo con TESO GAMELLA, esta “*incomunicabilidad entre ambos procesos*”¹⁵⁰³ debe ser superada pudiéndose adoptar una decisión más atinada sobre la tutela cautelar.

En cuanto a la solicitud *ex novo*, respondiendo también a la aparición de nuevas circunstancias, de nuevos elementos facticos de hecho y derecho o una nueva intensidad del *fumus boni iuris*, a diferencia de la anterior, es que en este supuesto se parte de la existencia de una medida cautelar previamente denegada. La interpretación del cambio de circunstancias, alcanza el mismo grado e intensidad que la anterior, con la única condición, como se ha dicho, es una solicitud totalmente nueva, tanto, dichas circunstancias fácticas o de hechos, como circunstancias jurídicas o derecho, que evidentemente tendrán relación o conexión con las anteriores, serán totalmente nuevas para el juzgador, que se tramitaran en ese nuevo incidente cautelar, no debiendo tener la presente decisión conexión material con la anterior (imparcialidad, no contaminación del juzgador con la decisión anterior), aunque evidentemente tendrá la conexión necesaria con el proceso principal. En todo caso, esa nueva solicitud, bajo el eje rector del *periculum in mora*, atendiendo a la exégesis del art. 130.1 LJCA (finalidad legítima del recurso), agregándose la previsibilidad, no tendría ninguna influencia el art. 132 LJCA. En definitiva, se determinará si estas nuevas circunstancias pueden influir decisivamente en el mencionado riesgo de pérdida de finalidad del recurso y sentencia, y así adoptar la correspondiente medida. De concurrir dichas circunstancias, es viable la adopción de la nueva medida cautelar solicitada, ante la existencia de una solicitud ya denegada.

Ante estos dos supuestos, modificación/revocación y solicitud de una nueva medida tras una ya denegada, ambas bajo la aparición de nuevas circunstancias dinámicas con intensidad suficiente del *fumus boni iuris* (Derecho Administrativo dinámico de

¹⁵⁰¹ Teso Gamella, M. P., (2007). *Medidas Cautelares...*, op. cit., p.151.

¹⁵⁰² STS Sala 3ª, Sec. 2ª, nº 3390/12 de 17-05-2012, Rec. 3439/11, FD 3.

¹⁵⁰³ Teso Gamella, M. P., (2007). *Medidas Cautelares...*, op. cit., p.151.

Extranjería, en sentido positivo), sin dejar de apreciar el carácter instrumental positivo-negativo del mismo (lo que en un momento pudo ser positivo, en otro, puede ser negativo, nuevos datos o circunstancias jurídicas que contradigan, enerven o neutralicen ese *fumus*), ha de prevalecer este, con la intensidad que lleve y adoptar la medida más ajustada a derecho. Nada impide apreciarlo e interpretarlo de tal manera y adoptar la medida. Para sostener lo dicho, traslado al presente, los argumentos antes expuestos en cuanto al *fumus*, así como la propia naturaleza jurídica de las medidas cautelares y sus características, su provisionalidad/temporalidad y el propio valor axiológico del sistema jurídico en su integralidad respecto a la materia tratada (interpretación de acuerdo con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicado y fundamentalmente al espíritu y finalidad de las normas vigentes). Un reflejo de lo anterior es la diferencia interpretativa entre RDL 11/2018 de 31-08-2018 proceso de acceso y movilidad estudiantil, así como su incorporación al mercado de trabajo, proyecto de emprendedores, contrapuesto ese dinamismo a las solicitudes de arraigo, si el empleador pertenece al sector agrario. Ello trae como consecuencia, que las formulas generales antes citadas, no pueden ser trasladadas mimética y automáticamente a la presente materia e incluso dentro ella misma, requiere de un análisis individualizado.

3.3.5- Cautelarísimas. Procedimiento. Interpretación y aplicación en el derecho de extranjería.

3.3.5.1- Consideraciones previas.

Se ha venido señalando a lo largo de este trabajo lo relativo a que la medida cautelarísima del art. 135 LJCA no cumple los requisitos del art. 24 CE, art. 13 del CEDH y art. 47 CDFUE, así como los señalamientos realizados por el TEDH al respecto¹⁵⁰⁴.

Las medidas cautelarísimas¹⁵⁰⁵, medidas provisionalísimas¹⁵⁰⁶ o precautelares reguladas en el art. 135 LJCA no tienen antecedentes en la LJ de 1956¹⁵⁰⁷. Su precedente y

¹⁵⁰⁴ Barcelona Llop, J., (2017) “El artículo 135 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el Convenio Europeo...”, op. cit. pp. 1495-1511.

¹⁵⁰⁵ Calonge Velázquez, A., (1999). “Medidas cautelares de urgencia...”, op. cit., pp. 1847-1850. Ya en el año 1994 el autor había publicado “Primera decisión jurisprudencial sobre medidas cautelares “provisionalísimas”. Un paso más en la crisis de la ejecutividad de los actos administrativos. Comentario al Auto del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 1993, Sala Tercera”. *Poder Judicial*, (nº 33), pp. 465-477. Sala Arquer, J. M., (1999). “La adopción de medidas cautelares con carácter urgente”. *Revista de Derecho Administrativo*, (nº 1 extraordinario, dedicado a: Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), pp. 205-214. Lafuente Benaches, M., (1994). “Ampliación de las medidas cautelares: la aplicación del artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al proceso contencioso-administrativo (Auto del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 1993). *Revista General de Derecho*, (nº 596), pp. 4983-4991. Requero Ibáñez, J. L., (1994). “Las medidas cautelares “provisionalísimas” en el proceso Contencioso-Administrativo. Comentario al ATS de 2 de noviembre de 1993”. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, (nº 132), pp. 9-13.

¹⁵⁰⁶ Sanz Gandásegui, F., (1995). “¿Medidas provisionalísimas en el proceso contencioso administrativo? ...”, op. cit., pp. 183-201. Rodríguez-Arana Muñoz, J., (1998). “Comentario a los artículos 133 a 135 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998”. *REDA*, (nº 100), pp. 886-890.

¹⁵⁰⁷ En la Ley de 1956 no existía la figura jurídica, su construcción jurisprudencial más próxima era las denominadas medidas cautelares provisionalísimas. Estas medidas respondían a la necesidad de que, en tanto, se tramitaba la pieza separada de medidas cautelares fuese posible acordar la suspensión del acto administrativo a la espera de lo que se resolviese al finalizar el incidente sobre la expresada suspensión.

evolución¹⁵⁰⁸ normativa más remota lo encontramos en el art. 129.2 del Proyecto de 1995¹⁵⁰⁹. Con la misma redacción pasó al Anteproyecto de 1997 y se mantuvo en el Proyecto remitido a las Cortes el 18-06-1997¹⁵¹⁰. En estos antecedentes hay que tener en cuenta la influencia del DUE en aquel momento¹⁵¹¹, así como del art. 56.6 LOTC¹⁵¹² y art. 730 LEC.

Como es conocido que el texto actual al igual que sus predecesores, tiene tres características fundamentales, i) un carácter provisional muy limitado en el tiempo, ii) la ausencia inicial del trámite de audiencia¹⁵¹³ y iii) la especial urgencia¹⁵¹⁴, (todos vienen sosteniéndose desde la promulgación de la LJCA en 1998 y en sus dos modificaciones parciales, Ley 13/2009 de 3-11-2009 y la Ley 37/2011 de 10-10-2011, LMAP).

La especial urgencia es la clave de bóveda de estas medidas, es un presupuesto habilitante¹⁵¹⁵ esencial, lo que requerirá su análisis de forma individual. Otra cuestión es el fondo de dicha especial urgencia y su solicitud¹⁵¹⁶. Al respecto la materia en estudio es cuestionada por la jurisprudencia y por parte de la doctrina científica, refiriéndose concretamente, a si el uso de esta medida se realiza de forma abusiva, mala fe, abuso de

¹⁵⁰⁸ González-Varas Ibáñez, S., (2020). “Sexta Parte. Disposiciones comunes a los Títulos IV y V. Capítulo XLVII. Medidas cautelares...”, op. cit. Santamaría Pastor, J. A. (2010). *La Ley reguladora de la Jurisdicción...*, op. cit., pp. 1320 y ss. Sala Arquer, J. M., (1999). “La adopción de medidas cautelares...”, op. cit., pp. 205-214. Bacigalupo Saggese, M., (1999). *La nueva tutela cautelar en el Contencioso-Administrativo...*, op. cit., pp. 42-43. Castillo Blanco, F. A., (1998). “La nueva regulación de las medidas cautelares...”, op. cit., pp. 281-320.

¹⁵⁰⁹ El mismo establecía: “*Abierta pieza separada, y siempre a instancia de parte, el Juez o la Sala, previa audiencia de la Administración demandada por plazo de tres días, podrán acordar mediante auto las medidas indispensables para asegurar la efectividad del acuerdo de suspensión que pudiera, en su caso, adoptarse...*”.

¹⁵¹⁰ Informe del CGPJ al Anteproyecto, pp. 84-85. El Proyecto de 1995 art. 129.2, también hacía referencia ello. Con la misma redacción pasó al Anteproyecto de 1997 y se mantuvo en el Proyecto remitido a las Cortes el 18-06-1997. En este sentido ver Dictamen del Consejo de Estado 1125/1997, de 29 de mayo.

¹⁵¹¹ Recomendación del Consejo de Ministros del Consejo de Europa de 13-09-1989, sobre protección jurisdiccional en materia de justicia administrativa, donde se refiere expresamente la posibilidad de que, en casos de urgencia, el proceso en que se acuerden las medidas cautelares no sea contradictorio. Ver primera parte de este trabajo el art. 160.7 del RPTJUE previenen la posibilidad de adoptar medidas cautelares provisionales.

¹⁵¹² AATC, Pleno nº 16/19, de 12-03-2019; Sala 1ª nº 213/09, de 12-03-2009 y toda la jurisprudencia en ellas citadas.

¹⁵¹³ STC Pleno, nº 14/92 de 10-02-1992, BOE nº 54 de 3-03-1992, FJ 7. Legítima desde mucho antes de 1998 la adopción de medidas cautelares *inaudita parte debitoris*.

¹⁵¹⁴ Roig Mateo, B., (2010): “Las medidas cautelares en la Ley de 13 de julio de 1998, reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Especial referencia a las medidas cautelares *inaudita parte*”. *Revista CEFLEGAL*, (nº 114), pp. 45-66. Señalando concretamente que la especial urgencia es un concepto jurídico indeterminado, cuya determinación, límites y alcance, deberán ser fijados por los tribunales a fin de dispensar o intentar dispensar un trato jurídico idéntico a situaciones análogas.

¹⁵¹⁵ Conde Martín de Hijas, V., (1999). “Las medidas cautelares”...op. cit. p. 603. Tornos Mas, J., (1999). “La tutela cautelar en sectores específicos del Derecho Público...”, op. cit., p. 228.

¹⁵¹⁶ ATC Sec. 2ª, nº 48/04 de 12-2-2004, no define la especial urgencia, señalando que ello corresponde a los órganos jurisdiccionales ordinarios. En este sentido ha sido el TS quien como se expondrá seguidamente, ha definido el citado concepto. Sin embargo, si deja claro el TC el necesario cumplimiento de la tutela judicial efectiva, el acceso al órgano jurisdiccional y su solución. Cuestiones que como veremos presenta disfunciones y defectos procesales de orden público que se presentan con frecuencia en a la presente especialidad.

derecho, en fraude de ley generando una cierta desfiguración del esquema y fines de la misma, ya que en realidad su utilización es a menudo masiva, encubriendo de tal forma el deseo de acelerar el proceso general de medidas cautelares¹⁵¹⁷, por lo que, (p. ej.), “*inmediatez de la expulsión*” es algo excesivo. Cuestiones que como he citado¹⁵¹⁸ y veremos, no se comportan de esa manera. Lo anteriormente dicho coincide con el mismo enfoque dado respecto a la *ex Ley 62/78* -su utilización como instrumento jurídico por parte de los extranjeros su uso excesivo y la notoria multiplicación de procesos interpuestos por dicho cauce ponían en peligro real, con perjuicio grave, el interés general de la ejecución del acto-. Por ello, desde ahora me remito a lo allí expuesto (capítulo iv, punto 4.3 primera parte), ya que las consideraciones realizadas son en sentido general totalmente aplicable a la presente cuestión, aspectos a los que más adelante también me referiré, agregando otros razonamientos. No obstante, es de señalar, que no se llega a comprender bien el alcance de dichos criterios, ya que como hemos visto, la urgencia ostenta en la materia en estudio una singular importancia, que por demás y de manera general ha sido reconocida por los órganos jurisdiccionales internacionales y regionales.

La especial urgencia, junto a la instrumentalidad de la medida cautelar hace en los procesos de extranjería una “nota esencial”¹⁵¹⁹, de suma trascendencia, que de forma evidente es y deberá seguir siendo un presupuesto, un requisito habilitante de procedibilidad a tener en cuenta, cosa distinta es su interpretación proporcional y racional. El órgano judicial en los dos momentos del *iter* procesal del art. 135 LJCA (juicio sobre la especial urgencia en sí mismo y en el juicio de concurrencia del resto de los presupuestos materiales, art. 130 LJCA¹⁵²⁰), deberá determinar la conveniencia y oportunidad de adoptar la medida cautelarísima, como garantía y seguridad jurídica de la tutela cautelar efectiva y eficaz, basada en la previsibilidad.

Las medidas cautelarísimas definidas en el art. 135 LJCA, desde su surgimiento normativo hasta el presente, han tenido un grupo de características significativas, las cuales tienen un alcance¹⁵²¹ determinado, distinguiéndose sobre todas ellas, su provisionalidad. Estas características se han de tener en cuenta para poder más adelante comprender a través de ellas y de su comportamiento, como han de ser interpretadas las mismas de manera específicas dentro de la presente especialidad. Entre dichas características destaco las siguientes:

1.- Se pueden solicitar en cualquier estado del proceso (las circunstancias de especial urgencia pueden surgir en cualquier momento).

¹⁵¹⁷ Palomar Olmeda, A., (2017). “Medidas Cautelares...”, op. cit. p. 909.

¹⁵¹⁸ Vid. notas 736, 738, 1471, sobre Memoria Anual 2018 del CGPJ y los Informes sobre la Justicia Administrativa 2016-2020. De los análisis comparativos de las estadísticas y de los citados informes arrojan otros resultado, no existe ese tal exceso y abuso de derecho.

¹⁵¹⁹ Chinchilla Marín, C. M., (1991). *La tutela cautelar...*, op. cit., pp. 36.

¹⁵²⁰ Sala Arquer, J. M., (1999). “La adopción de medidas cautelares...”, op. cit. pp. 211-213. El autor señala como la jurisprudencia va definiendo que para la apreciación de la urgencia por el órgano jurisdiccional debe entenderse condicionada a la existencia del resto de presupuestos del art. 130 LJCA. Esto pasa a hacer parte integrante del art. 135.1-a) LJCA en la reforma del 2011.

¹⁵²¹ Sala Sánchez, P., Xiol Ríos, J. A., & Fernández Montalvo, R., (2013). *Derecho Procesal...*, op. cit., (T. VI, art. 135 pp. 1033-1052). Calvo Miranda, J. L (1999). “Reflexiones sobre la jurisprudencia en materia de medidas provisionálísimas: Ejecutividad del acto administrativo y extranjería”. *RAP*, (nº 148), pp. 227-248.

2.- Carácter accesorio e interdependiente respecto de la medida cautelar que se decida mantener, modificar o revocar de acuerdo al *iter* del proceso, (art. 135.1- a) y b) LJCA.

3.- El juez o tribunal que decida en esta materia no puede omitir el tratamiento procesal que corresponde a la "especial urgencia" de la solicitud, esto es, no puede dejar de abrir el trámite del art. 135 LJCA. Existe un mandato legal y deberá resolver sobre ello de modo inmediato. Esta especial urgencia va unida a evitar una ejecución inmediata y difícilmente reversible del acto impugnado. Son, fundamentalmente, estas dos circunstancias, inmediatez de la ejecución del acto y dificultad o imposibilidad de reversión de la misma, las que justifican, en su caso, que los interesados acudan a la adopción de la medida cautelar con carácter de urgencia. La tutela cautelar de las pretensiones del recurrente podría verse perjudicadas o dificultada notablemente si, atendida la naturaleza y alcance del acto impugnado, hubiera de aguardarse, para su adopción, a la tramitación ordinaria del incidente cautelar.

4.- Apreciadas las circunstancias de especial urgencia, se ha de proceder dando audiencia o convocando a comparecencia, para analizar con la participación de las partes los presupuestos del art. 130 LJCA. El juzgador conservará su capacidad de enjuiciamiento propia sobre la existencia o inexistencia de razones de especial urgencia, que determinen la medida sobre el acto impugnado. La medida adoptada inicialmente, puede ser ratificada, modificada, revocada en dicha audiencia o comparecencia. En todo caso el auto dictado inicialmente, apreciando o no la urgencia, no es recurrible¹⁵²², atendiendo a que se considera un auto no definitivo, (art. 79.1-2 y art. 80.1-a, ambos LJCA, no pone término a la pieza separada de medidas cautelares, aspectos que serán abordados en capítulo VI. 4).

Ello es así, en el supuesto del art. 135.1- a), por imperativo legal, no siendo de igual manera en el inciso b), ya que el legislador no lo configuró de igual forma. Sin embargo, señala la jurisprudencia consolidada¹⁵²³ del TS, que ambos supuestos, no son recurrible, no siendo ello una restricción a la tutela judicial efectiva, debido a que dicha denegación es basada en la inexistencia de una particular situación de urgencia excepcional, extraordinaria, especial, que no tiene más alcance que el de rechazar la misma. Siendo dicha especial urgencia insertada en un proceso de cognición muy limitado en el tiempo, y viene condicionada a la ulterior decisión casi inmediata, agregándose a ello el sacrificio del derecho de defensa de la parte no oída y la excepción del principio de contradicción. De modo que el Auto que resuelve la pieza "provisionalísima" no impide que, acto seguido, el tribunal sustancie el incidente cautelar "ordinario" al término del cual, oídas todas las partes y tras la valoración y ponderación del conjunto de factores susceptibles

¹⁵²² Sala Arquer, M. J., (1999). "La adopción de medidas cautelares...", op. cit., p. 213, el autor señala la necesidad de recurso contra dichos autos. Opinión que comparto, por lo que anticipo mi postura al respecto que desarrollaré más adelante.

¹⁵²³ SSTS Sala 3ª, Sec. 3ª, nº 2318/11 de 3-05-2011, Rec. 5007/10, FD 2-6; nº 2485/11 de 5-05-2011, Rec. 6037/10, FD 2-3. AATS Sala 3ª, Sec. 1ª, nº 10113/11 de 6-10-2011, Rec. 1809/11, RJ 2, nº 1487/12 de 26-01-2012, Rec. 3117/11, RJ 2 y nº 1152/07 de 23-01-2007, Rec. 5240/03, RJ 1. Téngase en cuenta que la jurisprudencia citada es anterior a la Ley 37/11 LMAJ de 31-10-2011. Quiere esto decir que posterior a dicha fecha el análisis de los presupuestos del art. 130 se realizan de conjunto con la especial urgencia o lo que es lo mismo, la especial urgencia de conjunto con los presupuestos del art. 130 LJCA. No es como da a entender el TS, que se aprecia o no la especial urgencia y luego en la audiencia o comparecencia se aprecia los presupuestos del art. 130 LJCA. A pesar de ello, de una forma u otra el TS continúa manteniendo en similares términos su interpretación, (*mutatis mutandis*) AATS, Sala 3ª, Sec. 4ª, nº 9997/17, de 26-10-2017, Rec. 630/17, FD 1-2 y nº 2446/20, de 20-04-2020, Rec. 91/20 (saga inactividad administrativa Covid-19).

de incidir en el otorgamiento de la medida cautelar (entre ellos, el *periculum in mora* no cualificado por razones excepcionales), de nuevo dicte un Auto -éste sí definitivo- que, previo el preceptivo recurso de apelación, será recurrible en ese sentido, a un efecto (art. 80.1-a LJCA). Resuelto este último por sentencia, podrá ser recurrida en casación, conforme a las actuales reglas generales previstas en el art. 86.1 y aquellos supuestos que se incardinan en el art. 87.1-b), todos de la LJCA.

En esta jurisprudencia como veremos seguidamente, a nuestro entender el TS obvia tres aspectos, i) lo relativo a la configuración legal del legislador del art. 135.1-b), el legislador no prohíbe expresamente, como si lo realiza en el inciso a) la impugnación del auto, su recurribilidad y ii) que el propio art. 135.1-a), señala que hay que apreciar las circunstancias de especial urgencia y adoptar o denegar la medida, conforme al art. 130 y iii) el propio legislador configuro el art. 135 atendiendo al principio *inaudita altera parte*, lo que trae una valoración del denominado sacrificio del derecho de defensa de la parte no oída y la excepción del principio de contradicción. Quiere esto decir que el análisis de los presupuestos del art. 130 se realizan de conjunto con la especial urgencia o lo que es lo mismo la especial urgencia de conjunto con los presupuestos del art. 130 LJCA.

5.- No es automática¹⁵²⁴, debe estar justificada la pretensión y el órgano jurisdiccional, tras ponderar los intereses en conflicto acordará *inaudita altera parte*, (que como se ha dicho no tiene que ser favorable o que se acceda al otorgamiento de la suspensión instada y el consiguiente sacrificio del derecho de defensa de la parte no oída y la excepción del principio de contradicción). Al respecto la jurisprudencia citada del TS ha señalado que esta característica -la celebración posterior de comparecencia-, trámite ordinario del art. 131 LJCA será con sujeción a los principios de audiencia pública, oralidad, inmediación y concentración y en cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 63 LJCA para las vistas y conclusiones. Lo anterior es conforme al principio de contradicción procesal o de audiencia de la parte contraria -*audiatur et altera pars*, que es connatural a todo tipo de procesos y a la tutela judicial que merecen las partes, lo cual hace desaparecer cualquier relajamiento que pudiese existir respecto a las exigencias de la debida contradicción inspirada por el art. 24 CE.

6.- Independientemente que pueda existir inicialmente un sacrificio al principio de contradicción, en aras de las circunstancias, no ordinarias alegadas por el demandante (la especial urgencia). Deben ser motivadas en su adopción, obedeciendo como se ha expuesto al resto de los presupuestos generales para las medidas cautelares.

7.- Se introduce claramente el principio dispositivo, por lo que todos los interesados, incluido los terceros, podrán accionar las medidas que consideren adecuadas para la protección de sus derechos e intereses siempre que esté presente la especial urgencia.

8.- No deben inicialmente ir acompañadas de una caución.

Teniendo en cuenta dichas características generales hay que puntualizar, dos etapas fundamentales de estas medidas, las comprendidas entre 1998 hasta el 30-10-2011, donde

¹⁵²⁴ Es jurisprudencia consolidada que la suspensión no puede ser automática, se conserva por el juzgador la capacidad de enjuiciamiento propia sobre la existencia o inexistencia de las razones o presupuestos que determinen la suspensión del acto impugnado. Despejando así la duda sobre el automatismo y el semiautomatismo.

se materializan los primeros rasgos de la jurisprudencia al respecto, además etapa donde se adoptó el Acuerdo del CGPJ, respecto a que los juzgados de instrucción de guardia tuvieran conocimiento de las presentes medidas¹⁵²⁵. Luego la segunda etapa a partir del 31-10-2011, en correspondencia con la LMAP redacción actual del art. 135 LJCA, el cual señala:

“1. Cuando los interesados alegaran la concurrencia de circunstancias de especial urgencia en el caso, el juez o tribunal sin oír a la parte contraria, en el plazo de dos días podrá mediante auto:

a) Apreciar las circunstancias de especial urgencia y adoptar o denegar la medida, conforme al art. 130. Contra este auto no se dará recurso alguno. En la misma resolución el órgano judicial dará audiencia a la parte contraria para que en el plazo de tres días alegue lo que estime procedente o bien convocara a las partes a una comparecencia que habrá de celebrarse dentro de los tres días siguientes a la adopción de la medida. Recibidas las alegaciones o transcurrido el plazo en su caso o bien celebrada la comparecencia, el juez o tribunal dictara auto sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada, el cual será recurrible conforme a las reglas generales. (...)

b) No apreciar las circunstancias de especial urgencia y ordenar la tramitación del incidente cautelar conforme al artículo 131, durante la cual los interesados no podrán solicitar nuevamente medida alguna al amparo del presente artículo.

2. En los supuestos que tengan relación con actuaciones de la Administración en materia de extranjería, asilo político y condición de refugiado que impliquen retorno y el afectado sea un menor de edad, el órgano jurisdiccional oirá al Ministerio Fiscal con carácter previo a dictar el auto al que hace referencia el apartado primero de este artículo.”

De lo anteriormente transcrito, se precisa claramente una técnica jurídica sumamente confusa y compleja. Se ha de apreciar en primer lugar, la especial urgencia, al unísono tener presente la existencia y apreciación de los presupuestos del art. 130 LJCA, *periculum in mora* y ponderación/proporcionalidad/razonabilidad de intereses. Por lo que normativamente tampoco se tiene en cuenta de forma general el presupuesto del *fumus boni iuris*, como tampoco el *fumus mali iuris*¹⁵²⁶ de la Administración, sin que ello no quiera decir que no sea apreciado de acuerdo con las técnicas *ut supra* señaladas.

De las redacciones anteriores al 31-10-2011 (LMAP) del art. 135 LJCA se podía interpretar que de no ser apreciada la especial urgencia no se tenía que dar cauce a la tramitación del incidente del art. 131 LJCA. Tal línea interpretativa posterior a dicha fecha ha quedado huérfana de amparo, de acuerdo con la redacción antes citada (art. 135.1-b), aspectos que se tratarán más adelante.

¹⁵²⁵ “El Juez o Tribunal, atendidas las circunstancias de especial urgencia que concurran en el caso, adoptara la medida sin oír a la parte contraria. Contra este auto no se dará recurso alguno. En la misma resolución, el Juez o Tribunal convocará a las partes a una comparecencia, que habrá de celebrarse dentro de los tres días siguientes, sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada. Celebrada la comparecencia, el Juez o Tribunal dictará auto, el cual será recurrible conforme a las reglas generales. (...).

¹⁵²⁶ Bacigalupo Saggese, M., (2008). “Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo...”, op. cit., p. 36.

En el presente estudio se dedicará un acápite para el análisis de este tipo de medida cautelarísima y su relación con los juzgados de instrucción guardia, su accesibilidad o trabas administrativas o procesales, admisibilidad del recurso procesal o exigencias de requisitos procesales de difícil cumplimiento que atentan contra la efectividad y eficacia del recurso), competencias, así como las facultades de los mismos, según el ya mencionado Acuerdo del CGPJ. Esto, como veremos, será un aspecto diferenciador para los análisis sucesivos, ya que se tendrá que distinguir, si la medida cautelarísima es presentada al juzgado de instrucción de guardia o al juzgado de lo contencioso administrativo que por turno de reparto corresponda, o al que ya tenía un recurso en trámite. Lo anterior repercutirá en el *iter* procesal de la cautelarísima, tanto, en el apartado a) como b) del art. 135 LJCA, debido a que si la misma es presentada ante el juzgado de instrucción de guardia, genera primeramente, que la decisión de la suspensión del acto la adopta un juez de otra jurisdicción, luego el mismo se desentiende del caso en cumplimiento del procedimiento, debiendo enviar a Decanato de jueces para reparto, para que esté designe juzgado de lo contencioso administrativo, quien será el que realice la audiencia o comparecencia del inciso a) del art 135 o se proceda según el inciso b) del art. 135. Esto genera disfunciones y defectos procesales de orden público¹⁵²⁷, que atentan contra los arts. 6, 13 del CEDH, art. 47 y 48 CDFUE y el art. 24 CE, en su vertiente cautelar¹⁵²⁸.

A su vez se estudiará en este punto determinadas interpretaciones a la norma, que han generado inadmisiones de solicitudes de la presente medida atendiendo a que se hace un uso abusivo de las misma, o que no procede su admisión pues el justiciable ha tenido tiempo previo para presentar el recurso y medida por vía ordinaria, o que aún esa urgencia no es tan especial pues faltan horas para la ejecutoriedad del acto y se puede esperar al día siguiente al horario ordinario de funcionamiento de los juzgados de lo contencioso administrativo. Como se verá, en muchas ocasiones tales motivaciones están vacías de contenido, responden, entre otros tantos factores, a que el acceso del justiciable a la información sobre la ejecutoriedad del acto es omisa, es decir, en determinados supuestos, como la expulsión, no conoce fecha¹⁵²⁹, hora, nº de vuelo e incluso en determinados casos, ni el destino¹⁵³⁰. Estas violaciones de las garantías de la efectividad y eficacia de la tutela

¹⁵²⁷ No han sido pocas las ocasiones en las que solicitada la medida cautelarísima se producen disfunciones y defectos procesales de orden público. Una muestra de ello puede ser, iniciada la vía judicial o casi agotado el plazo de dos meses para interponer el recurso contenciosos-administrativo, los órganos judiciales de instrucción y los propios juzgados de lo contenciosos-administrativo no han admitido tal solicitud, señalando que al no interponer el recurso inmediatamente y haber agotado el plazo de los dos meses, ven en ese “supuesto retraso”, una prueba evidente de que no concurre “la especial urgencia”, que precise el sacrificio del principio de contradicción.

¹⁵²⁸ Como he venido sosteniendo dicha efectividad y eficacia, no es solo, el acceso al órgano o vía jurisdiccional, sino, que una vez ejercitada la acción de acuerdo con la configuración del recurso regulado por ley el mismo sea efectivo y eficaz. Ello dependerá, como se manifestó el TC Pleno, nº 238/92, FJ 4, respecto de la suficiencia de las potestades atribuidas por la Ley a los órganos del poder judicial para, efectivamente, salvaguardar los intereses y derechos cuya protección se demande.

¹⁵²⁹ STSJM, Sala (Contencioso), Sec. 10ª, nº 738/15, de 18-11-2015, Rec. 583/15. El auto impugnado denegó la medida cautelarísima al existir ya un auto firme denegatorio de medidas cautelares, sin que se hubiera acreditado cambio de circunstancias, añadiendo que el ingreso en el CIE, en cumplimiento de un AJI nº 21 de Madrid, no implicaba especial urgencia, al no haberse indicado, ni acreditado la fecha prevista de la expulsión efectiva del territorio nacional.

¹⁵³⁰ Al respecto, los Juzgados de Instrucción nº 6, 19 y 20 de Madrid, Juzgados de Control de Estancia en CIE se pronunciaron acerca de la obligación que tienen las autoridades del Centro de informar con la

cautelar al recurso efectivo, como ya he señalado, ha sido objeto de sanciones y críticas a nuestro sistema jurídico, llegando en determinados supuestos a ser catalogados como un trato inhumano¹⁵³¹ y en otros violatorios del art. 6 del CEDH. A su vez, también se analizarán cuestiones de competencia (art. 7 y 14 LJCA), o los ya mencionados supuestos de los MENAS y el nombramiento del defensor judicial. Todas ellas, como se expondrá son el resultado de una práctica atentatoria contra la tutela cautelar efectiva y eficaz¹⁵³². En este sentido como veremos, de existir ese consentimiento tácito por parte de los órganos jurisdiccionales, se atenta por los mismos contra el derecho a una buena administración, en este caso, a un buen funcionamiento de la administración de justicia, esto puede derivar o ser motivo de responsabilidades patrimoniales correspondientes.

Estas disfunciones normativas y procesales que afectan la accesibilidad/admisibilidad del recurso cautelar del art. 135 LJCA continúan manifestándose hasta la actualidad, las mismas no han sido superadas, repercutiendo negativamente en las garantías de la tutela cautelar eficaz y efectiva, al ser muchas de ellas arbitrarias, irrazonables y constituir en muchos casos como un error patente¹⁵³³.

Finalmente, se verá dentro de las medidas cautelarísima, su levantamiento, mantenimiento o modificación, en especial lo referido al levantamiento medida cautelar internamiento y la aproximación al análisis de la existencia de una imparcialidad objetiva.

Para poder tener un mejor entendimiento de todo lo antes dicho, se ha de comenzar precisamente por ver la definición y naturaleza jurídica de la especial urgencia.

3.3.5.2- Definición de la especial urgencia. Naturaleza jurídica.

Como se dijo *supra* la especial urgencia es la clave de bóveda de estas medidas, es un requisito/presupuesto habilitante, indispensable de procedibilidad esencial. El mismo está en estrecha relación y en función de las respectivas circunstancias concurrentes, así como, con el principio de ejecutividad de los actos administrativos, (debido a la eficacia de los mismos desde la fecha en que se dictan). Ambos en conexión con el resultado final del

suficiente antelación a los internos acerca del momento de la salida del CIE, sea que ésta se produzca por expulsión a su país de origen o por agotamiento del plazo de internamiento, sin haberse podido materializar la expulsión. Acuerdo Gubernativo nº 286/2012, de los Juzgados de Instrucción nº 6, 19 y 20 de Madrid, de 27-02-2012. AJI nº 3 Control de Valencia, de 21-12-2012. AJI de Control de Las Palmas de Gran Canaria, de 30-03-2012. A pesar de ello y como se constata en el Informe Anual 2019, Defensor del Pueblo. (2020), pp. 210, se continúa manteniendo tales deficiencias de mal funcionamiento (ello relacionado con la motivación de las resoluciones art. 35 de la LPACAP, en las cuales debería constar el lugar donde el extranjero va a ser expulsado o devuelto). Estos aspectos se volverán a retomar más adelante en relación con el Acuerdo CGPJ y los requisitos para la medida cautelarísima ante los juzgados de instrucción de guardia.

¹⁵³¹ Lora Crovetto, M. (2017). *La realidad de los CIE en España...*, op. cit., pp. 527-531.

¹⁵³² Teso Gamella, M. P., (1999). “*Medidas cautelares...*”, op. cit., pp. 130-133.

¹⁵³³ Se ha de tener en cuenta la jurisprudencia establecida por el TC respecto a estos tres conceptos, unida a la jurisprudencia del TEDH. En el caso del TC ha delimitado la arbitrariedad e irrazonabilidad, como aquella decisión que contiene una simple expresión de la voluntad, sin fundamento en razón material o formal alguna cuando, aun constatada la existencia formal de una argumentación la misma no sea expresión de la administración de justicia, sino simple apariencia de la misma, por ser fruto de un mero voluntarismo judicial o de un proceso deductivo irracional o absurdo. Mientras que el error patente, es concebido como inexactitud o equivocación, patente, manifiesta, notoria imputable al órgano judicial que sea determinante de la decisión y que produzca efectos negativos para el justiciable. Mientras que el TEDH destaca el principio de proporcionalidad.

proceso y la efectividad de la resolución que pudiera adoptarse¹⁵³⁴. Lo anterior requiere su definición, determinar su naturaleza jurídica y aplicación concreta en la especialidad en estudio.

La especial urgencia, junto a la instrumentalidad de la medida cautelar hace en los procesos de extranjería una nota esencial. La misma responde a una configuración y limitación en el tiempo (la cual no se debe confundir con el plazo para la interposición de un recurso, los dos meses para la interposición del recurso contencioso administrativo, principio de legalidad, plazos para interposición de recursos), no así de su contenido y alcance, el cual puede abarcar cualquier circunstancia o hechos. De la interpretación del art. 135 LJCA no se interpreta limitación alguna, siempre que esté presente la circunstancia de especial urgencia. Por ende, es ese tiempo, esa especial urgencia en relación con el acto que se pretende ejecutar lo que hace que el órgano jurisdiccional deba admitirla y luego valorar su estimación o no, cuestión que se realizará junto a los demás presupuestos que señala la LJCA (art. 130 LJCA), pudiéndose adoptar además de la suspensión cualquier otra medida cautelar. Es decir, dictar una resolución que garantice ante una ejecución inmediata y difícilmente reversible del acto impugnado, la resolución que garantice el cumplimiento de la sentencia del final del proceso.

El concepto de especial urgencia es un concepto jurídico indeterminado. Su carácter especial y urgente en la materia en estudio se limita su aplicación generalmente a la problemática del retorno, la expulsión, devolución, prohibiciones de entradas, sin embargo, puede abarcar cualquier otra circunstancia. Para ello, se deberá tener presente la aproximación expuesta respecto de la concepción de las medidas cautelares en la presente disciplina. La aplicación restringida generalmente asociada a los supuestos antes mencionados trae como consecuencia que se limite transitoriamente el acceso a un recurso efectivo y eficaz ante otras situaciones y circunstancias que así lo aconsejan. Para la aplicación del presente concepto en la especialidad se tienen en cuenta principios tan elementales, como principio de no devolución, interés superior del menor (entre otros, vida familiar, relación con progenitores, matrícula escolar, actividades escolares y extraescolares¹⁵³⁵), o situaciones de enfermedades graves, enfermedades psiquiátricas, además se deben presentes otros principios relacionados con los derechos sociales fundamentales, estudios, cobro de prestaciones, entre otras. Todas crean situaciones irreversibles que atentan contra la dignidad, buen desarrollo de la personalidad, la propiedad, etc.

El carácter especial y urgente de una solicitud de medidas cautelarísimas en la especialidad en estudio debe apreciarse en relación con el binomio acto administrativo irreversibilidad/necesidad que genera el mismo, a fin de evitar que se cause el perjuicio irreversible, grave y en muchos casos irreparables. Es determinante en este sentido la previsibilidad estudiada, el *periculum in mora* visto como la presunción de previsibilidad que se solicita en el primer escrito presentado ante el órgano jurisdiccional en estrecha conexión con el principio dispositivo.

Para desarrollar lo antes expuesto, se hace necesario recordar cómo ha sido interpretada la especial urgencia desde su entrada en vigor en 1998 y ello a su vez relacionado con el

¹⁵³⁴ Palomar Olmeda, A., (2017). “Medidas cautelares...”, op. cit., pp. 905-906.

¹⁵³⁵ AJCA n° 1 de Toledo, de 12-03-2018. Concesión de medida cautelarísima positiva residencia provisional para que un menor pueda continuar sus estudios y su desarrollo personal y pueda ir al viaje fin de curso, de acuerdo con su aprovechamiento académico.

objeto de estudio. Para ello, se requiere dos análisis diferentes, i) en cuanto a la construcción jurisprudencial como concepto jurídico indeterminado y ii) su evolución normativa en el contexto del resto del contenido normativo del art. 135 LJCA (el cual se desarrollará en un ordinal separado, debido a su amplitud al tratar de forma especial la LMAP, así como la interrelación de este concepto con el Acuerdo del CGPJ del año 2007, en concreto a la función de los juzgados de instrucción de guardia).

Estos dos indicadores permiten a su vez enmarcar esta construcción normativa y jurisprudencial en cuatro sub etapas fundamentales, a) de 1998 a 2007 (desde su surgimiento hasta que se adoptó el Acuerdo del CGPJ), b) de 2007 a 2011 (vigencia del Acuerdo del CGPJ, hasta la nueva redacción dada por la LMAP), c) de 2011 a 2015 (vigencia del Acuerdo del CGPJ, LMAP y modificación LJCA en cuanto al nuevo Recurso de Casación) y una última etapa, d) de 2015 hasta la actualidad, que comprende la redacción del art. 135 LJCA, la vigencia del Acuerdo del CGPJ y la existencia del nuevo Recurso de Casación¹⁵³⁶.

Estructurado así el análisis, comienzo por el primer punto, la construcción jurisprudencial del concepto especial urgencia.

La definición que se dirá, comprende su solidez interpretativa surgida desde la primera etapa hasta la actualidad. El cual, en sentido general ha quedado configurado, como aquellas circunstancias específicas, “*excepcionales o extraordinarias de urgencia*” esto es, “*de mayor intensidad que la normalmente exigible*”¹⁵³⁷, no de una “*mera*” urgencia, inherente a toda medida cautelar, situaciones de concurrencia de una necesidad perentoria (no admite demora), apremiante, que según los trámites ordinarios se produce al término del incidente correspondiente con respeto del principio general de audiencia de la otra parte. Ello con el objetivo de protección del derecho o interés invocado.

Es la inmediatez de la ejecución del acto y los efectos que produciría, unido a la dificultad o imposibilidad de revisión de los mismos, los que justificarían, en su caso, que los interesados acudan a la adopción de la medida cautelarísima, con carácter de urgencia, ya que sus pretensiones podrían verse perjudicadas o dificultadas notablemente, daños irreversibles. Se tendrá que atender a la naturaleza y alcance del acto impugnado, si el mismo hubiera de aguardarse, para su adopción, a la tramitación ordinaria del incidente cautelar.

También respecto a la urgencia la jurisprudencia ha señalado que debe apreciarse no sólo en sí misma considerada y con arreglo a la justificación que ofrezca el solicitante —que no requiere una prueba completa, pues en muchas ocasiones bastará con una exposición

¹⁵³⁶ Ha sido expuesta la doctrina del TS sobre la no admisión en el Recurso de Casación sobre medidas cautelarísimas. Con el nuevo Recurso de Casación considero esta interpretación deberá ser reinterpretada. Me refiero a aquellos supuestos que puedan llegar al TS derivados de la apreciación o no de la especial urgencia, pero provenientes de un incidente cautelar conforme al art. 131 LJCA, Auto que puede ser recurrido en apelación ante el TSJ correspondiente y luego susceptible de Recurso de Casación de acuerdo con el art. 86 y 87.2 LJCA. Cuestión diferente a aquellos supuestos en los cuales el TS es conocedor de solicitudes de medidas cautelarísimas en primera instancia de acuerdo con la competencia por la materia recurrida.

¹⁵³⁷ SSTS Sala 3ª, Sec. 3ª, nº 4921/03 de 11-07-2003, Rec. 6978/2001, FD 3; nº 2318/11 de 3-05-2011, Rec. 5007/10, FD 2-6; nº 2485/11 de 5-05-2011, Rec. 6037/10, FD 2-3. AATS Sala 3ª, Sec. 1ª, nº 10113/11, de 6-10-2011, Rec. 1809/11, RJ 2 y nº 1487/12 de 26-01-2012, Rec. 3117/11, RJ 2. AATS, Sala 3ª, Sec. 4ª, nº 9997/17, de 26-10-2017, Rec. 630/17, FD 1-2 y nº 2446/20, de 20-04-2020, Rec. 91/20. En similares términos AAN Sala (Contencioso), Sec. 4ª, nº 116/20 de 12-03-2020, Rec. 445/20, RJ 1-2.

razonada— pero si será menester comprobar que no ha habido una actitud abusiva en el recurrente, que ha esperado a la inminencia de la ejecución del acto para pedir su adopción, sin advertir de su recurso a la administración.

Estas definiciones generales continúan siendo invariables, mantenidas en el tiempo, ellas nos llevan a que habrá que concretar cada una de las mismas en las especialidades contenciosa administrativas concretas y luego una vez dentro de cada una de ellas a los casos o supuesto individuales. En la disciplina en estudio la cantidad de supuestos serían disímiles y complejos, entre ellos, los *ut supra* mencionados, así como, supuestos de identificación en la vía pública y retirada de documentación identificativa, no concesión provisional de la cedula de inscripción¹⁵³⁸, o TIE provisional, entre otros, considerando que en todos, de una forma u otra, se encuentran presentes y en conflicto la especial urgencia y los derechos fundamentales estrechamente relacionados con la dignidad humana y el desarrollo de la personalidad.

A su vez dentro de este primer análisis de construcción jurisprudencial del concepto, hay un denominador común distintivo, el Acuerdo del Pleno del CGPJ del año 2007. El cual particulariza la especial urgencia en las circunstancias de horas y días inhábiles, por lo que conocerá de dichas medidas un órgano jurisdiccional no especializado en la materia contenciosa administrativa y mucho menos en la especialidad del Derecho migratorio. Dicho Acuerdo puntualiza la necesidad de justificar debidamente las causas de la inaplazabilidad o dicho de otra forma porque se utiliza los periodos de inhabilidad y no las horas y días ordinarios, así como, se deberá aportar igualmente cuanta información sea relevante o le sea requerida sobre el procedimiento en trámite o que tengan conexión con el objeto de dicha solicitud, determinando también así la circunstancia de especial urgencia y su no presentación en plazo ordinario.

De dicho Acuerdo, de lo que nos interesa en este momento, -la especial urgencia-, se han de señalar tres aspectos. El primero, que desde el año 2007, se logra una uniformidad en el actuar de los órganos de juzgados de instrucción de guardia en la materia en cuestión, dando unas mayores garantías jurídicas para estos supuestos cuando sucedan en días y horas inhábiles. El segundo, el CGPJ, por un lado, de forma atinada y a su vez limitada, prevé que los supuestos previstos para estas circunstancias de acuerdo con la LO 4/00 vigente en ese entonces, [expulsión, devolución o retorno – (actualmente efectos de la denegación de entrada art. 60 LO 4/00, en relación con art. 26.2 de la misma norma), prohibición de entrada]. Atinada, porque introduce las figuras jurídicas descritas que más incidencia, puedan tener en dichas situaciones de especial urgencia y que ciertamente se pueden ejecutar a horas y días no hábiles para el contencioso administrativo. Esta redacción es la que se emplea literalmente en el actual art. 135.2 LJCA a partir de su modificación por la LMAP de 2011. Es decir, todo parece indicar que la primera parte del apartado 2 del art. 135 LJCA, el legislador lo tomó íntegramente del Acuerdo y lo trasladó a la LJCA, sin percatarse que en el mes de diciembre, a través de la LO 2/2009, la LO 4/00 sufre una modificación y desaparece el concepto de retorno, siendo sustituido por “efectos de la denegación de entrada”, otra opción sería, que el legislador haya decidido mantener el término de retorno utilizado por la Directiva 2008/115 CE (transpuesta en dicha LO 2/2009); agregando lo relativo a los menores (aspectos en los

¹⁵³⁸ AJCA nº 8 Valencia, nº 172/09 de 18-5-2009, Rec. 70/09, RJ 1º, último párrafo, “*no existe inconveniente en acceder a la adopción de la medida cautelar positiva solicitada de concesión provisional de la cedula de inscripción, acreditado el arraigo familiar invocado y los perjuicios que se le ocasionarían al recurrente, siendo necesario para su renovación la aportación de pasaporte actualizado*”.

que se volverá a incidir más adelante). En cuanto a la limitación, entiendo que el CGPJ no tuvo en cuenta el art. 6 y 13 del CEDH, así como el art. 47 CDFUE y solo de forma limitada el art. 24 CE, al no prever en su Acuerdo, que pueden existir otras circunstancias de especial urgencia, que van más allá del principio de no devolución o interés superior del menor. Tal limitación, ha sido trasladada de forma automática y mimética por el legislador al actual art. 135.2 LJCA, dicho de otra forma, el legislador no desarrolló una configuración legal del recurso más amplia en cuanto a que se incluyeran otras circunstancias de especial urgencia, ya que mantiene la misma cláusula de cierre “...que impliquen retorno y el afectado sea un menor de edad...”. Siendo dicha cláusula cierre una técnica legislativa limitadora de los contenidos de acceso al recurso propiamente dicho con efectos suspensivos efectivos y eficaces. Puede existir la circunstancia de especial urgencia, se puede ejercitar la acción e incluso tener acceso a la jurisdicción y ser admitido el recurso, pero al limitarse su contenido a situaciones de retorno o menores, se restringe el contenido del alcance de la efectividad y eficacia del mismo. Obvio el legislador una cuestión elemental, no es lo que digan las leyes, sino lo que se consigue con ellas¹⁵³⁹.

El tercer aspecto respecto del Acuerdo CGPJ y la especial urgencia, es lo relativo a que el mismo introduce una serie de conceptos y requisitos que los hace que adquieran una condición de carácter jurídico indeterminado. Dichos concepto o requisitos son, “justificar no haber sido posible cursar la solicitud al órgano naturalmente competente en días y horas hábiles”, además de que se ha de “...aportar información relevante...” sobre ello. Respecto a que “hay que justificar no haber sido posible cursar la solicitud al órgano naturalmente competente en días y horas hábiles”, se convierte en un requisito complejo en los procedimientos sancionadores de expulsión, devoluciones, prohibiciones de entradas¹⁵⁴⁰, pudiéndose catalogar como uno de los obstáculos de la eficacia del recurso efectivo, al establecer un requisito de accesibilidad algo irreal o alejado de la problemática de la especialidad de la extranjería. Sin llegar a clasificarlo como un obstáculo totalmente arbitrario, ya que puede ser aplicado a otras especialidades que también abarca el Acuerdo del CGPJ, es evidente que el mismo no tuvo en cuenta el funcionamiento práctico de las Administraciones involucradas en la especialidad en estudio.

Estrechamente vinculado a esto último, es lo referente a que se “deberá igualmente aportar cuanta información sea relevante o le sea requerida sobre procedimientos en trámite que tengan conexión con el objeto de dicha solicitud”. Sobre este requerimiento

¹⁵³⁹ Vid. nota 1472. El CGPJ continúa manteniendo esa posición limitativa del contenido de supuestos de accesos a este tipo de medida. Propone una modificación del art. 135 LJCA, totalmente restrictiva, falta de las garantías que debe caracterizar la actividad jurisdiccional, dejando la decisión al libre arbitrio judicial, sin control del mismo y en el mejor de los casos con un control muy lejano y no efectivo, al señalar en el apartado 4º “La medida cautelar podrá denegarse de plano, aunque concurren razones de especial urgencia, si el juez o tribunal aprecia que la finalidad de la misma no es legítima o que de manera manifiesta no concurren los presupuestos para su adopción que exige el art. 130...”. Ha de tenerse en cuenta que las decisiones afectan directamente a derechos fundamentales de las personas.

¹⁵⁴⁰ En este tipo de acto administrativo, prohibición de entradas, téngase en cuenta que aunque en la etapa inicial de la solicitud de la medida cautelar no se tendrá con mucha fuerza vinculante los arts. 40 y ss. de la LJCA, cuantía del recurso, si es un elemento importante a tener en cuenta que resolverá definitivamente el Juez o Tribunal en la sentencia, cuestiones que directa o indirectamente al momento de los recursos impugnativos revelan su significado y relación con la suspensión adoptada o tipo de medida acordada. Sobre estos aspectos se volverán a abordar más adelante en el Capítulo 6 dedicado a los recursos impugnativos.

de prueba o indicio, también es otro aspecto complejo que entraría dentro de los obstáculos por acción de las autoridades estatales en cuanto a la eficacia del recurso. Ello debido a que en la mayoría de las ocasiones el extranjero sobre el cual se ejecutará la expulsión -o devuelto- no conoce hasta último momento, la hora, nº de vuelo. A su vez constituyen omisiones conscientes¹⁵⁴¹, son en fin, una manifestación más de uno de los tipos o formas del mal actuar de la Administración, un *fumus mali iuris*, limitando el acceso a la información sobre su expediente. En cuanto al conocimiento de la tramitación del procedimiento o estado de los recursos, como he señalado en la segunda parte del presente trabajo, punto 3.2.1.f)-3, Medidas de anotación preventiva, se solucionaría con una adecuada actualización del RCE o la anotación de las medidas y recurso solicitados por los interesados, (en igual sentido *infra* se estudiará la medida de anotación preventiva demanda y medida cautelar en el orden jurisdiccional).

El Acuerdo del CGPJ en el punto, “*de justificar no haber sido posible cursar la solicitud al órgano naturalmente competente en días y horas hábiles*”, requiere la crítica formulada en el párrafo anterior, la que se ratifica y fundamenta en la propia jurisprudencia consolidada, referente a las circunstancias de especial urgencia que pueden surgir en cualquier momento, por ende, se podrán solicitar precisamente cuando surjan dichas circunstancias. Como se ha visto y se verá existen otras situaciones de trabas, omisiones, defectos procesales de orden público que atentan contra la efectividad y eficacia del recurso de la medida cautelarísima que pueden generar una responsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia y en otros supuestos hasta responsabilidad individual de los juzgadores. Todo ello trae como consecuencia que el Reglamento 1/2005, de 15 de agosto, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, deberá necesariamente ser modificado y actualizado, pero no según la propuesta la Disposición Adicional Décimo Novena del Real Decreto-Ley 11/2020.

Para concluir el primer punto en lo referente a la construcción jurisprudencial, se ha de tener presente el actual Recurso de Casación en la jurisdicción contencioso-administrativa. Recordando que a pesar de las limitaciones señaladas por el TS respecto al Recurso de Casación en cuanto a las medidas cautelarísimas, si llegado su momento, por los causes procesales actualmente existente, se recurriera en casación una sentencia dictada por un TSJ sobre las presentes medidas, no se debería perder la oportunidad para que el mismo de forma actualizada se pronunciara sobre los aspectos aquí tratados, fundamentalmente en cuanto a la limitación conceptual de los asuntos que pueden ser admitidos en esta especialidad y la especial urgencia; no debe existir limitación en cuanto al alcance de su contenido, debe abarcar todas aquellas situaciones de especial urgencia que pueden generar situaciones de carácter positivo. Las limitaciones objetivas y subjetivas, existentes afectan a los derechos y libertades fundamentales, derechos subjetivos libertades, tales como, a la educación, a obtener una prestación por desempleo, designación de un defensor judicial, entre otras señaladas. Se atendería objetivamente

¹⁵⁴¹ Vid. nota 1530. Del contenido de dichos acuerdos se recordará que parte de ellos están dirigidos a la obligación de la Administración de informar con la suficiente antelación a los internos acerca del momento de la salida del CIE. Tal Acuerdo responde al tema ahora tratado y requisito exigible por el Acuerdo del CGPJ respecto a “*justificar no haber sido posible cursar la solicitud al órgano naturalmente competente en días y horas hábiles*”. Demuestra lo anterior dos aspectos, uno, el propio desfase del Acuerdo del CGPJ, como órgano rector de los jueces y sus propios órganos jurisdiccionales, los cuales tienen que regular de forma obligacional a que las autoridades administrativas cumplan sus propias obligaciones, mientras que el Acuerdo del CGPJ se lo exige a los justiciables extranjeros; dos, el propio *fumus mali iuris* de la administración.

contra derechos fundamentales, íntimamente relacionados con la dignidad y el desarrollo libre de la personalidad. Evidentemente dicha objetividad está relacionada con la previsibilidad del perjuicio y su ponderación razonada. Para ello, la vía más expedita está en la medida cautelarísima.

Atendiendo a lo antes dicho, unido a lo expuesto en cuanto a la STC, Pleno, nº 172/20, le corresponde al TS pronunciarse con visión y vocación de futuro interpretando si el concepto de “retorno” empelado en la actual LJCA comprende las devoluciones colectivas o alcanza las devoluciones materiales coactivas, rechazo en frontera de la Régimen especial de Ceuta y Melilla LO 4/15/LO 4/00. Si el actual concepto de “retornos” comprende no solo las fronteras habilitadas u otras, sino las de Ceuta y Melilla. La envergadura interpretativa hay que verla en estrecha relación con las pautas interpretativas dadas por el TC, Pleno, nº 172/20. Hay que verlo desde el punto de vista del procedimiento que se instaure, la accesibilidad real al sistema procesal, la disponibilidad, especialmente en el sentido de que su ejercicio no debe ser obstaculizado de manera arbitraria, tanto por actos, interpretaciones, como por omisiones de las autoridades estatales, ya sean las judiciales o los propios órganos jurisdiccionales.

De asumir el TS una posición interpretativa basada en la prevalencia de los motivos de orden público, seguridad pública o interés nacional, seguridad nacional, en todo caso, ha de tener en cuenta todos los elementos antes expuestos en la aproximación teórica definida, debiendo destacarse los efectos y alcance que ha señalado las Recomendaciones de Copenhague de 2018, en su punto 20-a), tener un sistema de recursos efectivos y eficaces, así como acogerse a los puntos 25 y 26, señalados en esas mismas recomendaciones, los cuales en esencia señalan, que los tribunales nacionales son los que deberán respetar, evaluar, interpretar y aplicar la legislación nacional, la que no debe ser arbitraria o manifiestamente irrazonable, deben contar con procedimientos internos eficaces, que estos procedimientos funcionen de manera justa y en correspondencia con el debido proceso, que cumplan el deber/obligación, principio/derecho fundamental de buena administración, con respeto a los derechos humanos. Dicha recomendación encaja con la interpretación dada por el TJUE al art. 19.1-2 del TUE, en relación con el art. 47 y 51.1 CDFUE, interpretación expansiva de la aplicación de la CDFUE por los órganos jurisdiccionales de los EM en especial y en lo que aquí nos interesa del art. 47 de la misma, así como las recomendaciones de las Cien Reglas de Brasilia, todas ellas con el alcance interpretativo del art 24.1 CE en cuanto al contenido y alcance del recurso cautelar del art. 135 LJCA.

Como se anunció al inicio de este acápite, el segundo punto de análisis para su mejor comprensión se desarrollaría en ordinal separado. Por ello, seguidamente se estudiará la especial urgencia, pero visto desde su evolución normativa en el contexto del resto del contenido normativo del art. 135 LJCA. Este segundo punto, como se ha dicho requerirá un análisis especial la reforma LMAP, por tanto, pasaremos a continuación su estudio.

3.3.5.3- Medidas de Agilización Procesal, art. 135.2.

3.3.5.3-a)- Consideraciones previas.

En lo referente a la LMAP y el art. 135.2 LJCA, como se ha dicho llevaría un acápite independiente. Fue LMAP la que introdujo la figura del art. 135.2 LJCA¹⁵⁴².

¹⁵⁴² Modifica varias normas, entre ellas la LJCA, y dentro de estos diversos preceptos que afecta a las siguientes materias: competencia objetiva y territorial, la prueba, el procedimiento abreviado, los recursos,

Se ha de tener presente el contenido y alcance ontológico del art. 135 LJCA, su mecanismo bifásico, así como su hermenéutica histórica¹⁵⁴³, llegando a su actual sistemática, unido a una interpretación teleológica y axiológica en la presente especialidad.

La actual redacción del art. 135 LJCA hace necesario puntualizar inicialmente la motivación legislativa que llevo a cabo dichas modificaciones efectuadas con la denominada LMAP. Se considera por parte de la doctrina que la propia ley constituye un eufemismo, puesto que sin perjuicio de reconocer que algunas de sus normas, sí tienen ese carácter agilizador de los procesos, el núcleo de la misma va dirigido a la eliminación parcial del acceso a los recursos¹⁵⁴⁴.

Lo anterior traído a lo que aquí nos interesa, nos llevara primeramente a ratificarlo y luego profundizar en esa eliminación parcial del acceso a los recursos y las garantías de la tutela cautelar. Para ello distinguiré los aspectos positivos y negativos de acuerdo con las anteriores características generales y su comportamiento de manera específica en la presente materia. Estas características se centran en los siguientes aspectos:

1.- Principio dispositivo, cuando el art. 135-1 LJCA se refiere a que los interesados “alegaran”¹⁵⁴⁵ la concurrencia de circunstancias de especial urgencia reconoce de forma clara que en el *petitum* de la medida este en correspondencia con el contenido de hechos de la solicitud. En este sentido el órgano jurisdiccional deberá de forma concreta responder en su resolución de la petición de la especial urgencia, motivando en un sentido u en otro la misma, para no incurrir en ningún tipo incongruencia, por lo tanto, juega siempre un papel importante esa solicitud, ese primer escrito presentado ante el órgano jurisdiccional.

2.- Se configura en la norma a través del art. 135.1-a) LJCA que se apreciará la especial urgencia, se adoptará o denegará la misma teniendo en cuenta los presupuestos del art. 130 LJCA. Esto nos conduce a ratificar lo referente a la aproximación teórica realizada de los presupuestos que conforman las medidas cautelares y su interpretación en el presente ámbito de especialización, así como poder demostrar que en este tipo de medida

las medidas cautelarísimas y, por último, a las costas procesales. En cuanto a lo que aquí nos interesa las medidas cautelarísimas señala el Preámbulo de dicha norma, “*se modifica la regulación de las denominadas medidas cautelarísimas, recogiendo las verdaderas posibilidades que en la actualidad se están llevando a cabo por los órganos judiciales: apreciar la especial urgencia y citar a la comparecencia, apreciar la especial urgencia y denegar la medida cautelar inaudita parte o bien no apreciar la urgencia y decidir tramitar conforme a las reglas generales, añadiendo la posibilidad de alegaciones por escrito en vez de comparecencia. Por otra parte, se prevé con carácter expreso la necesaria intervención del Ministerio Fiscal en determinados supuestos que afecten a menores de edad*”

¹⁵⁴³ Dentro de esa hermenéutica histórica hay que recordar la ya mencionada STC Sala 1ª, nº 17/85, FJ 2-3, la cual quizás el legislador en la reforma de la LMAP la haya tenido presente, en cuanto a que las normas que contienen los requisitos formales para acceder a los recursos han de ser aplicadas teniendo siempre presente, el fin pretendido al establecer dichos requisitos, evitando cualquier exceso formalista.

¹⁵⁴⁴ Cara Fuentes, E. I., (2014). *Medidas cautelares y jurisdicción contencioso administrativo (Problemática y Soluciones)*. Colección: El Derecho Práctico. Málaga: Fundación Asesores Locales., pp 37 y ss. Magro Servet, V., (2012). “Análisis de la Ley de Medidas de Agilización Procesal”,..., op. cit., pp. 15-23. Rodríguez Carbajo, R. J., (2011) “¿Agilización procesal o eliminación procesal?”..., op. cit., p. 2451. Barranco Escañuela, D., (2011). “Las nuevas medidas de agilización procesal en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa”. *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, (nº 22). Wolters Kluwer. La Ley, pp. 2610 y ss. Campos Sánchez-Bordona, M., (2010) “Comentario Artículo 130”, op. cit., SP/DOCT/5240, recuperado 5-04-2018.

¹⁵⁴⁵ ATS Sala 3ª, Pleno nº 240/07, Rec. 47/2006, FD 7.

cautelarísima el *fumus boni iuris* tiene un papel fundamental, si su intensidad es de tal magnitud que puede junto a la especial urgencia conllevar a la suspensión inicial.

En el inciso a) del art. 135.1 LJCA, se han dado supuestos donde han existido defectos procesales de orden público, denegando la medida cautelarísima, indicando que cabía recurso de apelación¹⁵⁴⁶. Como se ha dicho, el auto inicial por imperativo legal no es recurrible en apelación, además de ser un auto no definitivo, (art. 79.1-2 y art. 80.1-a, ambos LJCA). Siendo solo recurrible el segundo auto dictado después de la audiencia o comparecencia, al ser definitivo, dicho recurso es a un solo efecto según art. 80.1-a) LJCA. Respecto a este último auto, la norma no fija plazo para su dictado, (se entiende que debe ser inmediato, por analogía, se puede entender que sean dos días, como el plazo inicial, o pueden cinco días de acuerdo con el art. 131 LJCA), el mismo levantaría, mantendría o modificaría la medida adoptada. La sumatoria de todos estos plazos puede computar, entre, siete días hábiles mínimo o incluso puede llegar a los diez días, tiempo suficiente para la ejecutoriedad del acto, si el mismo no fue suspendido inicialmente. De haber sido suspendido, pero debido a otros defectos procesales, no comunicación adecuada al órgano administrativo de la suspensión inicial, la Administración puede ejecutar el acto administrativo correspondiente. En este último aspecto, téngase en cuenta que en el primer momento no participa como parte la Abogacía del Estado en representación de la Administración, cosa diferente es ya en trámite procesal del art. 131, donde el resultado del proceso es notificado directamente al letrado público de la Administración demandada, con lo que ha de presumirse este conocimiento, (en este sentido *mutatis mutandis*, la ya señalada STS Sala 3ª, Sec. 2ª, nº 1551/20, Rec. 6226/18, que remite a la nº 1307/20, de 15-10-2020, Rec. 315/2018, la cual razona la responsabilidad y carga de los letrados públicos, que no sólo defiende sino representan - por ley- a aquélla, equivaldría el incumplimiento de comunicación, el no conocimiento o noticia de resultado a su representada un evidente quebranto, por lo demás, del principio de buena Administración, que no podría justificar, en una Administración regida por el principio de personalidad jurídica única, esa especie de derecho a ignorar lo que por fuerza debe saberse).

De producirse los defectos procesales de orden público señalados, no trámite de audiencia o comparecencia, no dictarse el segundo auto (recurrible), entre otros, se limita, i) el derecho de defensa y principio de contradicción, no se pueden presentar, alegar o defender las circunstancias de inicio y las nuevas que hubiesen podido surgir en dicho plazo o profundizar en las ya existentes, ii) el acceso al recurso configurado por ley, iii) se puede ejecutar el acto administrativo, pudiéndose causar daños irreversibles, iv) de ser revocado en el proceso principal el acto administrativo, dichos daños (al ser muchos irreversibles), también pasaran a ser difícilmente reparables.

3.- Al normativizarse a través del art 135.1-b) LJCA la no apreciación de las circunstancias de especial urgencia y proceder a ordenar la tramitación del incidente cautelar ordinario (art. 131 LJCA), se generan por un lado, garantías de defensa que a través de dicho cauce procesal el justiciable puede volver a exponer sus circunstancias y

¹⁵⁴⁶ STSJ Madrid (Contencioso), Sec. 5ª, nº 895/15, de 08-09-2015, Rec. 342/15, FD 4. Este supuesto es un reflejo de lo expuesto. El juzgador de instancia denegó la medida cautelarísima, indicando que cabía recurso de apelación. Sin embargo, no procedió conforme al art. 135.1-a) LJCA, dar audiencia o comparecencia a la demandada. Finalmente, el TSJ inadmite el recurso de apelación atendiendo al art. 135.1-a), anulando el auto apelado en el extremo relativo a que contra el mismo cabía recurso de apelación, sin realizar más ningún otro pronunciamiento.

aquellas pruebas que puedan estar dirigidas a conformar los presupuestos del art. 130 LJCA. A su vez pueden generar varios aspectos negativos traducidos en defectos procesales de orden público, i) no apreciar las circunstancias de especial urgencia y no ordenar la tramitación por el art. 131 LJCA (que daría lugar a su vez a tres subtipos de defectos procesales que comentaremos seguidamente), ii), la prohibición de solicitar, acceder nuevamente a la solicitud de medida cautelar¹⁵⁴⁷ y un iii), la prohibición jurisprudencial de recurso impugnativo contra el auto que no aprecia las circunstancias de especial urgencia, atendiendo al art. 79.1-2 y art. 80.1- a), ambos LJCA.

Este inciso b) a diferencia del a), no señala plazo para dictar el auto no apreciando la especial urgencia, se entiende que por analogía el plazo para adoptar la medida es también de dos días en igual sentido que el inciso a). Tampoco se señala plazo para ordenar en su caso a conformar la pieza separada -art. 131 LJCA-, procedimiento ordinario de las medidas cautelares (se entiende que sea en los propios dos días antes referenciados). En sentido general, en este inciso b) el plazo se computaría en un total de diecisiete días hábiles. Cuando en realidad, como es conocido en la mayoría de los casos la pieza separada alcanza meses de tramitación. No obstante, a ello en el plazo de tiempo señalado, diecisiete días hábiles, el acto administrativo puede ser ejecutado inmediatamente después que no haya sido acordada la suspensión por la especial urgencia.

4.- Se introduce concretamente para la especialidad en estudio, el apartado segundo del art. 135 LJCA al cual se le aplicaran las características anteriores y la generales antes citadas.

De lo hasta aquí expuesto en sentido general el art. 135. 1 a) y b) LJCA, se opone al art. 13 del CEDH, al art. 47 CDFUE y al propio art. 24 CE, repercutiendo ello sobre el art. 135.2 LJCA, atendiendo a que el mismo remite al primero.

3.3.5.3-b)- Limitación legislativa.

Respecto a las limitaciones en ámbito legislativo es necesario distinguir varios aspectos. Es cierto que desde la primera regulación en 1998 se logra normativamente regular una problemática que se había conformado jurisprudencialmente. Sin embargo, esta misma causa positiva se revierte en cierta medida como causa negativa en cuanto a la configuración legal que realizó el legislador en el año 2010 y luego en el año 2011 y no tener en cuenta aspectos consagrados por la jurisprudencia y doctrina en esos momentos. Estos aspectos jurisprudenciales y doctrinales responden tanto a lo interno, como a la jurisprudencia convencional, sobre un recurso efectivo y eficaz, sin trabas u obstáculos procesales, de acceso real y efectivo. Por demás dicha regulación desde el punto de vista de su redacción se fue haciendo compleja, su resultado actual y vigente es una redacción confusa y compleja que ha derivado en una interpretación prolifera.

También ha de verse como positivo que el legislador ha previsto la configuración y regulación de la materia en estudio, el asilo político y condición de refugiado, art. 135.2 LJCA (no me detendré en la incorrecta definición del legislador sobre esta última materia,

¹⁵⁴⁷ Murillo de la Cueva, P. L., (2016) “Medidas Cautelares”, en E. Espín Templado. (Coord.). R. Fernández Montalvo, P. L. Murillo de la Cueva, M. P. Teso Gamella & J. A. Xiol Ríos. *Comentarios de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 860-890. Concretamente en p. 886, señala “No parece tener sentido la previsión de un recurso en tal hipótesis porque, entonces, el auto en cuestión se convierte en el punto de partida del procedimiento ordinario. Pasa a ser, pues, una suerte de acto de trámite no cualificado y, además, sucede que es posible llegar a una decisión sobre las pretensiones cautelares en prácticamente el mismo tiempo que tardaría en resolverse ese recurso.”

Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria), se hace extensivo al presente artículo lo señalado en el párrafo anterior. Como veremos, dichas deficiencias de configuración repercuten en las garantías y derechos de los justiciables extranjeros. Estas deficiencias se agudizan cuando el legislador en el art. 135.2 LJCA, bajo una misma redacción agrupa dos materias, extranjería y protección internacional, ya de por sí, como es conocido, las materias mencionadas llevan tratamiento interpretativo diferente. Seguidamente, se mantiene el término “retorno”, que como ya he señalado, o el legislador lo tomo literalmente del Acuerdo del CGPJ o del DUE (Directiva 2008/115 CE), para de forma abrupta señalar que si el “afectado” es un menor de edad, el órgano jurisdiccional oirá al Ministerio Fiscal con carácter previo a dictar el auto.

El legislador conoce que la materia de extranjería y asilo/protección internacional son materias diferentes, aunque puedan tener puntos convergentes desde el punto de vista de principios y regulación normativa internacional, regional, supranacional y en nuestro propio derecho interno, es totalmente diferente. Por ello, no se entiende como el legislador introduce el término “retorno”, sin tener en cuenta, ni mencionar si quiera, el principio de no devolución.

Como se ha señalado reiteradamente los Estados tienen el margen de maniobra o apreciación, legitimación plena en cuanto a su política migratoria y pueden hacer retornar o expulsar a los nacionales de terceros países en situación irregular, siempre y cuando respeten plenamente el principio de no devolución. Este aspecto como se ha sostenido no es baladí, de no tenerse una correcta y abarcadora interpretación de tal principio, traerá serias limitaciones al acceso recurso cautelar. De la interpretación hermenéutica gramatical, indica que el legislador limita esta medida a aquellas situaciones que solo “impliquen retorno”, obviando el principio de no devolución, que ha sido admitido como un elemento de la definición de la especial urgencia a través de la jurisprudencia.

Sobre el término “retorno” tampoco queda claro que alcance tendrá, si comprenderá aquellos supuestos de las devoluciones colectivas o las denominadas devoluciones en caliente o solo comprenderán las situaciones que susciten en fronteras habilitadas.

A lo anterior ha de agregarse, que si para la determinación de las medidas cautelares del art. 135.2 LJCA hay que remitirse a los incisos a) o b) del art. 135 LJCA, esto nos conduce al art. 130 de la misma norma, no hacer perder su finalidad legítima al recurso, -fórmula del *periculum in mora*-, continúa subsistiendo, a pesar de la supuesta celeridad, agilidad y especial urgencia, la posibilidad del privilegio de la autotutela ejecutiva de que goza la Administración. No se interpreta el *periculum in mora*, desde el punto de la previsibilidad de situaciones materialmente irreversibles, cuyas consecuencias dañosas, como he señalado reiteradamente son de imposible o difícil reparación. Unido a ello, si la proporcionalidad/razonabilidad de los intereses involucrados no es analizada como se ha venido sosteniendo, equilibrio de perjuicios/beneficios justos y razonables sobre los derechos fundamentales en cuestión, entonces esa razonabilidad dejara de tener una perspectiva axiológica. Al hacerse prevalecer la fórmula del *periculum in mora*, resultado final del proceso, volvemos a lo ya analizado, la determinación de la intensidad del *fumus boni iuris*. En esta reforma de agilización procesal el legislador tampoco tuvo en cuenta para la medida cautelarísima la intensidad del *fumus*.

El *fumus*, junto a la especial urgencia se convierten en una combinación que permite la apreciación, de contenidos adicionales de situaciones de derechos subjetivos en estrecha

relación con la dignidad humana y el desarrollo de la personalidad, teniendo como derecho conector, el derecho fundamental a la tutela judicial cautelar.

Por último, de la técnica legislativa empleada se puede interpretar que en caso de los supuestos donde exista retorno, ya sea en la materia de extranjería, asilo y protección internacional, es solo para aquellos supuestos donde existan menores, al señalar la conjunción “y” el afectado sea un menor de edad. La conexión o nexo copulativo puede llevar a interpretar gramaticalmente que solo sería aplicable a aquellos supuestos donde existan menores, obviando situaciones de enfermedad, discapacidad, embarazo.

El legislador en su configuración del art. 135.2 LJCA obvia o restringe los supuestos ya estudiados y previstos en la LO 4/00, provenientes del derecho internacional y del DUE, salud, mujeres embarazadas, trata, tráfico de personas, entre otras, afectando con ello la incorporación al derecho interno del derecho convencional, así como el contenido del derecho fundamental a la tutela cautelar judicial efectiva en la presente especialidad. En fin, es una redacción deficiente y restrictiva

3.3.5.3-c)- Limitación de acceso al recurso art. 135. 1-a) y b.

Para tener una mejor comprensión de todo lo que se expondrá a continuación en el ámbito de acceso al recurso del art. 135.2 LJCA, se hace necesario primeramente recordar un aspecto importante del art. 135.1 LJCA, el mismo otorga al órgano judicial dos momentos importantes en el *iter* procesal.

El primer momento, inciso a) del art. 135 LJCA, el cual internamente tiene dos juicios conjuntos, unísonos, estrechamente relacionados e interdependientes uno del otro, pero a su vez diferentes, uno, determinación de la urgencia, el otro la concurrencia. Se ha de apreciar inicialmente o no, la especial urgencia, que a su vez en acto conjunto deriva al juicio de concurrencia para la determinación del resto de los presupuestos materiales del art. 130 LJCA, adoptando inicialmente dicha medida urgente mediante resolución judicial (auto), contra este auto no se dará recurso alguno (aspectos que como se ha señalado serán abordados en capítulo VI. 4). Luego en el plazo de tres días dar lugar a la audiencia o comparecencia a la parte contraria o convocará a las partes respectivamente. Recibidas las primeras o transcurrido el plazo en su caso o bien celebrada la segunda, el juez o tribunal volverá solamente a valorar en este momento la concurrencia de los presupuestos art. 130 LJCA (ya ha sido superado el juicio de la determinación de la especial urgencia), dictará auto sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada inicialmente. Dicha resolución judicial será recurrible conforme a las reglas generales.

Internamente el juzgador en dicho juicio inicial puede apreciar y estimar la especial urgencia, suspender el acto, pero en dicha valoración unísona y de concurrencia de los presupuestos del art. 130 LJCA puede denegar el resto de las medidas solicitadas. Lo cierto es que el juzgador está obligado por ley a que se proceda a la admisibilidad del recurso para apreciar la urgencia, cosa distinta es su apreciación o no y resto de presupuestos. Luego, también por imperativo legal, está obligado, apreciada solamente la urgencia a dar trámite de audiencia a la parte contraria o bien convocar a las partes a una comparecencia, donde en definitiva, como se ha dicho se deberán volver a enjuiciar los presupuestos del art. 130 LJCA y se dictara un nuevo auto de levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada, siendo este último recurrible por las reglas generales. En este supuesto del inciso a) del art. 135 LJCA, se ha de tener también en cuenta, la citación y participación e interese de terceros.

El segundo momento es el inciso b) del art. 135 LJCA. Aquí a su vez se dan dos subtipos de trámites procesales, i) coincidente con el inciso a), apreciar o no la especial urgencia, de no apreciarse se dictará auto (también no recurrible, en este inciso el legislador no realiza ningún pronunciamiento expreso prohibitivo en cuanto a la impugnación o recurribilidad del citado auto, aunque como se ha dicho jurisprudencialmente se ha definido que el mismo no agota o termina la pieza art. 79.1-2 y 80.1-a, ambos LJCA). También existe en este inciso b) la obligación de la admisibilidad del recurso cautelar para la apreciación o no de la especial urgencia y ii) no apreciada la especial urgencia, se ordenará la tramitación del incidente cautelar conforme al art. 131 LJCA, se configura así por el legislador una segunda obligación, ordenar seguidamente según el *iter* procesal, el trámite ordinario del art. 131 LJCA, el cual cumplirá el cauce en él señalado.

3.3.5.3-c)-1- Limitación del art. 135.2 respecto al art. 135.1-a).

Expuesto lo anterior, se analizará los incisos a) y b) del inciso 1 del art. 135 LJCA en relación con el apartado 2 del mismo.

Se toman como antecedentes para su estudio las características generales señaladas con anterioridad. De todas ellas hay tres aspectos de relevancia procesal, i) lo concerniente a la especial urgencia, ii) lo referente a la limitación de la prohibición que los interesados puedan solicitar nuevamente medida alguna al amparo del art. 135.1-b) y iii) no acceso a la recurribilidad, impugnabilidad del auto inicial, tanto en el inciso a) como b) del art. 135.1 LJCA (aspecto que como he mencionado se analizara en Capítulo VI. 4).

En cuanto a la especial urgencia, no lleva mayor análisis que el ya realizado. Como se ha dicho, la misma se ha definido y está conformada por la jurisprudencia, la cual ha señalado que no pueden existir limitaciones de accesibilidad/admisibilidad respecto a la misma. Por lo que limitar el acceso a la medida cautelarísima constituye una violación, un defecto procesal del procedimiento de orden público y de la tutela judicial efectiva. La casuística concreta respecto al art. 135.2 LJCA, se centra fundamentalmente en aquellas solicitudes que se efectúan en el servicio de guardia juzgados de instrucción según el Acuerdo del CGPJ y aquellas que se producen concretamente en los juzgados de contencioso administrativo respecto a cuestiones de competencia territorial (aspectos que se verán seguidamente).

En cuanto a las limitaciones de acceso al recurso, son de aplicación las referenciadas del art. 135.1-a), destacando como aspecto negativo, las siguientes:

1.- La establecida por el propio legislador en su configuración legal, la imposibilidad de ejercer la impugnación o recurribilidad del auto dictado. Unido a dicha prohibición de configuración legal se entiende además que el auto en cuestión no es definitivo debido a que en los tres días siguientes se dará audiencia o bien se convocará a comparecencia, teniendo por ello un carácter perentorio. Este último repercute en el procedimiento de la medida cautelarísima, no consiente demoras ni retrasos¹⁵⁴⁸. Esta prohibición normativa más que una agilización procesal, entiendo es una limitación impuesta por el legislador en la configuración legal del contenido esencial del art. 24.1 CE, en la vertiente de acceso a un recurso impugnativo efectivo y eficaz respecto de la tutela cautelar, contraria como he señalado a la propia naturaleza jurídica del recurso efectivo y eficaz según el art. 13

¹⁵⁴⁸ Teso Gamella, M. P., (2007). *Medidas Cautelares...*, op. cit., p. 175, señala la autora además que ello se debe sobre todo a que la tramitación del incidente cautelar acaba de comenzar, faltando para su sustanciación la citación de las partes la comparecencia.

CEDH en correspondencia con el art. 47 CDFUE y del propio art. 24 CE. Considerando que dicho contenido se puede adicionar a partir de sentencias prospectivas que tengan en cuenta los derechos antes mencionados.

En este sentido también puede existir otra lectura interpretativa y es la referente a que se entiende que este inciso a) estima la pretensión del recurrente al adoptar la medida de suspensión, por lo tanto, no tendría sentido impugnar su propia pretensión favorable. De haber sido denegada cualquier otra medida solicitada, la misma se podrá volver a solicitar en el momento de la audiencia o comparecencia.

2.- Se genera inseguridad jurídica al producirse defectos procesales de orden público como los de no dar trámite a la audiencia o comparecencia o retraso (no citación en tiempo y forma para la audiencia o comparecencia, por lo que hay que fijar nuevo señalamiento). Al remitir el art. 135.2 LJCA al apartado 1-a) del mismo artículo¹⁵⁴⁹, no está exento el primero de dichos defectos procesales. Estos como se ha dicho, imposibilitan a las partes ejercer su derecho de defensa de sus intereses y del ejercicio del principio de contradicción, imposibilidad de ratificar o aportar nuevas circunstancias o elementos nuevos surgidos posteriormente al incidente inicial o que no se hayan podido presentar precisamente por la especial urgencia. De haber sido apreciada la especial urgencia¹⁵⁵⁰ y haberse suspendido el acto, no adoptarse alguna otra medida solicitada pero no cumplirse el trámite señalado (audiencia/comparecencia, para levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada), trae no solo violaciones del orden público procesal, sino que también posibilita la ejecución del acto administrativo con los respectivos daños irreversibles.

Ante esta segunda circunstancia limitativa, pueden existir tres remedios procesales, i) hacer uso del art. 241 LOPJ, nulidad, para reparar la vulneración del derecho fundamental del art. 24.1 CE, atendiendo a los defectos procesales de omisión, tramite audiencia comparecencia, vulneración del derecho a la tutela cautelar efectiva y eficaz, un proceso con garantías, ii) hacer uso del art. 79.1 LJCA, recurso reposición bajo los mismos argumentos anteriores y iii) volver a instar la solicitud de medida cautelarísima, aportando nuevamente las circunstancias de especial urgencia que hubiesen existido y que aún se encuentran presentes y las nuevas que pudiesen haber surgido. Los propios defectos de orden procesal constituirán un *plus* reforzado de especial urgencia. Dicho de otra forma, los propios defectos procesales se convierten en una protección reforzada de esa nueva especial urgencia, o como señalan SALA SÁNCHEZ, XIOL RÍOS y FERNÁNDEZ MONTALVO, cabe entender que el juez ante estas anomalías podrá modificar la decisión adoptada si tiene conocimiento de nuevos hechos o circunstancias (ello a *sensu contrario* del art. 132.2 LJCA), no eximiendo de dar cumplimiento a la audiencia o comparecencia para decidir de manera definitiva sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación

¹⁵⁴⁹ SSTSJA, (Sede Málaga), Sala (Contencioso), Sec. 2ª, nº 2344/17, de 27-11-2017, Rec. 1259/17, FD 5 y nº 2276/17, de 17-11-2017, Rec. 1258/17, FD 5-6. STSJM Sala (Contencioso), Sec. 2ª, nº 1148/2012, de 19-07-2012, Rec. 463/2012 FD 4. Internamiento, luego solicitud de cautelarísima ante la ejecutoriedad del acto. Defecto procesal de orden público, el auto al desestimar la medida cautelar urgente, sin acordar que prosiguiera el curso de la pieza conforme al procedimiento de las medidas cautelares ordinarias (art.131 LJCA), como imperativamente se remite el art. 135.2 LJCA. Lo que implica que deben retrotraerse actuaciones a efectos de que se tramiten las medidas ordinarias.

¹⁵⁵⁰ ATS Sala 3ª Sec. 1ª, nº 759/03 de 24-01-2003, Rec. 3364/01, RJ 1.

de las mismas¹⁵⁵¹. En todo caso, siempre la medida podrá volverse a solicitarse al momento de la interposición del recurso, otra cosa es que la misma sea efectiva y eficaz en ese momento, sino es que ya se ha realizado la ejecutividad del acto.

3.3.5.3-c)-2- Limitación del art. 135.2 respecto al art. 135.1-b).

El análisis del art. 135.2 respecto al art. 135.1-b), ambos LJCA es más complejo, partiendo de la propia redacción y contenido del segundo. Este puede tener tres circunstancias interpretativas respecto al art. 135.2 LJCA. El método que utilizaré para el estudio de las mismas es la hermenéutica jurídica gramatical.

La primera circunstancia es la relativa a la redacción del art. 135.1-b), en cuanto a “*no apreciar las circunstancias de especial urgencia y ordenar*”. La segunda circunstancia es que “*durante la cual los interesados no podrán solicitar nuevamente medida alguna al amparo del presente artículo*”. La tercera, como se ha señalado insistentemente, la irrecurribilidad del auto inicial de no apreciar la especial urgencia, a pesar de no señalar nada el legislador al respecto. Como se ha venido señalando, este aspecto se analizará en Capítulo independiente (se determinará si dicho auto puede ser objeto de impugnación a través de recurso de apelación o casación, art. 80.1-a) y art. 87.1-b), respectivamente, o recurso de reposición art. 79.1, todos LJCA).

Estas circunstancias darán al traste con varias situaciones complejas y casuísticas que genera la especialidad en estudio, todas con diferentes soluciones.

Comienzo el análisis por la circunstancia “*no apreciar las circunstancias de especial urgencia y ordenar*”. Esto a su vez nos deriva a tres sub-tipos internos, i) que se cumpla el procedimiento del art. 135.1-b), es decir, admisibilidad del recurso, que no produzcan ningún defecto procesal de orden público, se dicte auto no apreciando las circunstancias de especial urgencia y se ordene la tramitación del incidente cautelar conforme al art. 131 LJCA¹⁵⁵², ii) admisibilidad del recurso, dictado el auto de no apreciación de las circunstancias de especial urgencia, pero que no se ordene el curso del proceso de acuerdo al art. 131 LJCA y iii) no admisibilidad del recurso, no sea abra a trámite el incidente cautelar, no sea dictado el auto sobre la apreciación o no de las circunstancias de especial urgencia, sino, que se dicte auto o incluso providencia de no, admisibilidad del recurso, por ende, que no se dé curso del art. 131 LJCA.

De forma general y antes de dar paso a los sub-tipos señalados, exponer que en este inciso b) del art. 135 LJCA el legislador no realizó pronunciamiento respecto al plazo de no apreciar la especial urgencia y dictar el auto correspondiente. Se entiende como se señaló *supra* que por analogía el plazo para adoptar la medida es también de dos días en igual

¹⁵⁵¹ Sala Sánchez, P., Xiol Ríos, J. A. & Fernández Montalvo, R., (2013). *Derecho procesal...* op. cit., (T. VI, art, 131 p. 967).

¹⁵⁵² En este sentido se han de tener presente los antecedentes jurisprudenciales al respecto tales como SSTS Sala 3ª, Sec. 3ª, nº 2318/11 de 3-05-2011 Rec. 5007/10, FD 2-4 y nº 2485/11 de 5-05-2011 Rec. 6037/10, FD 1-2. AATS Sala 3ª, Sec. 1ª, nº 10113/11 de 6-10-2011, Rec. 1809/11; nº 10122/11 de 6-10-2011, Rec. 1827/11; nº 11312/11 de 3-11-2011, Rec. 339/11, nº 1487/12 de 26-01-2012, Rec. 3117/11; nº 2463/12 de 16-02-2012, Rec. 3610/11, nº 2462/12 de 16-02-2012, Rec. 3535/11 y nº 3655/12 de 15-03-2012, Rec. 2855/11. En todos ellos se sostuvo que, si no se concedía la medida por razones de la especial urgencia, debía procederse a la apertura de una pieza de medidas cautelares. Dictándose oportunamente el auto correspondiente, pudiendo este nuevo auto ser recurrible. Se ratifica la doctrina de la restricción de la posibilidad de recurso del primer auto no apreciando la urgencia, la que está plenamente justificada y, en realidad, no supone sino diferir a una fase ulterior (aquella en que se resuelve de modo definitivo sobre la procedencia de la cautela).

sentido que el mismo plazo que el inciso a). De no ser apreciada las circunstancias de especial urgencia, tampoco se señala plazo para ordenar o remitir en su caso a conformar la pieza separada de acuerdo con el art. 131 LJCA, se entiende igualmente que deba ser en los dos primeros días, para luego dado el reparto al juzgado o tribunal correspondiente, continuar por el cauce y plazos del art. 131 LJCA. Esta falta de previsión de plazos para la especialidad en estudio es un atentado directo contra el derecho a la tutela judicial cautelar efectiva del actor extranjero vulnerable, generando una inseguridad jurídica y a su vez potenciando la autotutela ejecutiva de la administración. No se puede olvidar el contexto de la medida solicitada art. 135 LJCA, especial urgencia, ante actos inminentes de expulsión, devolución, prohibición de entrada, entre otros. Se podrá alegar teóricamente de contrario que llegado este momento ha precluido la especial urgencia debido a que se debe dar orden a continuar al trámite del art. 131 LJCA, lo cual es cierto, pero como se ha señalado, al no adoptarse medida de suspensión la ejecutoriedad del acto se mantiene activa y puede ser ejecutado el mismo pudiéndose materializar los daños irreversibles.

En cuanto al primer subtipo, i): que se cumpla el procedimiento del art. 135.1-b), y no se produzca ningún defecto procesal de orden público, dentro de “*no apreciar las circunstancias de especial urgencia y ordenar*”, ratificar que el auto inicial, según la interpretación jurisprudencial dada por el TS, es un auto que no pone fin a la pieza separada de medidas cautelares (arts. 79.1 y 80.1-a, ambos LJCA), debido a que ordena remitir al proceso ordinario del art. 131 LJCA. Sobre este aspecto se ratifica que en este inciso b), el legislador en su configuración legal no realizó ninguna prohibición expresa y categórica sobre la posibilidad de impugnación de ese auto, como si lo hizo en el inciso a). Dicho de otra forma, si el legislador hubiese querido en su configuración legal decir que en el inciso b) tampoco el auto era recurrible, lo habría redactado, como mismo se redactó en el inciso a). Quiere esto decir que el criterio sostenido de no recurribilidad del citado auto, responde a una interpretación jurisprudencial dada por el TS de los arts. 79.1 y 80.1-a), respecto a que dicho auto no es definitivo (aspectos que como he señalado serán valorados en el Capítulo VI. 4).

El subtipo ii) admisibilidad del recurso: dictado el auto de no apreciación de las circunstancias de especial urgencia, pero que no se ordene el curso del proceso de acuerdo al art. 131 LJCA. Este defecto procesal de orden público genera una indefensión agravada, una inseguridad jurídica del justiciable, pues anula por completo la posibilidad de que en el trámite ordinario del art. 131 LJCA puedan ser apreciadas sus circunstancias. Este supuesto se agrava aún más al no poder presentar recurso impugnativo atendiendo a la limitación dada por los razonamientos jurisprudenciales citados. Sin embargo, el presente supuesto puede tener otra lectura, dicha lectura es la siguiente, al no existir prohibición alguna por el legislador respecto al recurso impugnativo y haber el juzgador con su auto de no apreciación de las circunstancias de especial urgencia -no suspensión del acto administrativo- y no dar la orden de tramitar por el art. 131 LJCA, se puede entender por terminada la pieza separada de medidas cautelares, lo que material y procesalmente estaría en correspondencia con el art. 80.1-a) LJCA.

De no ser aceptadas las interpretaciones anteriores la pregunta de orden sería ¿cómo enfrentar estas dos indefensiones procesales vinculadas al derecho de defensa y la tutela judicial efectiva, a través de qué remedio procesal? Entiendo sería a través de los remedios procesales antes enunciados, nulidad de todo lo actuado ante el mismo órgano jurisdiccional, por una parte, por no cumplirse el trámite procesal del art. 131 y por otra,

porque no existe limitación de configuración legal respecto al recurso impugnativo por parte del legislador. Hacer uso del art. 79.1 LJCA, recurso reposición bajo los mismos argumentos anteriores, volver a instar la solicitud de medida cautelarísima. Cosa distinta como he dicho sería la efectividad y eficacia de los remedios procesales enunciados en relación con la ejecutoriedad del acto administrativo.

En el subtipo iii) no admisibilidad a trámite del incidente cautelar del art. 135.1-b), no sea dictado el auto de no apreciación de las circunstancias de especial urgencia, sino, que se dicte auto o incluso providencia, no admitiendo la misma¹⁵⁵³, por ende, no se da curso del art. 131 de la misma norma, son disfunciones procesales *in limine litis*¹⁵⁵⁴, que llevarían a una situación de extrema indefensión e inseguridad jurídica. En virtud de ello será de solicitud inmediata ante el propio órgano jurisdiccional la nulidad de lo actuado, así como el cumplimiento del mandato legal de admitir a trámite la solicitud de la medida cautelarísima.

Toca ahora analizar lo referente a la segunda circunstancia “*durante la cual los interesados no podrán solicitar nuevamente medida alguna al amparo del presente artículo*”. Esta se analizará en similares condiciones a la anterior, es decir, atendiendo a los mismo sub-tipos.

Antes de dar paso a los mismos, es necesario preguntarnos ¿a qué artículo se refiere el legislador cuando señala “...al amparo del presente artículo”, al art. 131 o al art. 135, ambos de la LJCA? Una segunda pregunta, de aparecer nuevas circunstancias de especial urgencia o ser las mismas sostenidas en el tiempo, ¿que tramite se adoptaría o no se pueden presentar o solicitar nueva medida cautelarísima?

En cuanto a la primera interrogante, entiendo se refiere al art. 135 LJCA, ya que precisamente el juzgador por las razones y circunstancias que sean que no vienen al caso ahora tratar, ha resuelto no apreciar la especial urgencia y ordena pasar al trámite ordinario. Por lógica jurídica se ha abierto la pieza separada del art. 131 LJCA, no es necesario abrir otra pieza separada de medidas cautelares para analizar nuevas circunstancias. De aparecer estas se pueden aportar en la misma pieza y según visto el *iter* procesal del trámite ordinario agotado el mismo y habiéndose dictado el auto, las partes podrán solicitar en dicha pieza separada, de acuerdo al art. 132 LJCA modificación o revocación de la medida adoptada y también poder aportar a través de dicha vía las nuevas circunstancias.

El problema se tuerce, en la segunda interrogante, de aparecer nuevas circunstancias de especial urgencia o mantenerse aquellas sostenidas en el tiempo, que es lo que parece indicar limitar el legislador con su configuración, no se pueden solicitar a través del art. 135 LJCA. Entiendo teleológica y axiológicamente que estas últimas pueden ser presentadas nuevamente en una nueva solicitud de cautelarísima para apreciar esas nuevas circunstancias de especial urgencia las cuales se tramitarían de acuerdo al propio art. 135 LJCA¹⁵⁵⁵.

¹⁵⁵³ STSJM (Contencioso), Sec. 6ª, nº 295/2015, de 30-06-2015, Rec. 209/15, FD 2.

¹⁵⁵⁴ Murillo de la Cueva, P.L., (2016) “Medidas Cautelares”..., op. cit. p. 887.

¹⁵⁵⁵ En este sentido Sala Sánchez, P., Xiol Ríos, J. A. & Fernández Montalvo, R., (2013). *Derecho procesal*...op. cit., (T. VI, art. 131 p. 967). Opinión contraria Teso Gamella, M. P., (2007). *Medidas Cautelares*..., op. cit., pp. 178-179, cuando señala que en los casos que se deniegue la medida cautelar por considerar que pese a existir una especial urgencia, no están presente el resto de los presupuestos establecidos en la LJCA únicamente podrá reiterarse la petición en el trámite del procedimiento ordinario

Concretamente en cuanto al primer subtipo, que se cumpla el procedimiento del art. 135.1-b), admisibilidad del recurso, no se produzcan ningún defecto procesal de orden público, se dicte auto no apreciando las circunstancias de especial urgencia y se ordene la tramitación del incidente cautelar conforme al art. 131 LJCA. En este caso de surgir alguna nueva circunstancia puede ser aportada en el trámite del art. 131 LJCA.

En cuanto al sub-tipo segundo admisibilidad pero no se ordena el curso del proceso de acuerdo al art. 131 LJCA y aparecer nuevas circunstancias, se pueden adoptar los remedios procesales antes citados, nulidad, recurso reposición o como se ha dicho volver a instar la solicitud de medida cautelarísima

En cuanto al tercer sub-tipo no admisibilidad a trámite del incidente cautelar del art. 135.1-b), no sea dictado el auto de no apreciación de las circunstancias de especial urgencia, sino, que se dicte auto o incluso providencia, no admitiendo la misma, como se ha dicho son disfunciones procesales *in limine litis*, que bajo la circunstancia en análisis, de no poder solicitar nuevamente medida alguna al amparo del presente artículo, perdería dicha resolución judicial toda su efectividad jurídica y conllevaría la nulidad de lo actuado, así como presentación y solicitud nuevamente de la medida cautelarísima.

3.3.5.4- Servicio de Guardia. Juzgados de instrucción y contencioso-administrativo. Reglamento 1/05 CGPJ. Acuerdo de 2007. Su vigente legalidad.

3.3.5.4- a)- Consideraciones previas.

Como he tratado la medida cautelarísima del art. 135 LJCA, tiene una estrecha relación con el Servicio de Guardia Juzgados de Instrucción y con todo lo relacionado con el Acuerdo del CGPJ de 2007. Existen en dicho Acuerdo determinadas definiciones y requisitos procesales que dificultan desproporcionadamente el acceso a la jurisdicción y al recurso cautelar¹⁵⁵⁶ en la medida cautelarísima en la presente especialidad. Estas traen consigo problemas de admisibilidad, que van, como se ha dicho, desde problemas sustantivos o materiales y procesales.

En cuanto a los problemas sustantivos o materiales tenemos, desconocimiento del día, hora, nº de vuelo; supuestos en que el justiciable se encuentra en áreas de embarque de la zona internacional del aeropuerto o incluso en el propio avión¹⁵⁵⁷, -estos en estrecha relación con la determinación de la imputabilidad de la pérdida del recurso, responsabilidad del órgano jurisdiccional, de la administración, o responsabilidad del interesado, justiciable por actuar con negligencia, un dejar de hacer irresponsable, por sus

general. Jurisprudencialmente AATS Sala 3ª, Sec. 4ª, nº 2245 de 31-03-2020, Rec. 91/20, dictado en pieza de medidas cautelarísimas, especial urgencia por Covid 19, RJ 2, donde señala claramente que la actora “reitera la petición que nos hizo en su escrito del pasado 20 de marzo de 2020 y denegamos mediante nuestro auto de 25 de marzo”, refiriéndose al Auto nº 2418 de 25-03-2020, Rec. 88/20. En ambos recursos la actora sostenía el mismo *petitum*, basado en la especial urgencia de la protección sanitaria del personal médico y enfermeras en la pandemia del Covid-19. Estos razonamientos son ratificados en ATS Sala 3ª, Sec. 4ª, nº 2446 de 20-04-2020, Rec. 91/20.

¹⁵⁵⁶ STC, Pleno, nº 140/16, de 21-07-2016, BOE nº 196 de 15-08-2016, interpretación sistemática del acceso a la justicia y acceso al recurso igualdad en la ley, tutela judicial efectiva a través del canon de la proporcionalidad, arts. 10. 2 y 24. 1 CE y 6. 1 CEDH, con la exposición de una amplia jurisprudencia del TEDH. STC Sala 1ª, nº 17/85, FJ 2-3 y art. 3.1 del CC.

¹⁵⁵⁷ Téngase en cuenta las ya citadas STEDH, Sec. 5ª, asunto M.A c. Francia, y asunto A.S. c. Francia.

propios actos¹⁵⁵⁸, o mala fe, de no acudir al proceso en tiempo-; o han sido aquellos supuestos donde el acto ha sido suspendido y a pesar de ello se ejecuta (aspectos que analizaremos más adelante en las ejecuciones de las medidas cautelares).

Los obstáculos procesales o acciones u omisiones que dificultan la efectividad del acceso en la solicitud de medidas cautelares ante los juzgados de instrucción tenemos, falta de mecanismos materiales de estos en el control de sus propias decisiones, u otras, como los propios defectos procesales¹⁵⁵⁹ de orden público o posibilidades de imparcialidad objetiva, acumulación entre las funciones instructoras y de enjuiciamiento o conocimiento previo “contaminación” del juzgador.

Se constatará a continuación a través de los cánones de control de convencionalidad y constitucionalidad, si las resoluciones judiciales sobre el recurso cautelar en estudio se enfrentan a la arbitrariedad (decisión como simple expresión de la voluntad, sin, fundamento en razón material o formal alguna, un mero voluntarismo judicial o de un proceso deductivo irracional o absurdo), irrazonabilidad (de acuerdo con la naturaleza jurídica, la finalidad perseguida de la medida, en abierta contradicción con dicha finalidad), y muchas de ellas en error patente (manifiesto, evidente o notorio, en cuanto su existencia resulte inmediatamente verificable de forma clara e incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales, por haberse llegado a una conclusión absurda o contraria a los principios elementales de la lógica y la experiencia)¹⁵⁶⁰, no teniendo en cuenta los órganos jurisdiccionales el principio de proporcionalidad¹⁵⁶¹ en relación con el art. 11.3 de la LOPJ.

¹⁵⁵⁸ Este requisito de responsabilidad es imputable al recurrente reconocido por el art. 6.1 CEDH, donde la doctrina jurisprudencial del TEDH desarrollada al efecto define claramente que tal responsabilidad es desvirtuada ante la diligencia del recurrente. Se utiliza con frecuencia en estas medidas cautelares e incluso en las medidas positivas, el principio de los actos propios desde la óptica de que las medidas no han de ser procedentes en aquellos supuestos en que la finalidad que se persigue con la misma se halla en contra de los actos propios de quien los solicita, pues en tal supuesto hay que presumir, en virtud del principio de buena fe, que la parte solicitante de la medida ha aceptado implícitamente su situación en el tiempo. (art. 728.1 LEC).

¹⁵⁵⁹ STSJM (Contencioso), Sec. 9ª, nº 563/17, de 21-07-2017, Rec. 565/16. Sobre inadmisión de la solicitud de medidas cautelares, FD 4-6. El juzgado de guardia dicta auto al amparo del art. 135 LJCA y del art. 42.5.c) del Reglamento 1/2005, del CGPJ, concede la medida cautelar solicitada, suspensión de la expulsión y remite las actuaciones al Decanato de los Juzgados de Madrid, a fin de que reparta al juzgado contencioso correspondiente para la comparecencia establecida en la LJCA. El recurso de apelación se interpone contra el auto dictado por el juzgado contencioso que resolvió la comparecencia del procedimiento del art 135.1-a) LJCA, inadmitiendo la solicitud de medidas cautelares. STSJM (Contencioso), Sec. 6ª, nº 295/2015, Rec. 209/15, FD 2. En este sentido se debe recordar la STC, Sala 1ª, nº 12/94, FJ 6, en la cual anunciaba desde ese entonces que *en materia de revisión judicial de la legalidad material de las detenciones administrativas corresponde al Juez del "habeas corpus" dictar la primera, en tanto que los Tribunales de lo Contencioso ostentan "la última y definitiva palabra"*.

¹⁵⁶⁰ STC, Sala 2ª, nº 6/18, de 22-01-2018, BOE nº 46 de 21-02-2018, FJ 5 y la jurisprudencia allí citada, que se resume a parte de lo antes dicho, en que el error ha de ser determinante de la decisión adoptada, de forma que constituya el soporte único o fundamental de la resolución, su *ratio decidendi*, comprobada su existencia, la fundamentación jurídica pierda el sentido y alcance que la justificaba, de tal modo que no pueda conocerse cuál hubiese sido el sentido de la resolución de no haberse incurrido en el mismo; la equivocación debe ser atribuible al órgano jurisdiccional no imputable a la negligencia o mala fe de la parte que en tal caso no podría quejarse; ha de ser agraviado un derecho fundamental; producir efectos negativos en la esfera jurídica de quien lo invoca.

¹⁵⁶¹ Bellido Penadés, R., (2019). “El derecho de acceso al recurso no penal en el proceso español...”, op. cit., pp. 129-133 y 138-142.

3.3.5.4-b)- La accesibilidad admisibilidad del recurso cautelar. Medida cautelarísima. Su control de constitucionalidad y convencionalidad. Arbitrariedad, irrazonabilidad, error patente. Determinación de la imputabilidad de la pérdida del recurso.

La expresión especial urgencia se da concretamente en los supuestos de las expulsiones *exprés*, dentro de las 72 horas del ciudadano extranjero detenido, o en aquellos casos en que la persona se encuentre interno en el CIE, así como en las devoluciones producto de los efectos de las prohibiciones de entradas o las devoluciones propiamente dichas. La especial urgencia toma su máxima complejidad cuando dicha ejecutoriedad del acto administrativo se realiza en horario no hábil de los juzgados de lo contencioso administrativo (de lunes a viernes considerados días y horas hábiles hasta las 20 horas¹⁵⁶²), o los fines de semana. El Acuerdo del CGPJ, como bien señala se refiere a “*días y horas hábiles*”, por tanto, las horas hábiles es desde las ocho de la mañana a las ocho de la tarde (art. 182 LOPJ), a diferencia de horario de Audiencia Pública, que generalmente está enmarcado entre las nueve de la mañana y las 15 horas. Por tanto, la intervención del juzgado de instrucción guardia exigirá que se inste a partir de las 20 h y se acredite *por qué no se ha hecho en hora hábil*, lo cual supone, como he señalado una prueba de difícil consecución. Continúa siendo discutible y sin uniformidad a nivel nacional quien será el competente ante una situación de especial urgencia entre las 15 y las 20 horas.

Como se ha expuesto el Acuerdo del CGPJ de 2007, atribuye a los juzgados instrucción de guardia la competencia para adoptar medidas cautelarísimas *inaudita altera parte* en el ámbito del Derecho de extranjería, modificando en este caso el art. 45.5-c)¹⁵⁶³. Así regulada la intervención del juez de guardia, el mismo también ha de cumplir todo lo expuesto respecto al art. 135.1-a)-b) LJCA. Deberá adoptar la decisión correspondiente, apreciar o no las circunstancias de especial urgencia, teniendo en cuenta los presupuestos del art. 130 LJCA. De proceder a su apreciación *inaudita parte debitoris*, suspenderá el

¹⁵⁶² Magro Servet, V., (2008). “La intervención del Juzgado de Guardia en cuestiones del orden civil y contencioso-administrativo. Análisis del Acuerdo de 28 de noviembre de 2007, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que modifica el art. 42.5 del Reglamento 1/2005, de 15 de agosto, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales”. *La Ley Penal, Sección Práctica penal*, (nº 51). Wolters Kluwer, recuperado 28-1-2018.

¹⁵⁶³ Taboada García, A. M., (2008). “El servicio de guardia en el ámbito de lo contencioso-administrativo. Sombras sobre la legalidad del Reglamento 1/2005, de 15 de septiembre del Consejo General del Poder Judicial”. *Diario La Ley, Sección Doctrina*, (nº 7019). Wolters Kluwer, recuperado 28-1-2018. No obstante, en este sentido, el art. 725.2 LEC, en cuanto permite a los Tribunales territorialmente incompetentes ordenar a prevención las medidas cautelares que consideren más urgentes, sin perjuicio de la remisión posterior de los autos al Tribunal competente. Se ha de recordar que dicha atribución a los jueces de instrucción en funciones del Servicio de Guardia por vía reglamentaria, en vez de mediante ley orgánica, motivó la interposición de un recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo por determinado número de Magistrados, alegando fundamentalmente la violación del principio de reserva de Ley en materia jurisdiccional. Dicho recurso fue desestimado por STS, Sala 3ª, de 29-09-2009, sobre la base de que nada impide que el CGPJ, mediante un instrumento reglamentario, atribuya a los Jueces de Instrucción en servicio de guardia y en régimen de sustitución, competencias que naturalmente corresponden a otros órdenes jurisdiccionales, cuando los órganos de estos no pueden desempeñarlas, como ocurre en la modificación reglamentaria examinada. Afirma la Sentencia que, en el reglamento ante actuaciones inaplazables y urgentes, solicitadas por causa justificada en días y horas inhábiles, se atribuye la competencia para realizar tales actuaciones a los órganos judiciales en servicio de guardia en sustitución de los órganos judiciales de la jurisdicción contencioso-administrativa con el amparo de los artículos 110.2.º, y 501 de la LOPJ.

acto, que generalmente consiste en la puesta en libertad, no devolución o entrada al territorio nacional, art. 135.1.a) LJCA. Luego deberá remitir lo actuado al Decanato de Jueces, para que este último por orden de reparto lo dirija al órgano judicial competente de la jurisdicción contencioso-administrativa. Este último proceda a la conformación de la pieza separada y dará lugar a la audiencia o a la celebración de la comparecencia, donde ya es parte la Administración demandada, cuya representación se materializa a través de la Abogacía del Estado. Se configura en este estado de proceso el principio de igualdad de parte¹⁵⁶⁴, exponiendo sus criterios de defensa de sus intereses. Dictando el juzgado de lo contencioso-administrativo la resolución correspondiente del incidente, auto, levantando, manteniendo o modificando la medida cautelar inicialmente adoptada por el juez de instrucción de guardia. En caso de que el juez de instrucción de guardia no aprecie la especial urgencia, deberá dictar el auto correspondiente y ordenar el cauce del art. 131, de acuerdo con el inciso b) del art. 135 LJCA, que en este supuesto también sería remitir a Decanato de Jueces para que por orden de reparto envíe al órgano judicial competente de la jurisdicción contencioso-administrativa y este radique pieza separada y proceda según el trámite ordinario de la pieza cautelar¹⁵⁶⁵.

En ambos incisos, la decisión inicial del juez de instrucción puede tener tres lecturas, i) tomada cualquiera de las dos decisiones (admitir o denegar la cautelarísima), se aleja y se desentiende del mismo, ii) remitir a los juzgados de lo contencioso administrativo, siendo en el supuesto denegatorio una posibilidad de la ejecutoriedad del acto, atendiendo a los plazos, y iii) puede existir un supuesto, como veremos más adelante, de una posible “contaminación” que puede conllevar a la imparcialidad (cuando el órgano de instrucción autoriza la medida cautelar de internamiento CIE y luego sea el mismo que conozca de la solicitud de medida del art. 135 LJCA).

El solicitante de la medida cautelarísima atendiendo a uno de los requisitos de accesibilidad del Acuerdo debe justificar ante el juez de guardia las causas de su necesidad de la especial urgencia, por resultar inaplazable y no haber sido posible cursar la solicitud al órgano naturalmente competente en días y horas hábiles, es decir, justificar, entre otras cosas, porque se esperó a ese último momento, así como aportar cuanta información fuera relevante o le fuera requerida sobre el procedimiento/s en trámite que tuvieran conexión con el objeto de dicha solicitud. Este requisito de responsabilidad, como he señalado es imputable al recurrente, imputabilidad de la pérdida del recurso responsabilidad del interesado, por actuar con negligencia, un dejar de hacer irresponsable, por sus propios actos o mala fe, de no acudir al proceso en tiempo. Debiéndose recordar que la doctrina jurisprudencial del TEDH desarrollada al efecto define claramente que tal responsabilidad es desvirtuada ante la diligencia del recurrente. Este binomio responsabilidad/diligencia/negligencia se interconecta directamente con el debido proceso/proceso equitativo, derecho a una buena administración, en lo relacionado al acceso a la información y al expediente administrativo.

Será el letrado actuante el que materialmente acreditará la justificación de responsabilidad del justiciable de su necesidad de accesibilidad urgente, de lo inaplazable que resulta su solicitud. Debiéndose recordar en este punto que el justiciable generalmente está limitado de libertad. Ello en la práctica forense hace de complejo acceso, a la jurisdicción y al recurso, por dos razones fundamentales, i) el justiciable generalmente está limitado de

¹⁵⁶⁴ STC, Pleno nº 175/01, FJ 8.

¹⁵⁶⁵ Se ha de recordar nuevamente la importante STC, Sala 1ª, nº 12/94, FJ 6.

libertad, ii) el letrado actuante regularmente no tiene esa información, al ser un letrado de guardia, designación de turno de oficio. Se produce aquí una primera disfunción del debido proceso, en cuanto a no tener acceso previo al expediente administrativo, unido a que los órganos administrativos policiales en estos casos las Brigadas de Extranjería no aportan o informan dichos datos al letrado¹⁵⁶⁶. La información y acceso al expediente administrativo de forma semiplena se obtiene al momento de presentar la solicitud de la medida en el juzgado de guardia correspondiente y proceder el LAJ a comprobar con el órgano policial las circunstancias del hecho y la especial urgencia, hora del vuelo. Este informa la hora y día, en que se materializara la expulsión, devolución, que de coincidir que la misma sea al día siguiente o posterior, pero en horario hábil, el juzgado de guardia considera que no está presente la especial urgencia, procediendo en el mejor de los casos a dictar auto desestimando la medida por no apreciar las circunstancias de especial urgencia. En este supuesto como se ha señalado en el epígrafe anterior, no es más que el art. 135.1-b) LJCA. Sin embargo, como he expuesto también se producen inadmisiones a tramites, sin proceder a dar el cauce del anterior artículo, es decir, enviar a Decanato de Jueces para que por orden de reparto envíe al órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa correspondiente y proceda de acuerdo con el art. 131 LJCA. En muchos casos, buscando una operatividad no recogida en norma, instrucción o circular escrita alguna, se orienta, que se proceda a primera hora del día hábil siguiente presentar igual medida en Decanato de Jueces para que sea repartida al Juzgado de Guardia de lo Contencioso Administrativo, o de existir procedimiento en curso remitirlo al que corresponda.

Las disfunciones señaladas afectan a la accesibilidad/admisibilidad del recurso cautelar, generando situaciones arbitrarias, irrazonables, pudiendo constituir en muchos casos un error patente. Por un lado, la Administración procede en ese lapsus de tiempo a la ejecutoriedad del acto, con sus matizaciones de logística (inicio de traslado o conducción al aeropuerto o puerto correspondiente), y por otro lado, las que genera la propia redacción del art. 135.1-b), prohibición de presentación de nueva medida cautelarísima. A ello se une que contra la decisión inicial del juzgado de instrucción de guardia (auto o la resolución que se dicta no cabe recurso alguno). En fin, se genera una indefensión e inseguridad jurídicas, atentatoria contra el recurso efectivo y eficaz del recurso cautelar del art. 135 LJCA, que hasta la actualidad continúan persistiendo. Lo cierto es que el acto administrativo puede ser ejecutado, pudiéndose causar daños irreversibles y llegado su momento procesal, trámite ordinario de la pieza (art. 131 LJCA), ya no serían tenidas en cuenta, ni las circunstancias de la especial urgencia, ni serían efectivos otros presupuestos, como el *periculum in mora* y la proporcionalidad/ razonabilidad de los intereses, atendiendo a la casusa sobrevenida de la ejecutoriedad del acto administrativo.

Obviamente, la adopción de una medida cautelarísima frente a la ejecución de un acto administrativo que conlleva la expulsión del territorio nacional, devolución o prohibición de entrada al territorio nacional del interesado, cobra su eficacia tan sólo si se produce con anterioridad a dicha ejecución. Esto qué es tan obvio para las situaciones antes descritas, presenta como se ha dicho, serias dificultades interpretativas relacionadas con la accesibilidad para aquellos otros supuestos en lo que se recurre a esta vía, por motivos interpretativos de la especial urgencia y otras razones sustantivas no son apreciados.

¹⁵⁶⁶ Vid. notas 1530 y 1541.

Estas situaciones en nada afectan a la Administración, ni al interés general, más todo contrario, aseguran y potencializan su autotutela de ejecutoriedad forzosa. Quienes quedan desprotegidos, e inseguros, son el interesado y los terceros interesados, (sobre estos últimos nada dice, ni el Acuerdo, ni el art. 135 LJCA).

3.3.5.4-b)-1-Determinación de la competencia. Domicilio. Órgano autor del acto originario impugnado.

Dentro de las disfunciones a la accesibilidad/admisibilidad al recurso de la medida cautelarísima y sus defectos procesales de orden público¹⁵⁶⁷, que atentan contra la efectividad y la eficacia de las mismas se encuentra, la consideración de domicilio¹⁵⁶⁸, respecto del lugar de detención, CIE, celdas comisaría, o zona aeroportuaria, para la determinación de la competencia territorial del órgano jurisdiccional¹⁵⁶⁹ que debe conocer de las mismas. Aunque como veremos, la mayor conflictividad se centra en las dos primeras. Mientras que la última, atendiendo a que en su práctica jurídica no genera esa problemática, se convertirá en un apoyo de lo que seguidamente se dirá.

La problemática sobre la consideración de domicilio repercute en la determinación de la competencia territorial, admisibilidad de la medida y su efectividad¹⁵⁷⁰. No existe previsión alguna en este sentido en la LJCA, lo que nos lleva a una combinación interpretativa, sistemática, hermenéutica, teleológica y axiológica para la determinación de una adecuada efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva, en sus perspectivas de acceso a la jurisdicción y luego a la efectividad del propio recurso. Encontrándonos una variada jurisprudencia al respecto, (p. ej.), TSJM existen varios criterios entre sus

¹⁵⁶⁷ Ha de recordarse el ATC, Sec. 2ª, nº 48/04, FJ 3, que señala que el acceso al órgano jurisdiccional y la solución del asunto conforma parte del cumplimiento de la tutela judicial efectiva.

¹⁵⁶⁸ STC, Sala 2ª, nº 22/84, de 17-02-1984, FJ 2, la idea de domicilio que utiliza el art. 18 CE no coincide plenamente con la que se utiliza en materia de Derecho Privado y en especial en el art. 40 CC, como punto de localización de la persona o lugar de ejercicio por ésta de sus derechos y obligaciones.

¹⁵⁶⁹ Se ha de tener presente que las reglas de competencia territorial que aquí nos interesan obviamente no son aplicables al TS, a la AN, ni a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo, donde se aplican reglas de criterio funcional y objetivo, sino las aplicables a los JCA.

¹⁵⁷⁰ Bellido Penadés, R., (2019). “El derecho de acceso al recurso no penal en el proceso español...”, op. cit.

diferentes secciones¹⁵⁷¹, o el TSJA, Sede Sevilla¹⁵⁷², o el TSJCV¹⁵⁷³. Todas de una forma u otra pasando por alto la jurisprudencia del TC respecto a los excesos formalistas¹⁵⁷⁴ y los arts. 64.2 y 725-2 LEC (declinatoria y adopción de medidas cautelares por la dilación de la primera que afecten o pudieran surgir perjuicios irreparables para el actor), así como la LOCJ¹⁵⁷⁵ art. 11.1 y 12.1 (adopción con carácter provisional medidas imprescindibles para evitar que se eluda la acción de la justicia, que se cause grave perjuicio al interés público o que se originen daños graves e irreparables).

El domicilio a los efectos que ahora interesa, lo es para fijar la competencia territorial del órgano judicial, siendo este es uno de los presupuestos básicos del proceso, entroncando directamente con el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24 CE). El alcance de lo que se analizara, tiene mayor envergadura y diferencia en cuanto a la fijación de un domicilio a otros efectos procesales, como puede ser, a efectos de notificaciones (art. 85.3 LJCA), se prevé que sea la parte demandante (o apelante) quien fije un domicilio a efectos de notificaciones, donde se realizaran los actos de comunicación procesal a que haya lugar. La relevancia viene dada precisamente en los supuestos en que se efectúa la detención e internamiento para ejecutoriedad del acto, (expulsión, devolución, prohibición de entrada). Aquí los factores intervinientes y a determinar pueden ser los siguiente: i) el órgano emisor del acto administrativo (expulsión, devolución, prohibición de entrada), ii) lugar donde se produce detención o internamiento, el cual puede ser distinto del lugar donde se produce la emisión del acto administrativo.

Analizados ambos factores de conjunto pueden generar diferentes situaciones, a) Resolución del acto administrativo recurrida en vía jurisdiccional ante juzgado contencioso administrativo del territorio del órgano que dicto el acto y donde el justiciable también tiene su domicilio habitual. La detención o internamiento para la ejecutoriedad

¹⁵⁷¹ TSJM las secciones tienen criterios diferentes de aplicación e interpretación de CIE como domicilio. Digamos las secciones I, II, IV, VI (en determinados casos ha sido favorable y en otros contrario al extranjero) y Sección IX, es del criterio de considerar al CIE como domicilio, mientras la III, V y la X son contrarias. SSTSJ, Sala (Contencioso), Sec. 1ª, nº 195/2010 de 26-02-2010, Rec. 1639/2009; Sec. 2ª, nº 1731/2012 de 13-12-2012, Rec. 1054/2012; Sec. 5ª, nº 95/2012 de 31-01-2012, Rec. 1172/2011, de la misma Sec. sentencia nº 721/2014 de 30-05-2014, Rec. 227/2014, Sentencia nº 19-06-12-Rec 7188, Sec. 6ª, nº 47/2016, de 1-02-2016 (en favor al reconocimiento del CIE como domicilio), sin embargo en la Sentencia 164/2014 de 14-03-2014, Rec. 37/2014, y Sec. 9ª, nº 109/2014 de 24-01-2014, Rec. 454/2013 que versa también sobre competencia, pero no sobre CIE como domicilio, sino competencia territorial en general para conocer del recurso contencioso-administrativo, su fallo fue contra el extranjero apelante. Esta sentencia dio lugar STC, Sala 1ª, nº 146/2016, de 19-09-2016, BOE nº 263 de 31-10-2016, que abordaremos más adelante.

¹⁵⁷² STSJA (Sede Sevilla), Sala (Contencioso), Sec. 4ª, nº 4197/06 de 28-07-2006, Rec. 119/06, FD 2; de la misma Sección sentencia nº 4247/06 de 20-01-2006, Rec. 281/05, FD 2 y sentencia nº 974/06 de 20-10-2006, Rec. 201/06, FD 2. En esencia todas se refieren a la ausencia de domicilio en España, si el actor no tiene domicilio alguno en España, no cabe acudir al fuero alternativo del art. 14 LJCA, nada hay en el art. 40 CC, ni en la LEC que permita aquí acudir a la ficción de considerar domicilio el último domicilio en España. Domicilio en España que, por otra parte, nunca tuvo, ya que estuvo en el territorio el tiempo preciso para organizar su devolución. Tampoco hay precepto alguno que permita considerar como domicilio del extranjero el de su representante.

¹⁵⁷³ STSJCVC, Sala (Contencioso), Sec. 1ª, nº 498/2014, de 28-5-2014, Rec. 112/2014, CIE no puede considerarse domicilio por ser circunstancial. Siendo la duración de dicho internamiento la imprescindible para la tramitación de su expulsión. AJCA nº 10 Valencia, nº 64/18, de 4-06-2018, AJCA nº 11 Valencia de 31-07-2013.

¹⁵⁷⁴ Vid. notas 716 y 1557.

¹⁵⁷⁵ LO 2/87, de 18 de mayo, de Conflictos Jurisdiccionales. BOE nº 120, de 20-05-1987.

del acto administrativo, se produce en otro territorio diferente, b) Resolución del acto administrativo no recurrida en vía jurisdiccional encontrándose aun en plazo para ello, la detención o internamiento para la ejecutoriedad del acto administrativo, se produce en otro territorio diferente de la emisión del acto sancionador. En esta situación, en plazo para el recurso contencioso administrativo, pueden a su vez darse diferentes supuestos, i) ser el órgano emisor del acto administrativo diferente del domicilio habitual del extranjero, a su vez detenido en otro territorio diferente al de su domicilio habitual y al de órgano emisor del acto, a su vez otra situación dentro de esta circunstancia, ii) podría ser que el extranjero no tenga domicilio reconocido, el órgano emisor del acto administrativo en un territorio determinado diferente al de la detención. Una tercera situación c) Resolución acto administrativo firme, agotadas todas vías de recurso, tanto administrativos como jurisdiccionales, encontrándose el extranjero detenido o interno en CIE, para la ejecutoriedad.

En esencia, la conflictividad de estos factores con sus diferentes situaciones se centra en la territorialidad del procedimiento administrativo, lugar donde se ha dictado la resolución del acto administrativo correspondiente, lugar donde el extranjero es detenido o internado y lugar de la residencia habitual del extranjero (si es que es acreditada). Interviniendo elementos de prueba, como el empadronamiento¹⁵⁷⁶ o demostración mediante cualquier medio de prueba admitido en derecho, su domicilio habitual. Todo ello repercutirá sobre la determinación de la competencia territorial del órgano jurisdiccional contencioso administrativo para interponer la correspondiente demanda contencioso administrativo y solicitud de la medida cautelarísima. El debate al respecto no es pacífico, ni está solucionado. Existiendo dos grupos de opiniones jurisprudenciales bien definidos, unas que consideran que el lugar de la detención o el CIE no son domicilio y por ende no determinará en dichos supuestos la competencia territorial y otros que si consideran a ambos como domicilio.

Atendiendo a las circunstancias concretas de los factores, con sus diferentes situaciones y supuestos antes señalados, hace que puedan existir varias soluciones. Entiendo no existe una solución única y mucho menos uniforme, es insoslayable que hay que atenerse a la singularidad de cada caso debatido, lo que implica, desde luego, un claro relativismo, en desacuerdo con declaraciones dogmáticas, con criterios rígidos o uniformes, pero en todo caso, ha de prevalecer aquella opinión que considera, que sí considera domicilio el lugar de la detención y el CIE.

Los razonamientos para la afiliación y sustentación de esta última posición están dados desde dos perspectivas; i) desde el punto de vista del art. 6 y 13 CEDH (ya expuesto en la primera parte de esta investigación), así como de los arts. 41, 47 y 48 CDFUE, unido al art. 24 CE, así como a los arts. 64.2 y 725.2 LEC. De otra parte, ii) el análisis mismo del concepto domicilio. Al estar desarrollados los primeros y las exigencias generales de los mismos sobre la necesidad de un procedimiento rápido, sencillo, eficaz y efectivo, no es necesario volver a detenernos en ello.

¹⁵⁷⁶ Defensor del Pueblo (2017). Sobre el empadronamiento de personas extranjeras. www.defensordelpueblo.es/dpblog/migraciones y Resolución de 16-03-2015, Subsecretaría, por la que se publica la Resolución de 30-01-2015, de la Presidencia del Instituto Nacional de Estadística y de la Dirección General de Coordinación de Competencias con las CCAA y las Entidades Locales, sobre instrucciones técnicas a los Ayuntamientos sobre gestión del padrón municipal.

Antes de dar paso al desarrollo de la argumentación anterior, se ha de acotar que la problemática planteada se centra generalmente ante los órganos contencioso-administrativos, ya que cuando se presenta la suspensión del acto administrativo por circunstancias de especial urgencia al juzgado de instrucción de guardia, no entra generalmente a cuestionar estos factores o circunstancias, sino que decide sobre la solicitud o no, y da paso a los aspectos ya analizados anteriormente.

3.3.5.4-b)-2- Domicilio y la regla Segunda del art. 14.1 LJCA. Los CIE y los lugares de detención.

Dicho lo anterior, entonces se ha de partir de determinados conceptos, tales como: domicilio (art. 40 CC), y dentro del mismo, si es domicilio real, legal o circunstancial, residencia habitual, fuero electivo, entre otros y desde el punto de vista procesal se han de tener en cuenta la LJCA en sus art. 7 y 14 y la LEC en su art. 50 (entendiendo que lo señala este artículo son fueros dispositivos, y no imperativos¹⁵⁷⁷), art. 58 y art. 155 LEC¹⁵⁷⁸. (De modo de modo supletorio hay que acudir Disposición Final Primera de la Ley de Enjuiciamiento Civil)¹⁵⁷⁹.

Atendiendo a las tres situaciones descritas en el acápite anterior, los órganos judiciales de lo contencioso administrativo encargados de resolver la solicitud de la medida cautelarísima afiliados a la línea jurisprudencial que consideran que no son competentes para conocer de las mismas, alegando la falta de competencia territorial¹⁵⁸⁰, al considerar que el lugar de detención o el CIE no son domicilio, parten del art. 7 LJCA, en relación con el art. 14 LJCA, que en lo que aquí nos interés señala:

“La competencia territorial de los Juzgados y de los Tribunales Superiores de Justicia se determinará conforme a las siguientes reglas:

Primera. Con carácter general, será competente el órgano jurisdiccional en cuya circunscripción tenga su sede el órgano que hubiere dictado la disposición o el acto originario impugnado.

Segunda. Cuando el recurso tenga por objeto actos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial, personal, propiedades especiales y sanciones será competente, a elección del demandante, el juzgado o el tribunal en cuya circunscripción tenga aquél su domicilio o se halle la sede del órgano autor del acto originario impugnado.”

Ambos artículos definen que para determinar la competencia territorial se ha de tener en cuenta los siguientes elementos o requisitos:

1.- Que el órgano jurisdiccional que conoce del asunto principal será también para todas sus incidencias y para hacer ejecutar las sentencias

¹⁵⁷⁷ AATS Sala 1ª de 25-01-2008, Rec.189/07 y del 18-10-2007 Rec. 120/07 “El artículo 50 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, regula el fuero general de la personas físicas de modo que, salvo que la Ley disponga otra cosa, “la competencia territorial corresponderá al Tribunal del domicilio del demandado y si no lo tuviere en territorio nacional, será Juez competente el de su residencia en dicho territorio”.

¹⁵⁷⁸ Señala que “El domicilio del demandante será el que haya hecho constar en la demanda o en la petición o solicitud con que se inicie el proceso, ...”

¹⁵⁷⁹ Palomar Olmeda, A. (2017). “Medidas cautelares...”, op. cit. pp. 870-877. Bustillo Bolado, R. O., (2005). *La aplicación de la Ley de Enjuiciamiento...*, op. cit., pp. 47 y ss.

¹⁵⁸⁰ Vid. notas 388, 1571 y 1577, las cuales reflejan a modo de ejemplo la falta de competencia territorial al considerar que el lugar de detención o el CIE no son domicilio.

2.- La sede territorial del órgano que hubiere dictado la disposición o el acto originario impugnado.

3.- El domicilio del interesado.

Bajo esta aparente simplicidad, la cuestión es mucho más compleja de lo que a primera vista pudiera parecer. Son el territorio y el domicilio, los puntos de conexión¹⁵⁸¹. Sobre este último existen multitud de conceptos, y clasificaciones. Tratare limitadamente alguna de ellas, que son las que entiendo pueden influir en el presente análisis.

El domicilio como es conocido viene recogido como concepto constitucional expresamente en el art. 18 CE, (el cual no coincide plenamente con el que se utiliza en materia de derecho privado, y en especial en el art. 40 CC, como punto de localización de una persona o lugar de ejercicio por esta de sus derechos y obligaciones). La generalidad de la doctrina y la jurisprudencia afirma que el domicilio es la sede jurídica de la persona, es la idea del domicilio único, la que se adecúa a la concepción del CC. El art. 40.1 CC establece que para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual, donde desarrolla los elementos físico material y cierto componente espiritual o intencional, es el establecimiento efectivo y permanentemente en él, se habla también de *“la población a donde traslada su casa y familia para ejercer su profesión u oficio por tiempo indeterminado”*, en fin donde se materializa el *animus ibi manendi*, (STS 28-11-1940) y, en su caso, el que determine la LEC art. 50 (domicilio legal) y art. 58 (Cuando la competencia territorial viniere fijada por reglas imperativas... Si fuesen de aplicación fueros electivos se estará a lo que manifieste el demandante, tras el requerimiento que se le dirigirá a tales efectos.).

Dentro de las clasificaciones de domicilio, la doctrina ha distinguido por su naturaleza o clases, entre el domicilio general y especial. Dentro del general, se encuentra el real o voluntario, y dentro del especial, los domicilios legales o domicilio procesal, no voluntario, que rige a efectos de competencia de los Tribunales a los que completaría el domicilio electivo. Por ende, domicilio real (art. 40 CC), remite al domicilio legal, que es el que señala la LEC en su art. 50, es decir, un domicilio por una disposición legislativa, un domicilio circunstancial, con independencia del lugar de residencia efectiva. Jurisprudencialmente siempre ha prevalecido domicilio real por encima del legal, (p. ej.), STS de 20-02-1995, razonando el Alto Tribunal, que el domicilio tiene que ser objeto de una *“manifestación terminante y explícita”*, o STS de 20-01-1993, exigiendo una *“residencia permanente e intencionada”*, más recientemente, STS de 25-04-2013

¹⁵⁸¹ STC, Sala 1ª, nº 146/2016. Amparo presentado a razón del Auto dictado con fecha 31-07-2013 por el JCA nº 11 de Madrid PA, nº 212/13, donde se declaraba la incompetencia territorial del mismo, art. 14.1 regla Segunda LJCA a favor de los JCA de Alicante. Al respecto se presentó Recurso Apelación ante el TSJM Sala (Contencioso), Sec.6ª, Rec. 37/14, la cual dicta sentencia nº 164 de 14-03-2014, desestimando el recurso de apelación. La STC no entra al fondo del asunto en cuanto a la competencia territorial planteada, produciéndose un voto particular por el magistrado Xiol Ríos señalando: *“La interpretación no resulta razonable en términos de sentido común ni desde la perspectiva de la finalidad perseguida por la norma, ya que adopta un criterio interpretativo cuya aplicación supone determinar la competencia territorial de un órgano judicial con el que por la decisión de otro órgano judicial ya no se mantiene ninguna conexión territorial de cercanía y dificulta, contrariamente a lo que quiere la ley, hasta hacerlo prácticamente imposible, el acceso al control judicial pretendido”*. Este criterio de protección y garantía lo ha expresado con anterioridad Xiol Ríos junto a Sala Sánchez, P., y Fernández Montalvo, R., (2013). *Derecho procesal...*, op.cit., (T. VI, art. 129, pp. 827-830)

(cuestión de competencia 62/2012), que señala, que domicilio debe ser entendido como “residencia habitual”.

Sin embargo, en determinadas circunstancias ese domicilio legal o procesal remite al domicilio involuntario o no voluntario, por imposición de la ley, dentro del mismo, el involuntario indirecto, que es aquel, que precisamente se asocia a las situaciones de privación de libertad o limitación de la misma por la razón legal que sea. Este tipo de domicilio, el involuntario indirecto, puede determinar la competencia territorial en un proceso.

Señalar dentro de esta clasificación, el domicilio electivo. El cual como es conocido se considera, como aquel lugar en que las partes intervinientes en un determinado negocio jurídico han fijado para determinados asuntos relacionados con dicho negocio.

En igual sentido se ha de tener presente y recordar que dentro de ese concepto de domicilio hay que distinguir, el domicilio administrativo¹⁵⁸². En este sentido, la Ley 7/1985 Reguladora de las Bases del Régimen Local de 2 abril 1985, señala que los habitantes de un término municipal se dividen en residentes y transeúntes, y, a su vez, aquéllos pueden ser vecinos y domiciliados. Vecinos lo son todos los españoles mayores de edad que residan habitualmente en un término municipal y estén inscritos con tal carácter en el padrón. Domiciliados lo son los españoles menores de edad o los extranjeros que residan habitualmente en un término municipal inscritos como tales en el padrón (constituye una presunción de la residencia de una persona en un determinado lugar (art. 15 y 16 de la Ley 7/1985).

Acotados domicilio civil y administrativo, es frecuente entre ambos encontrar el conflicto interpretativo, por ello el TS en su Auto de 13-05-2005¹⁵⁸³ en su RJ II, señala: “*Segundo.- Ha declarado esta Sala, que el artículo 40 del Código Civil solo expresa de forma aproximada lo que debe entenderse por domicilio de las personas físicas, señalando el lugar de su residencia habitual, poseyendo en realidad el concepto de domicilio, una dimensión plural amplia, no siempre coincidente con el empadronamiento o vecindad administrativa*”

De todo lo dicho observamos que el art. 14.1 regla Segunda LJCA, se refiere a domicilio, como aquel competente en los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial, personal, propiedades especiales y sanciones que sea elegido por el demandante en cuya circunscripción tenga su domicilio o se halle la sede del órgano autor del acto originario impugnado.

Centrado en la primera parte de la regla Segunda, el domicilio. Nada más dice la misma. ¿Cómo podemos definir ese domicilio? Con la concepción de domicilio civil o la concepción de domicilio administrativo¹⁵⁸⁴, personal, profesional. Tal como está redactada la norma, no puede sostenerse una definición u otra de domicilio, como categoría conceptual dotada de sustantividad propia o específica dentro de la especialidad tratada.

¹⁵⁸² Massó Garrote, M. F., Moreno Molina, J. A., & Pleite Guadamillas, F. Procedimiento y Proceso práctico. Procedimiento General. Edi La Ley grupo Wolters Kluwer. Madrid, 2006, pp 584-602.

¹⁵⁸³ ATS Sala 1ª, Sec. 1ª, nº 5744/05, Rec. 106/04.

¹⁵⁸⁴ STSJM, Sala (Contencioso), Sec. 1ª, nº 85/07 de 8-02-2007, Rec. 1217/03. Realiza una amplia exposición y diferenciación sobre domicilio civil o la concepción de domicilio administrativo.

No obstante, expondré nueve razonamientos que nos conducen a poder definir como domicilio involuntario indirecto al CIE o las comisarías como lugares de detención.

Se ha de partir de la definición jurisprudencial de que el juez o tribunal que decida en esta materia no puede omitir el tratamiento procesal que corresponde a la "especial urgencia" de la solicitud, esto es, no puede dejar de abrir el trámite del art. 135 LJCA. Existe un mandato legal y deberá resolver sobre ello de modo inmediato. Por tanto, el órgano jurisdiccional primeramente deberá realizar una interceptación gramatical respecto a "cuya circunscripción tenga aquél su domicilio", en el sentido del contexto antes definido, que puede ser, domicilio actual, de forma especial, legal, domicilio procesal (con independencia del lugar de residencia efectiva), es decir, domicilio por imposición legal involuntario indirecto, por la privación de libertad, por ende circunstancial.

A lo anterior, se une una segunda cuestión, la propia norma señala que el demandante puede elegir el órgano competente de acuerdo con su domicilio. Confluye así, un elemento importante que se debe hacer diferenciar en cuanto a la doctrina jurisprudencial en materia civil utilizada¹⁵⁸⁵, (que es acogida por cierta jurisprudencia en la jurisdicción administrativa¹⁵⁸⁶), aquí quien ejercita la acción, el actor es el extranjero interno o detenido, demandando a la administración, es decir, se debe aplicar el principio *pro actione*, como principio fundamental de acceso a la jurisdicción dentro de la tutela judicial efectiva y eficaz y luego como he señalado el acceso al recurso y su resolución de acuerdo al imperativo legal del propio art. 135 LJCA, en relación con los arts. 64.2 y 725.2 LEC y art. 11.1 y 12.1 LOCJ. De manera que la interpretación, ha de ser antiformalista¹⁵⁸⁷ con base a los principios señalados.

Un tercer elemento a tener presente en el análisis de la regla segunda es lo relativo a que es un fuero especial. Se ha de entender, que se debe aplicar primero que la regla general, es decir, prevalece la elección del demandante, ante la sede del órgano autor del acto originario. Con carácter clarificador la STS Sala 3ª, Sec. 1ª, nº 1605/04 de 9-03-2004, Rec. 61/03, la cual señala:

"TERCERO.- La regla general de competencia territorial de los Juzgados y Tribunales de este orden jurisdiccional -prevista en el artículo 14.1.primera- en favor del órgano en cuya circunscripción tenga su sede el órgano que hubiera dictado la disposición o el acto originario impugnado, quiebra en los supuestos especiales de que se trate de actos de las Administraciones Públicas en materia, entre otras, de sanciones, al atribuirse la competencia -regla segunda del mismo precepto- al órgano jurisdiccional en cuya circunscripción tenga su domicilio el demandante o se halle la sede del órgano autor del acto originalmente impugnado, a elección del demandante. Se trata, por tanto, de un

¹⁵⁸⁵ ATS Sala 1ª, Sec. 1ª, nº 15668/07 de 28-12-2007 Rec. 182/07 "Como esta Sala tiene declarado en auto de 17 de mayo de 2007, al que remite el Ministerio Fiscal en su informe, en los supuestos de reclusión en un centro penitenciario no ha de atenderse a efectos de determinación de la competencia territorial al lugar del mismo, dado el carácter transitorio de dicha localización."

¹⁵⁸⁶ STSJLR, Sala (Contencioso), Sec. 1ª nº 258/08 de 30-10-2008, Rec. 85/08, "Por otra parte, establece el artículo 40 del Código Civil que "Para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual". En efecto, como señaló la STS de 13 de junio de 1996, citada por el Sr. Abogado del Estado en su escrito de oposición al recurso, "con carácter general ha de atenderse al lugar donde se reside con habitualidad, que equivale a domicilio real, ya que materializa la voluntad de permanencia en determinado lugar".

¹⁵⁸⁷ STS Sala 3ª, Sec. 5ª, 2904/07 de 21-3-2007, Rec. 9941/03, interpretación del sistema procesal de modo antiformalista con base en el principio *pro actione*.

fuero electivo establecido en favor del recurrente, con el fin de posibilitar el ejercicio de sus derechos, de suerte que habiendo optado aquél por el fuero de su domicilio social, a él deberá estarse. Tal criterio, por otra parte, está recogido en el artículo 58 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al disponer que en los supuestos de aplicación de fueros electivos, el Tribunal estará a lo que manifieste el demandante.”

El cuarto fundamento es el relativo a que estamos ante materia sancionadora, por ende, ha de gozar de todas aquellas garantías que la propia ley permite al demandante tomar el fuero de elección.

Un quinto aspecto sería, que ese domicilio puede ser y es, domicilio de notificaciones, tanto, administrativas, como judiciales. Cuestión que entiendo no tiene mayores discusiones, ya que ese extranjero recibe notificaciones administrativas, (ejemplo, las notificaciones de recursos contra el auto de internamiento, contra los dictámenes de determinación de la edad, las resoluciones de los reexámenes, y un largo etc.).

Un sexto argumento, ahora visto desde otro ángulo, pero también dirigido a sostener que el CIE o el lugar de detención (comisaria), puede ser concebido como domicilio, nos hace remitir obligatoriamente a los supuestos de prohibición/denegación de entrada y devolución, donde inicialmente la zona de tránsito aeroportuario (ello si se encuentra detenido dentro de las 72 horas para ejecutar el acto), o el CIE (que designe el juez de instrucción de guardia). En este supuesto, ambos lugares, son los domicilios de los interesados. Estas situaciones cumplen los mismos requisitos, antes descritos, sobre la limitación de la libertad. No existiendo, como ya se ha visto ninguna diferencia entre este tipo de detención o de internamiento, con aquellos que se produzcan por un procedimiento sancionador de expulsión propiamente dicho.

En esta misma sistemática, encontramos otro razonamiento, que nos conduce al mismo punto de sostenimiento de nuestra tesis. Son aquellos casos en que incoado el expediente sancionador de expulsión, el administrado se encontraba previamente en un centro penitenciario, procediéndose la incoación y notificación de dicho procedimiento en ese centro penitenciario. Una vez cumplida la pena y no poder permanecer en dicho centro, se solicita por el órgano instructor administrativo el correspondiente internamiento en un CIE. Dado esta circunstancia, se entiende de acuerdo con los motivos alegados, que si el domicilio anterior para la incoación, resolución y notificación del expediente sancionador, fue el centro penitenciario donde se encontraba el penado interno y el mismo ha sido trasladado a un CIE, como no va a hacer posible el reconocimiento del CIE como domicilio a efecto de presentar una media cautelarísima¹⁵⁸⁸. Por tanto, agotada la vía administrativa en la cual se ha utilizado como domicilio de notificaciones, el centro penitenciario y el propio CIE, como no va a hacer posible, tener como domicilio el propio CIE, para poder accionar los recursos correspondientes ante la vía jurisdiccional para el control adecuado de dicha resolución administrativa.

A su vez existe otro argumento, en este caso referido a los art. 22.3 LO 4/00, y el art. 223 (RD 557/11). El primero, como ya hemos citado, legitima al extranjero a expresar su voluntad de interponer el recurso o ejercitar la acción correspondiente. De encontrarse el mismo privado de libertad, como señala la norma, lo tendría que hacer ante el funcionario público que reglamentariamente se determinen, en este caso el Reglamento de CIE, regula

¹⁵⁸⁸ Cumplimiento del resto de las garantías del procedimiento, como son las alegaciones, notificación de propuesta de resolución, y la resolución sancionadora en sí, todo ello se le notifique estando ya en el CIE.

una serie de funciones concretamente del Director del CIE, quien podría ser ese funcionario o el que el designe, o en su caso el funcionario que se designe en el Centro de Penitenciario¹⁵⁸⁹. A ello incorporamos el art. 223 (RD 557/11), el cual define categóricamente que una de esas autoridades administrativas donde el extranjero interno privado de libertad puede manifestar su voluntad de interponer recurso es precisamente ante el Director del CIE. Por ende, si el legislador previó en la LO esta situación, y luego el Ejecutivo con su potestad reglamentaria también lo ratificó, entiendo sería, entre otras razones, porque consideró que el CIE o el Centro de Penitenciario bajo las circunstancias de privación de libertad sería el domicilio del interno, como domicilios circunstanciales por imposición legal de forma involuntaria e indirecta.

Cabe añadir un noveno argumento. Tanto en el ámbito de la Administración Pública, y dentro de la Administración de Justicia, se está cada día más potencializando la informatización de los sistemas, una interconexión, intercomunicación, como consecuencia de la implantación de un nuevo modelo de Administración electrónica (art. 38 y ss. de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia)¹⁵⁹⁰. Esto hace y facilita los esquemas de tramitación, modelos de documentos de Información de gestión procesal, la homogeneización del registro informático de los procedimientos judiciales, lo que relativiza los conceptos de territorialidad y domicilio al que tampoco se pueda olvidar que las normas han de interpretarse con arreglo a la realidad social del momento en el que deben aplicarse (art. 3.1 del CC).

de acuerdo con todo lo antes expuesto, el CIE, o las comisarías (lugar de detención), puede ser perfectamente un elemento de conexión para el fuero electivo, como domicilio actual, de forma especial, legal, domicilio procesal, domicilio dado por imposición legal de forma involuntaria e indirecta por la privación de libertad, por ende, circunstancial. Esto igualmente se haría extensivo un extranjero que podría carecer de domicilio, (en cuanto a la concepción civilista de residencia habitual), en este último caso, habrá que tener en cuenta la simple residencia, circunstancial, de cierta permanencia, de temporada, ocasional, efectiva, y actual, aunque sea transitoria o mínima, es un *quid facti*, un dato de hecho, no un *quid iuris*, como el domicilio concebido desde el punto de vista civil. Lo anterior unido a lo dispuesto en los arts. 64.2 y 725.2 LEC y art. 11.1 y 12.1 LOCJ, hacen que los órganos jurisdiccionales de lo contencioso administrativo deben cumplir los principios de accesibilidad/admisibilidad de las medidas cautelarísimas de las personas

¹⁵⁸⁹ Reglamento Penitenciario art. 26, establece que en los supuestos en los que el penado es un extranjero con una medida de expulsión posterior al cumplimiento de la condena, de conformidad con la legislación de extranjería, el Director del Centro Penitenciario notificará con antelación de tres meses o en el momento de formular la propuesta de libertad definitiva de art. 24.2 la fecha de previsible extinción de la condena a la autoridad competente, “*para que provea lo necesario*”. Art. 197.2 impone la obligación al centro penitenciario de comunicar al Ministerio Fiscal todas las propuestas de libertad condicional de penados extranjeros junto con un breve resumen de su situación penal y penitenciaria, haciendo constar las fechas de cumplimiento de 2/3 y 3/4 para poder dar cumplimiento a la medida de expulsión del art. 89 del Código Penal. Instrucción 21/2011 que actualiza la Instrucción 18/05 de 21-12-2005, de la DGIP que regulan las normas generales sobre extranjeros en prisión y 5/2008 de 13-12-2008, de la DGIP, que regulan las normas generales sobre extranjeros en prisión.

¹⁵⁹⁰ BOE de 23-09-2020. Edición actualizada. Última modificación: 16 de diciembre de 2019 Códigos electrónicos. Código de Administración Electrónica. Secretaria general de la Administración Digital

extranjeras detenidas en CIE y comisarias, superando las limitaciones interpretativas del art. 14.1 regla Segunda.

Como bien señala la Exposición de Motivos de la modificada LJCA, en su agilización procesal, es lograr una justicia ágil y de calidad. Por tanto, no es sostenible el criterio de una sistemática jurídica planteada por los órganos jurisdiccionales de lo contencioso administrativo que de forma contraria a la misma sostienen y consideran que las medidas cautelarisimas se deben de tramitar en el domicilio de la residencia habitual o donde está empadronado documentalmente el recurrente, o en el lugar donde se emitió el acto administrativo o en el lugar donde se encuentre el órgano jurisdiccional en el cual se inició o está en trámite el correspondiente recurso contencioso administrativo. Ello también es contrario a una justicia cautelar eficaz y efectiva, a un recurso efectivo y eficaz, por ende, que pueda asegurar la efectividad de la sentencia¹⁵⁹¹.

En fin, el art. 14.1 LJCA, en su regla Segunda, en lo que respecta al domicilio debe interpretarse con arreglo a la finalidad ante señalada y por ende admitir a efectos de domicilio, el CIE, así como los lugares detención (comisarías). El alcance e interpretación del citado artículo se debe realizar en aras de facilitar el control judicial de la actividad administrativa y no como un obstáculo.

3.3.5.4-b)-3-Órgano autor del acto originario impugnado.

El art. 14.1 regla Segunda LJCA hace referencia a la sede, territorio del órgano que dictó la disposición o acto administrativo originariamente impugnado. Respecto a esta regla, al igual que la anterior, no es pacífico el debate. El mismo se torna polémico y complejo por su propia casuística¹⁵⁹² y por la existencia de la circunstancia de la especial urgencia. En igual sentido que el anterior, no se debe absolutizar la *perpetuatio iurisdictionis* en lo relativo a la sede del órgano emisor del acto, ni en cuanto a la interpretación de “*acto originario impugnado*”, de sostenerse una línea interpretativa absolutista, traería consigo una obstaculización del acceso a la jurisdicción y al recurso, con la respectiva pérdida de efectividad y eficacia de la medida cautelarísima solicitada.

En cuanto a la definición de sede territorial del órgano emisor del acto y “*acto originario impugnado*”, se ha de tener presente que en el incidente procesal cautelar en estudio generalmente la medida responde a otro acto administrativo totalmente nuevo e independiente del primario, se ha procedido en esta etapa a la ejecutoriedad del acto administrativo inicial, el título ejecutivo inicial, originario y primario (expulsión, devolución, prohibición de entrada). Para la ejecutoriedad forzosa del mismo, se procede a la detención cautelar o a la incoación de solicitud de medida cautelar de internamiento. Estos, son otros actos administrativos totalmente independientes del primero, (como ya se ha dicho, con naturaleza jurídica propia, e incluso en ambos, intervienen otras

¹⁵⁹¹ Pérez Estrada, J. M., (2014). “La importancia de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo. Su eficacia en el proceso”. *RVAP*, nº 99-100, pp. 2359-2381.

¹⁵⁹² Ha de recordarse e insistir que son generalmente las Delegaciones de Gobierno o las Subdelegaciones de Gobierno correspondiente las que dictan los actos administrativos originarios de expulsión. Sin embargo, la medida cautelar de internamiento la dicta el órgano de instrucción de guardia correspondiente, que por demás puede ser cualquier órgano de instrucción del país, que ni siquiera se encuentre en el partido judicial, o incluso, ni en la provincia donde se encuentra ubicado el centro de internamiento o del órgano que dictó el acto administrativo inicial. Son las Brigadas de Extranjería del lugar donde se hace la detención, las que solicitan al juzgado de instrucción de guardia la medida cautelar de internamiento para asegurar la ejecutoriedad del acto que pudo haber sido dictada por cualquier Delegación o Subdelegación de Gobierno del país.

Administraciones y el juzgado de instrucción de guardia, por lo que también pueden ser considerados “*actos originarios*”), los cuales, a su vez, son recurridos por sus respectivos cauces. Se produce así, una especie de sujeción especial de la segunda a la primera, para la ejecutoriedad del acto originario/primario.

de acuerdo con las situaciones planteadas *supra* y la casuística general inicialmente enunciada, pueden darse varios supuestos, entre ellos, que la sede del órgano que dicto el acto administrativo originario/primario, no coincida con la sede del órgano administrativo que solicitó el segundo “acto originario”, para asegurar la ejecutoriedad de aquel, e incluso, que la sede de este último, tampoco coincida con la sede del órgano jurisdiccional que finalmente conozca de la solicitud de la medida cautelarísima. A ello se ha de agregar que el acto administrativo originario/primario se puede encontrar en diferentes situaciones de recurribilidad o impugnación, (puede estar siendo impugnado, puede estar en plazo para ser impugnado, o puede ser firme). Esto último, a su vez repercute con la sistemática interpretativa desde la óptica procesal antes relacionada, respecto del art. 135.1- a) y b) LJCA.

Se produce así, una “convergencia de actos originarios propios, complejos compuestos, conexos o complejos impropios”, dictados por diferentes órganos administrativos, con diferentes sedes, que están sometidos a diferentes causas procesales de recursos que pueden discurrir de forma paralela. Es decir, los actos originarios primarios de expulsión, devolución prohibición entrada, pueden ser adoptados por un órgano administrativo, que puede tener su sede diferente a la sede de los órganos administrativos que procedan a su ejecutoriedad y de estos a su vez, con los órganos jurisdiccionales que puedan suspender los primeros, atendiendo a la especial urgencia a través de las medidas cautelarísimas del art. 135 LJCA. Mientras que la detención cautelar y el internamiento pueden ser recurridos a través de la jurisdicción penal en otra sede territorial diferente, tanto, a la de los respectivos órganos administrativos, como de la jurisdicción contenciosa administrativa que resuelve la cautelarísima. Por ello, será a este último o al juzgado de instrucción de guardia, en horario inhábil, a quienes le ha de corresponder la solución de la solicitud de medida cautelarísima en correspondencia con la sede territorial, en este caso, del lugar donde se encuentra la persona internada o detenida.

En este sentido, queda acreditado que, aunque la resolución sancionadora o de gravamen se adopte por órgano de otro territorio, en el momento de impugnar la ejecución forzosa de la resolución sancionadora o de gravamen, con medida de especial urgencia, el interesado está privado de libertad, lo que se solicita con dicha medida urgente es precisamente, la suspensión de la ejecutoriedad del acto e incluso como veremos la puesta en libertad.

De no permitirse el acceso a la jurisdicción y a la admisión del recurso cautelar por las razones de determinación del órgano autor del acto originario impugnado, atendiendo a lo antes dicho, se produce una vulneración de la efectividad y la eficacia de la tutela cautelar, prima el carácter formalista de omisión o trabas materiales o disfunciones procesales que atentan contra ese carácter efectivo y eficaz que ha de tener la tutela cautelar. Téngase en cuenta, que mientras se resuelven los recursos sobre competencia, el extranjero puede ser expulsado o devuelto, con sus respectivos daños irreversibles. De obligar al recurrente a litigar ante un órgano de otro territorio que le resulta más lejano, con las dificultades que ello conlleva a todos los niveles, pierde su efectividad la solicitud de la medida de especial urgencia y por ende, se causa indefensión, violándose el art. 24 CE.

No obstante a ello, considero que en todo caso, se debe proceder atendiendo a la normativa citada (art. 14.1 regla Segunda, en relación con arts. 64.2 y 725.2 LEC y art. 11.1 y 12.1 LOCJ), e incluso visto desde una visión más práctica, se debe proceder, como mismo se procede en la jurisdiccional penal, ante una orden de detención o búsqueda y captura, el órgano de instrucción correspondiente a resolver sobre la detención y la medida cautelar de prisión provisional resuelve y luego se traslada el incidente cautelar al juzgado correspondiente. Por lo que, en el caso en estudio, tanto, el juzgado de instrucción de guardia o el juzgado de lo contencioso administrativo, que conozca de la solicitud de la medida cautelarísima, deberá proceder como se ha dicho por mandato legal y por la jurisprudencia, abrir a trámite la pieza, solucionar sobre la especial urgencia y luego remitir al órgano que por derecho corresponda.

3.3.5.4-c)- Levantamiento o modificación de la medida cautelarísima. Levantamiento medida cautelar internamiento. Juzgados de instrucción o contencioso-administrativo. Imparcialidad objetiva.

Se ha analizado anteriormente los requisitos para el mantenimiento, modificación, revocación, levantamiento de las medidas cautelares. Un cambio de circunstancias sin más o de cualquier tipo de circunstancia no conlleva consigo por sí misma la modificación, revocación, levantamiento de la medida. Las nuevas circunstancias deben estar en directa correspondencia con los criterios de valoración que en su día se tuvieron en cuenta para la adopción de la medida cautelar. Ellas, (las nuevas circunstancias) han de permitir al Juez o Tribunal decidir sobre la modificación, revocación, levantamiento o incluso, dictar una nueva, tras la ponderación/razonabilidad de los intereses en conflicto y con la posibilidad de que el recurso no pierda su finalidad legítima. En igual sentido, se ha de tener en cuenta la voluntad del solicitante (el derecho a ser oído). Los anteriores presupuestos generales los analizaremos concretamente a una medida específica, el levantamiento de la medida cautelar de internamiento (internos en CIE), a través o como resultado de una solicitud de medida cautelarísima.

Se ha expuesto la interrelación y disfunción entre la medida cautelar de internamiento y la solicitud de medidas cautelarísima, atendiendo a razones de especial urgencia para suspender el acto originario/primario. Se produce como se ha dicho, una doble intervención jurisdiccional, penal, órgano de instrucción de guardia y el contencioso administrativo, indistintamente. Recordando que el juez de instrucción cumple dos funciones totalmente diferentes, por un lado, puede otorgar el internamiento del extranjero como medida cautelar y por otro, puede adoptar la medida del art. 135 LJCA, respecto a la suspensión de la ejecutoriedad del acto originario/primario sobre el mismo sujeto internado.

Siguiendo la misma sistemática interpretativa y dinámica del art. 135.1-a) LJCA, su resultado puede ser apreciar la especial urgencia y suspender el acto de ejecutoriedad forzosa, pero manteniendo el internamiento, esto dará paso a que el juzgado de instrucción de guardia envíe al Decanato la pieza para turno de reparto, para que este designe el juzgado de lo contencioso administrativo correspondiente. Este último procederá a la audiencia o la comparecencia, para mantenimiento, modificación, revocación o levantamiento de la medida cautelarísima de suspensión de la ejecutoriedad inicialmente tomada. En el caso que la medida del art. 135.1-a) hubiese sido adoptada directamente por juzgado de lo contencioso administrativo, este conocerá a su vez de la audiencia o la comparecencia, o en su caso, luego de resuelta la misma se inhibirá al juzgado de lo contencioso administrativo que ya estuviese conociendo del caso, si la decisión se hubiese

tomado en horario inhábil (juzgado de lo contencioso administrativo de guardia desde las 14 horas a las 20 horas). O incluso, como hemos dicho en el acápite anterior, que resuelva el juzgado de lo contencioso administrativo que por turno de reparto corresponda y luego este se inhíba a otro por las razones de competencia territorial, antes alegadas.

En cualquier caso, y ante los supuestos generales antes descritos, la problemática interpretativa está dada, en que si ese juzgado de lo contencioso administrativo que por ley es el obligado a conocer de la audiencia o la comparecencia para mantenimiento, modificación, revocación o levantamiento de la medida cautelarísima de suspensión de la ejecutoriedad inicialmente tomada, también pueda estar legitimado para modificar, levantar la medida cautelar de internamiento previamente adoptada por un juzgado de instrucción de guardia.

La polémica al igual que las anteriores estudiadas, está más que presente. El art. 62.6 LOEX señala que “...*el Juez competente para autorizar y, en su caso, dejar sin efecto el internamiento será el Juez de Instrucción del lugar donde se practique la detención*”. Por tanto, por mandato legal la medida cautelar de internamiento previamente adoptada por un juzgado de instrucción de guardia, quien único es competente para modificar, suspender, dejar sin efecto o levantar la misma, es el propio juzgado de instrucción, a través del recurso de reforma o apelación a la Audiencia Provincial correspondiente.

Como he vendido sosteniendo, este criterio normativo debe ser modificado¹⁵⁹³, atendiendo a dos razones fundamentales, i) la modificación legislativa otorgando facultadas para el internamiento a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, evitando así, las disfunciones y defectos procesales de orden público antes analizados y ii) o que los órganos jurisdiccionales de lo contencioso administrativo cuando conozcan en la audiencia o la comparecencia para el mantenimiento, modificación o levantamiento de la medida cautelarísima, tengan competencia, referente al mantenimiento, modificación o levantamiento de la medida cautelar de internamiento.

3.3.5.4-c)-1- Aproximación a una solución.

Mientras pueda ser presentada una reforma legislativa realizo al respecto una aproximación basada en cinco argumentos o razonamientos que sostienen que el juez de lo contencioso administrativo puede en el momento de la audiencia o la comparecencia levantar, mantener o modificar la medida de internamiento. Entre ellos se encuentran, a) los juzgados de lo contencioso administrativo conocerán de los hechos y derechos, así como de las antiguas y nuevas circunstancias que pueden haber surgido en igualdad de parte, es decir, un examen completo y *ex tunc*¹⁵⁹⁴, cumpliéndose el principio de contradicción, siendo oído¹⁵⁹⁵ el interesado (art.41-2-a), CDFUE), valorando la perspectiva razonable de expulsión¹⁵⁹⁶, tiempo del internamiento, riesgo de fuga, si se han

¹⁵⁹³ Esta problemática como se ha referenciado no es solo una situación de nuestro derecho interno, sino que en el propio DUE hay inexistencia de normas establecidas al respecto. No existen modalidades procedimentales relativas al acto de revisión del internamiento, sino que el DUE ha dejado esta problemática a cada EM de acuerdo con los principios de la autonomía procesal, equivalencia, efectividad, entre otros, siempre y cuando los EM respeten el efecto útil y primario del DUE, ya que esa norma procedimental nacional está siendo ejercitada en el ámbito de aplicación del DUE.

¹⁵⁹⁴ STJUE, GS de 29-07-2019, asunto Alekszj Torubarov c. Hungría, C-556/17, apartados 33-36, 51-59, 65-66, 73-77 y STJUE Sala 2ª de 26-07-2017, asunto Moussa Sacko c. Italia, C-348/16, apartados 31-44.

¹⁵⁹⁵ STJUE, Sala 2ª asunto M.G. y N.R, nº C-383/2013.

¹⁵⁹⁶ STJUE, GS asunto Shamilovich c. Bulgaria, C-357/09 PPU.

presentado otras circunstancias¹⁵⁹⁷, tales como solicitudes de asilo¹⁵⁹⁸, es decir, un examen nuevo en correspondencia con el alcance del art. 13 CEDH, art. 47 CDFUE¹⁵⁹⁹ y del art. 24.1 CE; b) sometido el art 135.1-a) LJCA al “*test*” de la efectividad respecto del DUE, ya que la misma está siendo ejercitada en el ámbito de aplicación de aquel; c) se permite por la propia LOEX, art. 62.3, así como por el propio el propio RD 162/2014, RCIE, que cuando hayan dejado de cumplirse las condiciones del internamiento, el extranjero será puesto inmediatamente en libertad por la autoridad administrativa que lo tenga a su cargo¹⁶⁰⁰; d) se puede por el CGPJ atendiendo al principio de autonomía procesal, establecer y ejercitar el control por el juzgado de lo contencioso administrativo y pronunciarse este último, en cuanto al fondo, pudiendo ordenar el levantamiento de la medida de internamiento, cuando ya no esté justificado el mismo con arreglo a las exigencias antes dicha. Pudiendo sustituir dicha medida por su propia decisión o aquellas de la autoridad administrativa (en este caso referido a la detención por 72 horas) o, en su caso, la de la autoridad judicial que ordenó el internamiento inicial; e) en nuestro entorno, de derecho europeo comparado, existen fórmulas que permiten al juez del asunto principal modificar o revocar las resoluciones de medidas cautelares relativas a la suspensión de la ejecutividad del acto, y todos los interesados podrán solicitar la modificación o

¹⁵⁹⁷ STS Sala 3ª, Sec. 6ª, nº 2369/02 de 3-04-2002, Rec. 7917/99, FD 1-3.

¹⁵⁹⁸ Recordar en este punto, que se señaló en la Primera y Segunda parte de este trabajo, lo relativo al desplazamiento de los estándares de garantías del derecho fundamental a un recurso efectivo y su relación con el internamiento. Lo allí señalado recobra su importancia en el aspecto aquí tratado, por lo que la interpretación del recurso, su eficacia y efectividad debe ser sometido a control, a un “*test*” que debe responder al alza, STJUE, Sala 4ª, asunto VL c. España, C-36/20, apdo. 99 (define claramente que el juez que conoce de la solicitud de asilo, deberá examinar el internamiento a razón de la Directiva 2013/32, art. 26-1 y Directiva 2013/33, art. 8-1, se produce un cambio de las condiciones de internamiento no es de aplicación la Directiva 2008/115), esta interpretación como se ha dicho ya ha sido acogida y aplicada por Juzgado de Instrucción nº 4 de Santa Cruz de Tenerife, Auto de 25-09-2020 (no proceder la medida cautelar de internamiento y acepta la solicitud de protección internacional). ATJUE Sala 1ª de 5-07-2018, asunto C y J, S c. Países Bajos, C-269/18 PPU, 49, 54-55.

¹⁵⁹⁹ Se ha de recordar que el art. 47 de la Carta es suficiente por sí solo para conferir a los particulares un derecho subjetivo invocable como tal, sin que requiera ser desarrollado por otras normas del DUE o del Derecho nacional. (STJUE GS de 17-04-2018, Egenberger, C-414/16, apartado 78-79).

¹⁶⁰⁰ De la interpretación gramatical del art. 62.3 LOEX, en lo relativo a que “*cuando hayan dejado de cumplirse las condiciones descritas para el internamiento, el extranjero será puesto inmediatamente en libertad por la autoridad administrativa que lo tenga a su cargo*”. La ley no define quien es esa autoridad administrativa. Se puede inferir o interpretar que pueda ser el Director del CIE, pero de la lectura del art. 9 RD 162/2014, funciones de Dirección, tampoco lo define y nada dice al respecto. En todo caso, la que mayor amplitud interpretativa o analogía a lo analizado sería el apartado 3-h, función del Director consistente en “*h) Ejecutar las resoluciones de la autoridad judicial por las que se acuerde la entrada, salida y traslado de los extranjeros, así como las dictadas por los jueces competentes para el control de la estancia en los centros*”. Si aceptamos que fuera el Director del CIE la autoridad administrativa facultada para la puesta en libertad, atendiendo a que ha existido cambio de circunstancias art. 37.1 RD 162/2014 (imposibilidad de la expulsión, se cumpla el plazo establecido en el auto judicial de ingreso o en su prórroga o venza el plazo máximo de sesenta días, razones médicas, medidas operativas indicadas por la superioridad), proceder inmediatamente a su libertad, informando o poniendo posteriormente en conocimiento del juez instructor que autorizó su internamiento (apartado 2 del art. 37 del RD 162/2014). Como no va hacer posible que no lo pueda ser un juez de lo contencioso administrativo quien dicte esa resolución judicial. A ello agrego otro el elemento, el control de la decisión. En el caso del Director del CIE, en todo caso el control se realiza posterior a la toma de la decisión y ejecutada la misma. Mientras que la decisión o resolución judicial del juez de lo contencioso administrativo, deberá ser motivada y como ha de ser también sometida a recurso.

revocación de la resolución por una modificación de las circunstancias¹⁶⁰¹. En fin, pronunciarse sobre la posibilidad de ordenar una medida alternativa o la puesta en libertad del nacional del país tercero¹⁶⁰².

En consecuencia, a fin de garantizar al recurrente una tutela judicial efectiva y eficaz en los términos del art. 47 CDFUE y del art. 24.1 CE, puede perfectamente el órgano judicial de lo contencioso administrativo que conoce por obligación normativa del art. 135.1-a) LJCA, mantener, modificar o levantar la resolución del órgano judicial tomada, puede también controlar -en este caso, el auto del juzgado de instrucción sobre el internamiento- que no resulte conforme a los derechos antes señalados, dejando inaplicado el mismo, y si es preciso fuera, la normativa nacional que le prohíba proceder de tal manera atendiendo a que su actuación responde al efecto útil del DUE.

3.3.5.4-c)-2- Imparcialidad objetiva. Acumulación funciones enjuiciamiento o conocimiento previo del asunto.

He planteado que en determinados supuestos pueden darse las circunstancias para posibles imparcialidades objetivas, duda razonable sobre la existencia de prejuicios o prevenciones en el órgano judicial, acumulación entre las funciones instructoras y de enjuiciamiento o conocimiento previo, “contaminación” del juzgador, con el *thema decidendi*, (art. 219. 11ª LOPJ, “*Haber participado en la instrucción de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia*”), esto concretamente en aquellos supuestos en que el juez de instrucción sea el mismo para la medida cautelar de internamiento y luego para la adopción de la medida cautelarísima de suspensión de la ejecutoriedad del acto por el cual el mismo fue internado. A su vez puede existir un segundo supuesto más discutible, art. 135.1-b) LJCA, aquellos casos donde la intervención sea solo la del órgano jurisdiccional contencioso administrativo, el juzgador tiene un enjuiciamiento o conocimiento previo sobre los motivos de la especial urgencia para la suspensión del acto, luego el análisis cautelar ordinario de la suspensión del mismo acto, por tanto, presumiblemente ya está contaminado.

En ambos supuestos, teóricamente la imparcialidad objetiva está en duda, ya sea analizando la convicción personal del juez¹⁶⁰³ quien previamente ha tenido un examen decisorio del objeto del litigio, ha conocido de los hechos o circunstancias, ha existido un acercamiento, ya que de una forma u otra ha dictado resoluciones sobre el fondo del objeto concreto¹⁶⁰⁴, internamiento o cautelarísima. Esto puede provocar una apariencia de duda razonable de imparcialidad, de acuerdo con que las cuestiones a analizar en los dos momentos procesales son sustancialmente idénticas o “muy cercanas” entre unas y otras, aquellas que fueron objeto de pronunciamiento o resolución en el enjuiciamiento o

¹⁶⁰¹ Teso Gamella, M. P., (2007). *Medidas Cautelares...*, op. cit., p. 150. Cita como ejemplo el sistema alemán y francés que permite al juez del asunto principal modificar o revocar las resoluciones de medidas cautelares adoptadas al momento de la suspensión de la ejecutividad del acto.

¹⁶⁰² STJUE GS, asunto Gnandi, C-181/16, apartados 37-67. STJUE Sala 3ª asunto Mahdi, C-146/14 PPU, apartado 58-61. AAN, Sala (Contencioso), Sec. 2ª, nº 77/2017, de 16-03-2017, Rec. 175/2017.

¹⁶⁰³ Juan-Sánchez, R., (2020). *Proceso justo en España...*, op. cit., p. 57. En este sentido comparto el criterio crítico de Montero Aroca, J., (2009). “Derecho a un juez independiente e imparcial”, en M. P. Calderón Cuadrado, & J. L. Iglesias Buhigues, (Coords.). *El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: avances y derechos fundamentales en materia procesal*. (pp. 101-132). Cizur Menor: Thomson Reuters, cuando señala que la determinación de la convicción personal del juez es “*lo imposible*”. p. 107.

¹⁶⁰⁴ Sánchez Muñoz, Ó., (2019). “El derecho a un tribunal...”, op. cit., pp. 29-37, 50-57 y 61.

pronunciamiento inicial, vuelven a repetirse en su generalidad en el posterior. Al respecto art. 6.1 CEDH¹⁶⁰⁵, art. 47.1 CDFUE en relación con art. 19.1 TUE y art. 24.2 CE¹⁶⁰⁶

El presente análisis se hace desde dos perspectivas, i) la propia imparcialidad objetiva (no tratando los aspectos de causas legales de abstención y recusación, art. 217 y ss. LOPJ), ii) que sirva como motivo de reflexión o aproximación a la modificación de la norma en lo relativo al conocimiento de la medida cautelar de internamiento y su modificación o levantamiento por el juez de lo contenciosos administrativo y así suprimir la dualidad jurisdiccional. Dentro de esta segunda perspectiva también se encontraría la valoración aproximativa de que en el caso de las medidas del art. 135.1-b) LJCA, una vez desestimada la especial urgencia, el trámite ordinario del art. 131 LJCA sea asumido por otro juzgador de la propia jurisdicción contenciosa administrativa.

3.3.5.4-c)-2-a)-Acumulación entre las funciones instructoras y de enjuiciamiento o conocimiento previo del asunto.

En el supuesto concreto del juez de instrucción¹⁶⁰⁷ para acordar la medida cautelar de internamiento CIE realiza una función activa, controladora y fiscaliza dicho período de instrucción, toma declaración al extranjero, (audiencia del interesado, contacto directo)¹⁶⁰⁸ y práctica pruebas de los hechos y datos que deben servir para tomar su decisión¹⁶⁰⁹ (art. 62.1 párrafo 2 LO 4/00). Resolviendo mediante auto motivado de acuerdo con el principio de proporcionalidad. La naturaleza jurídica de esta resolución lleva a apreciar en Derecho que el peso de los datos existente en los autos, las circunstancias concurrentes, y, en especial, el riesgo de incomparecencia por carecer de domicilio o de documentación identificativa, las actuaciones del extranjero tendentes a dificultar o evitar la expulsión, así como la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes, han influido en la decisión del instructor (alejado de los aspectos subjetivos), esto podrá posteriormente influir en su valoración de los medios de prueba y de las cuestiones controvertidas que se presenten durante la posterior solicitud de medida cautelar, en este caso la cautelarísima, solicitada por el interesado contra la ejecutoriedad del acto estando internado. Incluso, aunque ello no suceda, es difícil evitar la impresión de que el juez no acomete la función de juzgar la segunda solicitud sin la plena imparcialidad que le es exigible. En definitiva, bajo estos presupuestos y condiciones, la doctrina del TC referenciada en las sentencias citadas señala que puede existir contaminación en actuaciones de investigación directa.

¹⁶⁰⁵ La denominada doctrina de la apariencia del TEDH. STEDH Sala de 17-01-1970, asunto Delcourt c. Bélgica, nº 2689/65 (se afirma, que en efecto no sólo debe parecer hacer justicia el órgano judicial, sino parecer que lo hace); STEDH Sala de 1-10-1982 asunto Piersack c. Bélgica, nº 8692/79 (la imparcialidad de los Tribunales es una garantía que descansa en la necesaria confianza que deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática apdo. 30); STEDH Sala de 26-10-1984, asunto De Cubber c. Bélgica, nº 9186/80 (conexión entre apariencia de imparcialidad y confianza de los Tribunales apdo. 25). Se reitera todo ello en Pleno, de 24-05-1989, asunto Hauschildt c. Dinamarca, nº 10486/83, apdo. 48-53, GS de 15-12-2005, asunto Kyprianou c. Chipre, nº 73797/01, apdo. 119; GS, de 15-12-2009, asunto Micallef c. Malta nº 17056/06, apdo. 97.

¹⁶⁰⁶ STC, Sala 2ª, nº 113/87, de 3-07-1987, BOE nº 180 de 29-07-1987, FJ 2.

¹⁶⁰⁷ STC, Pleno, nº 145/88, de 12-07-1988, BOE nº 189 de 8-08-1988, FJ 5.

¹⁶⁰⁸ STC Sala 1ª, nº 106/89 de 8-06-1989, BOE nº 158 de 4-07-1989.

¹⁶⁰⁹ STC Sala 2ª, nº 11/89 de 24-01-1989, BOE nº 43 de 20-02-1989, FJ 4

Estas circunstancias objetivamente claras, entiendo comprometen la imparcialidad; al estar en juego la confianza en los tribunales de una sociedad democrática. No obstante, esta duda de imparcialidad dependerá de las circunstancias que concurran, pues la solicitud de la medida de internamiento la realiza la Brigada de Extranjería, las funciones judiciales desempeñadas por los jueces son independientes, es decir, no prepara, ni se involucra con la solicitud de la medida, pero si resuelve con profundidad de acuerdo con lo antes señalado. La conexión con el fondo del asunto no es en abstracto, es una relación nominal de actuaciones o decisiones previas de fondo, de tal intensidad que determinan su fallo definitivo de internamiento. Volviendo a conocer posteriormente sobre las mismas circunstancias de fondo, pero en este caso en una solicitud de medida cautelarísima por el interesado justiciable que tiempo antes había internado. Esto no es un mero hecho, es una circunstancia excepcional, que distingue y hace distinguir, que sea el mismo juzgador, sobre los mismos hechos y acto administrativo.

Esto último entiendo lo hace determinante, se comprueba en cada supuesto de solicitud de la medida que la intervención previa del juzgador hace residenciar las dudas, ambas intervenciones son realizadas por el órgano judicial, teniendo que adoptar decisiones valorando, hechos, circunstancias y cuestiones sustancialmente idénticas o muy cercanas, entre el internamiento y la medida cautelarísima, se proyectaran sobre la segunda pronunciamientos sobre hechos debatidos en el primero (el internamiento)¹⁶¹⁰.

3.3.5.4-c)-2-b)- Acumulación funciones enjuiciamiento o conocimiento previo del asunto del contencioso-administrativo.

En el caso de las actuación del art. 135.1-b) LJCA, como he señalado, el juzgador del órgano jurisdiccional contencioso administrativo tiene un enjuiciamiento o conocimiento previo, denegación de las causas de especial urgencia, por tanto, ha teniendo que adoptar una decisión valorando, hechos, circunstancias y cuestiones sustancialmente idénticas o muy cercanas a las que tendrá que volver a valorar en el trámite ordinario que indica dicho apartado, remitiendo al art. 131 LJCA, esto hace que presumiblemente pueda estar contaminado.

Este supuesto teóricamente es más complejo que el anterior, vaya por delante, antes de realizar nuestro análisis justificativo varias razones, i) ante todo no se trata de la jurisdicción penal, por tanto, no es aplicable en toda su extensión la doctrina antes desarrollada, ii) se podrá alegar de contrario que no es el mismo proceso, el art. 135.1-b) no es solo para las cuestiones de especial urgencia *inaudita parte debitoris*, sino como bien indica el art. 135.1-b) remite al art. 131 LJCA, proceso ordinario, para analizar todos los presupuestos de las medidas cautelares, iii) la LOPJ señala en su art. 87.3 (respecto a los Juzgados de Primera Instancia) que los procedimientos de revisión de medidas por modificación de circunstancias podrán ser tramitados por el juez o jueza inicialmente competente, esto supletoriamente relacionado con el art. 91.1 competencia material de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo, iv), la propia Exposición de Motivos de la LJCA, señala que se podrán adoptar medidas *inaudita parte debitoris*, correspondiendo al Juez o Tribunal determinar las que, según las circunstancias, fuesen necesarias, con la comparecencia posterior sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada, esto en relación con los arts. 7.1 y 8.4 de la misma norma, competencia oblativa.

¹⁶¹⁰ STC Sala 2ª, nº 39/04 de 22-03-2004, BOE nº 99 de 23-04-2004, FJ 3.

Es objetivo e indiscutible que el juzgador para tomar la decisión sobre la especial urgencia tiene una actuación directa, practica pruebas (testificales, periciales, en el caso de los MENAS y la determinación de la edad), puede entrevistarse o hacer comparecer al interesado, examina documentos, por lo que la toma de contacto, la conexión con el fondo del asunto no es en abstracto, es una relación nominal de actuaciones o decisiones previas de fondo de tal intensidad que determinan su fallo definitivo de no apreciar la especial urgencia. No son simples funciones interlocutorias, no son actos estrictamente de comunicación y ordenación procesal para dar al procedimiento la sustanciación que corresponde, sino es una intervención previa que ha consistido en decisiones que han conllevado a la exteriorización de un juicio anticipado de desestimación. Volviendo a conocer posteriormente sobre los mismos hechos y circunstancias de fondo, faltando por un lado la especial urgencia y aportándose por otro, la parte demandada, pero sobre los mismos hechos de fondo, cuestiones sustancialmente idénticas o muy cercanas a las ya analizadas en el recurso inicial, dando paso procesal al *iter* señalado en la ley, que no es un recurso impugnativo devolutivo (reposición o queja), ni una nueva instancia de impugnación, ni ningún otro remedio procesal excepcional¹⁶¹¹ (digamos incidente de nulidad), es el recurso procesal, el *iter* procesal que ha establecido el legislador. Esto, al igual que en el supuesto anterior, al ser el mismo juzgador, las mismas circunstancias y sobre el mismo acto administrativo, puede conducir a la contaminación señalada.

En conclusión parcial relativo a la imparcialidad objetiva se ha constatado que teóricamente pueden existir los presupuestos necesarios definidos por la jurisprudencia del TEDH y del TC para que se configure dicha imparcialidad, trayendo ello como consecuencia que se sustente la aproximación realizada en cuanto a la modificación de la norma en lo relativo al conocimiento de la medida cautelar de internamiento y su modificación o levantamiento por el juez de lo contencioso administrativo y así suprimir la dualidad jurisdiccional, así como la segunda perspectiva en el supuesto de las medidas del art. 135.1-b) LJCA, una vez desestimada la especial urgencia, el trámite ordinario del art. 131 LJCA sea asumido por otro juzgador de la propia jurisdicción.

3.3.6.- Inactividad/ Vía de hecho.

3.3.6-1- Consideraciones previas.

El art. 136 LJCA¹⁶¹², regula otra forma en las que se puede presentar una solicitud de medidas cautelares, un régimen donde se invierten las reglas generales antes expuestas, para convertirse en un régimen *cuasi* especial anticipado contra la inactividad y vía de hecho¹⁶¹³ de la Administración, arts. 29 y 30 LJCA, una medida contra un *fumus mali*

¹⁶¹¹ ATS Sala 3ª, Sec. 4ª, nº 6325/20 de 22-07-2020, Rec. 79/19, FD 3, y la jurisprudencia allí citada destacando, AATS Sala art. 61 de 29-06-2016, Rec. 8/16, FD 3; de 17-06-2015, Recusación 3/15 y de 27-11-2013, Recusación 14/13.

¹⁶¹² El presente artículo no tiene antecedentes normativos en la Ley de la Jurisdicción de 1956. En el Proyecto de 1995 se refirió expresamente en su art. 133.1 a la posibilidad de adoptar medidas provisionales en casos de urgencia, inactividad o vía de hecho, referencia específica que desapareció en el Proyecto remitido a las Cortes en 1997. Palomar Olmeda, A., (2017). “Medidas Cautelares...”, op. cit. pp. 910-913. Terrero Chacón, J. L., (2006). “Medidas cautelares”..., op. cit., pp.1079 a 1135.

¹⁶¹³ Sala Atienza, P., & Cadenas García, M. I., (2016). *Las Medidas Cautelares...*, op. cit., pp. 113-118. López Menudo, F., (1998). “Comentario al Artículo 30 Título III. Objeto del Recurso Contencioso Administrativo. Capítulo Primero. Actividad administrativa impugnabile. Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998, REDA, nº 100, pp. 314-324. Circunscribe el autor la vía de hecho sólo a los casos de nulidad de las letras b) y e) del art. 62 de la antigua Ley 30/92 (hoy art. 47

*iuris*¹⁶¹⁴ cualificado, un debilitamiento de las prerrogativas de la Administración, de su autotutela ejecutiva.

Es decir, una expresión clara de voluntad del legislador en que se adopten las medidas cautelares de carácter positivo, de estar presente los presupuestos que exige la norma. El ordenamiento jurídico distingue, por un lado, la propia inactividad, la pasividad de la Administración, cuando le resultara obligada su actuación, por otro, la actuación material abusiva de las mismas, que se producen sin haber adoptado previamente una decisión declarativa que le sirva de fundamento jurídico para dicha actuación, la actividad material de ejecución se excede al ámbito en que pueda haber dado cobertura el acto administrativo que debió haberse dictado previamente. Estas circunstancias traen como resultado la ilegalidad en que incurre la Administración, la cual “*es de tal magnitud que no merece el privilegio de la ejecutividad*”¹⁶¹⁵. De estas dos situaciones es la vía de hecho la que mayor incidencia presenta en la materia en estudio.

Los presupuestos para la adopción de una medida cautelar en estos supuestos, han de ser, la inactividad y el exceso o abuso en estrecha relación con la determinación de afección cierta, certera, segura, precisa, apreciación con evidencia de dicha inactividad o exceso, sin que se ocasione una perturbación grave al interés general o de terceros. La “evidencia” señalada no requiere mayores operaciones de valoración, así como la determinación certera de que no se ocasiona a los intereses generales o de terceros ninguna perturbación grave a los mismos, ello bajo el principio de la ponderación/razonabilidad.

Al señalar el artículo analizado la expresión “ocasiona”, esto lo hace diferenciar del régimen general del art. 129 LJCA, donde señala “podrá”, trayendo como resultado la adopción o no de la medida. Se produce así una interpretación diferente del régimen de las medidas cautelares, el art. 129 LJCA, régimen general, mientras que el art. 136, es la excepción, *cuasi* especial que comprende formas de procedimiento (solicitud anticipada antes de la interposición del recurso contencioso administrativo, art. 136.2 LJCA) y sobre todo, porque el presupuesto de la adopción de las medidas del art. 136, es el *fumus boni iuris*, mientras que el de las medidas cautelares del art. 129 es el *periculum in mora*.

La propia Exposición de Motivos de la LJCA al referirse a la vía de hecho viene a indicar que “*Otra novedad destacable es el recurso contra las actuaciones materiales en vía de hecho. Mediante este recurso se pueden combatir aquellas actuaciones materiales de la Administración que carecen de la necesaria cobertura jurídica y lesionan derechos e intereses legítimos de cualquier clase. La acción tiene una naturaleza declarativa y de condena y a la vez, en cierto modo, interdictal, a cuyo efecto no puede dejar de relacionarse con la regulación de las medidas cautelares*”.

De lo anterior, unido a la expresión “se adoptará” se interpreta que por regla general el art. 136.1 LJCA conlleva a la suspensión o la adopción de la medida que sea efectiva para asegurar el recurso que se interpondrá y la sentencia que en su momento se dicte, incluso, como ha llegado a señalarse por la jurisprudencia, se dicte pronunciamiento a título cautelar o indiciario, el cual como es evidente en ningún caso podía serlo de forma plena

LPACAP), entiende que los demás supuestos de actos nulos no dan lugar a una vía de hecho. En este sentido los arts. 29 y 30 LJCA se han de ver en relación con el art. 51.3 LJCA, así como con el art. 97.1 LPACAP. STC Pleno, nº 160/1991, de 18-07-1991. STS Sala 3ª de 19-05-2001, Rec. 6222/1996.

¹⁶¹⁴ Bacigalupo Saggese, M., (2008). “Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo...”, op. cit., p. 36.

¹⁶¹⁵ Pérez Estrada, J. M., (2014). “La importancia de las medidas cautelares...”, op. cit., p. 2364.

o definitiva, pues tal cuestión constituye el fondo del asunto a resolver en los autos principales.

Otra particularidad de la solicitud de la medida estudiada es que se puede presentar antes de la interposición del recurso (art. 136.2 LJCA), ello conlleva a que si no se interpone el mismo, la medida adoptada decae, una pérdida *opes legis*, sin necesidad de motivación)¹⁶¹⁶. Conviene igualmente advertir que en lo que concierne a estos plazos de interposición es de 10 días desde la notificación de la adopción de la medida. Esto plantea algunos problemas si se pone en colación con los arts. 29 y 30 LJCA; así en el caso del art. 29.1-2 LJCA se impone al recurrente, como presupuesto previo a la formulación del recurso, que dirija una intimación a la Administración reclamándole el cumplimiento de la obligación o la ejecución. Mientras que art. 30 se establece la posibilidad de formular la indicada intimación de manera voluntaria, requerimiento que debe ser atendido por la Administración en el plazo diez días, el cual de no ser atendido, se podrá deducir directamente recurso contencioso-administrativo.

Se potencializa, la doctrina del “*fumus boni iuris*” frente “*fumus mali iuris*”, al apreciarse con evidencia ese mal actuar patológico de la Administración que se manifiesta de diferentes modos, desidia, pasividad o posición contumaz.

En estas consideraciones generales de la medida en estudio hay que destacar la estrecha relación entre el art. 135 y art. 136.2, ambos LJCA, una combinación de precautelares/cautelarísima, ausencia de acto o exceso en el acto, especial urgencia, en una materialización para en su caso, la paralización del exceso o un obligar a hacer. Esta conexión en determinados supuestos puede llegar a confundir la tramitación, en principio del art. 136.2 remite al art. 135, por lo que ambas pueden ser pre-procesales (antes del recurso contencioso-administrativo), distinguiéndose precisamente que las medidas del art. 135, si existe un acto, hay una actividad, mientras que en las del art. 136, como se ha dicho, se materializa ante el marco de la inactividad y de la vía de hecho.

Por último, las medidas precautelares del art. 136.2 LJCA podrán no ser ratificadas por el órgano jurisdiccional en el trámite ordinario del art. 131 LJCA.

3.3.6-2- Singularidad o especialidad de la medida en el Derecho Extranjería.

La singularidad o especialidad de esta forma de la tutela cautelar en el presente objeto de estudio se concentra en la vía de hecho. Estas tiene más trascendencia de lo que pudiera parecer a primera vista, pues se dan actuaciones materiales por parte de la administración muy disímiles, que comprende desde la irregularidad o inexistencia de sustantiva del acto de cobertura, es decir, un acto huérfano de condición habilitante (arts. 39 y 97 LPACAP), como el exceso en la propia actividad de ejecución de sus actos (existencia de acto con condición habilitante pero exceso cuantitativo y cualitativo en su ejecución), tales como, retirada de documentación personal, pasaportes, tarjetas de identificación¹⁶¹⁷,

¹⁶¹⁶ Palomar Olmeda, A., (2017). “Medidas Cautelares...”, op. cit. pp. 912-913, puede darse la circunstancia que el interesado al momento de interponer el correspondiente recurso contencioso administrativo no realice la petición de ratificación de la medida ya concedida, valorando si ante tal circunstancia la misma puede ser subsanada a través de un requerimiento que realice el juzgador al recurrente “*en aplicación del principiante formalista y, sobre todo, desde una posición más práctica que otra cosa*”. De solicitarse por el recurrente el no mantenimiento de la medida adoptada previamente obligaría a proveer expresamente sobre el levantamiento o el decaimiento de las medidas adoptadas.

¹⁶¹⁷ STSJ Cat. Sala (Contencioso), Sec. 5ª, nº 561/2012, de 21-09-2012, Rec. 1448/2009.

limitaciones de movimiento¹⁶¹⁸, citaciones engañosas o en fraude de ley, personación en oficinas públicas de trámites, como, en las de registro parejas de hecho u oficinas de la hacienda pública, en las propias oficinas de extranjería, o en las propias oficinas de las Comisarías de Policía para realizar DNI a hijos con nacionalidad española, ejerciendo detenciones (o prolongaciones de estas¹⁶¹⁹), o incoando expedientes sancionadores sobre determinados extranjeros o aquellos supuestos de fronteras de denegación de entrada de familiares de ciudadanos de la Unión que no requieran visado o expulsión de ciudadanos de la UE¹⁶²⁰. Otros supuestos serían, negativa a tramitar y expedir una solicitud de tarjeta familiar de residente de familiar de ciudadano de la Unión¹⁶²¹, ejecución de una expulsión donde esté presente la prescripción de la misma, sin asistencia letrada y traducción o este suspendía a través de cautelarísima, a pesar de ello y de su alegación se produzca la expulsión¹⁶²². En fin, toda esta mala actuación administrativa que se ha de ver relacionada

¹⁶¹⁸ STSJA (Sede Sevilla), Sala (Contencioso), Sec. 2ª, nº 134/2015, de 13-02-2015, Rec. 138/2014, vía de hecho por el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales, consistente en no permitirle trasladarse al territorio peninsular pese a tener admitida una solicitud de asilo. En similares términos del mismo tribunal y sede, pero de Sec. 4ª, nº 1445/2010, de 27-12-10, Rec. 528/2010. Del TSJM Sala (Contencioso) Sec. 1ª, nº 841/2018 de 5-11-18 Rec. 562/18 FD 2, Sec. 1ª, nº 817/2018, de 30-10-18, Rec. 1491/17 y Sec. 1ª, nº 58/2018, de 26-01-18, Rec. 41/17, la cual por razones de unidad de doctrina y a fin de preservar los principios de igualdad en la aplicación de la ley y seguridad jurídica, se remite a la sentencia de la Sec. 1ª nº 877//2017 de 18-12-17, Rec. 1457/2016 y la jurisprudencia allí citada.

¹⁶¹⁹ STS Sala 3ª, Sec. 3ª, nº 270/2017, de 16-02-17, Rec. 1349/2016. Medida cautelarísima circunstancias de especial urgencia concurrente, acordar la medida cautelarísima de entrada y permanencia provisional en España. Se impugna la vía de hecho del Ministerio del Interior (en materia de solicitud de protección internacional), vulneradora del derecho del recurrente a la libertad ambulatoria y a la entrada en España, (es decir, al alargamiento de la retención del recurrente en las dependencias del puesto fronterizo Barajas T-4). No acredita en este caso el recurrente Abogacía del Estado el daño al interés general. En similares términos se ratifica en aras del principio de unidad de doctrina y a fin de garantizar adecuadamente la seguridad jurídica la jurisprudencia de la Sala al respecto SSTS Sala 3ª, Sec. 3ª, nº 2382/2016, de 7-11-2016, Rec. 1656/2016, Sec. 3ª, nº 2094/2016, de 28-09-2016, Rec. 1304/2016, Sec. 3ª, nº 2012/2016 de 19-09-2016, Rec. 1668/2016, 3ª, Sec. 3ª, de 19-09-2016 Rec. 1661/2016, Sec. 3ª nº 1883/2016 20-07-2016, Rec. 746/2016. SAN Sala (Contencioso) Sec. 2ª. nº 171/16 de 21-04-2016. Rec. 600/15, FD 2 y Sec. 2ª. nº 435/17 de 29-09-2017. Rec. 44/17. En similares términos STEDH, Sec. 1ª asunto Riad e Idiab c. Bélgica. No obstante, lo anterior, se ha de tener presente el cambio de criterio de esta Sec. 2ª Sala (Contencioso) AN en su Auto nº 195/18, de 10-05-2018, Rec. 223/18, FJ Único, en cuanto a la interpretación del art. 21.5 Ley 12/09 y la extemporaneidad de la resolución administrativa ante la citada solicitud, considerando que la violación de dicho plazo no supone automáticamente que se cumpla dicho proceso, sino que vincula el mismo al fondo de la propia solicitud protección internacional.

¹⁶²⁰ SJCA nº 1 de Orense, nº 163/16 de 5-09-2016, Rec. 60/16. Expulsión ciudadano de la Unión, “...omisión total y absoluta del procedimiento establecido en el mencionado artículo 15.4 del Real Decreto 240/2007. Olvidó que al tratarse el afectado por la expulsión de un ciudadano de la Unión Europea ostenta el derecho a que previamente a la deportación se revisen sus circunstancias, por lo menos valorándose en los correspondientes informes, con los consiguientes trámites de audiencia y prueba. En este caso ni se emitió informe, ni se practicó prueba o audiencia, ni siquiera se dictó resolución alguna (mucho menos motivada) sobre lo dispuesto en el citado precepto. Por ello se puede concluir que la deportación material del recurrente ejecutado el día 7 de marzo de 2016 se realizó con omisión total y absoluta del procedimiento previamente establecido, incurriendo la Administración demandada en una auténtica vía de hecho.”

¹⁶²¹ STSJM, Sala (Contencioso), Sec. 3ª, nº 10260/11 de 20-06-2011, Rec. 549/10.

¹⁶²² STSJPV, Sala (Contencioso), Sec. 3ª, nº 316/16 de 05-07-2016, Rec. 257/16. Protección de derechos fundamentales, sobre vía de hecho en ejecución de expulsión del territorio nacional, no asistencia letrada y traducción. STSJG, Sala (Contencioso), Sec. 2ª, nº 120/01 de 25-01-2001. Rec. 5395/97, FD 2, suspensión precautelar de abandonar el territorio nacional, ratificada posteriormente que devino firme, se acuerda tramitar un expediente y acordar una expulsión contraria al pronunciamiento jurisdiccional anterior.

en la presente materia investigada con el art. 53.2 CE, al atentarse contra los derechos o libertades fundamentales.

Las actuaciones materiales antes descritas generalmente carecen en esos momentos de legalidad y de cualquier otro respaldo jurídico o resolución administrativas previas, por tanto, la actuación concreta que se realiza, está fuera de cualquier procedimiento, es una actuación extralimitada e incluso en aquellos supuestos donde exista una resolución previa, en muchos casos se prescinde del procedimiento legalmente establecido, a su vez téngase presente que estos actos están determinados generalmente por la especial urgencia. Sin embargo, encontrar en la práctica forense en la materia en estudio una vía de hecho en estado puro, es complejo, debido al dinamismo, en este caso negativo, respecto del Derecho en la materia de Extranjería. Por ello, a pesar de la existencia de reglas de modulación en cuanto a los criterios rectores para el otorgamiento de la medida cautelar en la vía de hecho, en la presente especialidad, estas reglas no siempre se cumplen, por lo que, como señala GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, parecen un cierto adorno en el sistema procesal¹⁶²³.

La primera de las reglas, su regulación preceptiva -la del art. 136.1 LJCA-, se “adoptará”, a pesar de dicha expresión gramatical, existen reservas en los órganos jurisdiccionales en la constatación de la vía de hecho y la apreciación de la apariencia de buen derecho, este posicionamiento hace un debilitamiento de la propia regulación preceptiva¹⁶²⁴.

La segunda regla, la obligación a realizar dentro del propio incidente cautelar la apreciación inicial del *fumus boni iuris* de la pretensión actora, nos hace remitirnos a lo ya expuesto sobre el mismo, por lo que el juzgador deberá apreciar *prima facie* la evidencia, si concurren los presupuestos exigidos en especial del *fumus* de forma potencializada o con especial intensidad. Esta apreciación en la presente especialidad, se

Temeridad en absoluto desvirtuada por una contestación a cargo del Abogado del Estado que lleva su desinterés a omitir toda referencia al tema y cuya ignorancia llega al extremo de negar la existencia de una petición de prueba que obra en el otrosí de la demanda.

¹⁶²³ González-Varas Ibáñez, S., (2020). “Sexta Parte. Disposiciones comunes a los Títulos IV y V. Capítulo XLVII. Medidas cautelares...”, op. cit. En este sentido se ha de tener en cuenta (*mutatis mutandis* expropiación forzosa, actuación no constitutiva de vía de hecho, concepto de vía de hecho, continuación de actuación de la Administración pese a haber operado la suspensión debida al silencio positivo generado en vía de recurso administrativo con amparo en el ex art.111 Ley 30/92, hoy art. 117 LPACAP, suspensión ejecución), la interesante STS Sala 3ª Sec. 6ª, nº 5507/13 de 19-11-2013, Rec. 875/11, FD 2-3 y la jurisprudencia allí citada, hace que donde nace la razón se resista a compartir la doctrina ahí recogida, desorienta la sentencia al señalar finalmente que si la actuación estaba o no suspendida, la misma debía haberse incorporado en el escrito de interposición como objeto del recurso, es decir, serían dos acciones diferentes.

¹⁶²⁴ No obstante a ello como hemos visto *supra* existe jurisprudencia que avala la posibilidad, admitida y practicada por la Sala 3ª del TS cuando lo ha entendido procedente, de adoptar medidas cautelares de carácter positivo ante situaciones de vía de hecho e inactividad de la Administración, incluso ante presuntos actos de contenido negativo o sobre la improcedencia de efectuar pronunciamientos que impliquen un enjuiciamiento adelantado del fondo del asunto recurriendo a la presencia de un *fumus boni iuris* fundado. La Sala ha señalado que tal posicionamiento no implica pronunciarse sobre el fondo, puesto que la decisión final no está en modo alguno predeterminada por la medida cautelar que, como toda justicia cautelar, trata tan sólo de preservar que el recurso no pierda su finalidad como consecuencia de la dilación en resolver. En consecuencia, ningún obstáculo existe para que en determinados supuestos concretos y sin que se puedan hacer afirmaciones genéricas, pueda adoptarse una medida positiva en supuestos de inactividad administrativa o vía de hecho contemplados en los arts. 29.1 y 30 LJCA, al sólo objeto de evitar la posible pérdida de finalidad del recurso. STS Sala 3ª, Sec. 3ª, nº 5987/13 de 3-12-2013, Rec. 4586/12, FD 3. Vid cita 291.

hace confusa, se exige un *plus* de nitidez o un *plus* de la especial intensidad, para poder apreciar esa apariencia de buen derecho, la "evidencia" que permite apreciar esa vía de hecho puede ser rechazada de *facto*, con la aportación del acto administrativo que haya servido de sustento a la actuación material tachada de meramente fáctica e ilegítima o las propias circunstancias del actor vulnerable, lejos de ser apreciadas en sentido positivo, son revertidas contra el mismo. Dicho de otra forma, como es conocido, aquí el desplazamiento de la carga de la prueba corresponde a la Administración, por tanto, ello no impide acreditar a la misma que su actuación supuestamente de hecho estaba en realidad amparada en una decisión administrativa previa o incluso que el justiciable justifique su situación de irregularidad administrativa.

La tercera regla, la moduladora de la proporcionalidad de los intereses generales o de tercero, en este sentido al igual que en el *fumus*, nos remitimos a lo antes comentado al respecto de los intereses generales o de tercero y su relación con los intereses individuales. No obstante, como también señala el propio art. 136 LJCA, es posible que el Juez de la medida cautelar rechace ésta si advierte que su otorgamiento ocasiona una "perturbación grave" de los intereses generales o de tercero, que ponderará en forma circunstanciada. Esto se traduce y relaciona con la situación o circunstancia concreta del justiciable, situación de irregularidad administrativa o aquella específica según el caso.

Mención aparte requiere las devoluciones en caliente o devoluciones materiales coactivas, rechazo en frontera (régimen especial para Ceuta y Melilla). Estas de acuerdo con la naturaleza jurídica fijada por el TC, Pleno, nº 172/20 no son una expresión de una vía de hecho¹⁶²⁵. (FJ 8-C, inciso b), punto (iii). Me remito a lo expuesto en la segunda parte de este trabajo, (punto 2.3.2.d)-3-c- Régimen especial de Ceuta y Melilla). Precizando que dichas devoluciones son una manifestación gráfica del dinamismo del Derecho de Extranjería, en este caso, un dinamismo negativo, regresivo y restrictivo de garantías.

3.3.6-2-a)- Presupuestos y características de la medida.

De la lectura del art. 136 LJCA en su párrafo primero se señala que la medida cautelar se adoptará salvo que se aprecie con evidencia que no se dan las situaciones previstas en los arts. 29.1 y 30 LJCA, o que la medida ocasione una perturbación grave de los intereses generales o de terceros. Como no puede ser de otra forma para la adopción de la misma se han de tener en cuenta los presupuestos generales antes expuestos, destacándose, como ya he señalado el *fumus boni iris*. Es decir, la norma regula cinco elementos o características a tener en cuenta, i) parece hacer una excepción a la presunción de legalidad de la actuación administrativa, de acuerdo con lo establecido en el art. 97.1

¹⁶²⁵ Tengase en cuenta la ya citada STS Sala 3ª, Sec. 6 nº 4404, Rec. 6448/11 y comparece su contenido con el apartado 2 del régimen especial para Ceuta y Melilla de rechazo en frontera "En todo caso, el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte". Mientras que la STS señala "... para que pueda apreciarse una vía de hecho no basta con constatar que se ha seguido un procedimiento formalmente inadecuado, sino que resulta necesario constatar que los trámites omitidos son garantías esenciales del procedimiento...[véanse las sentencias de 22 de septiembre de 2003 (casación 8039/99, FJ 2º) y 19 de abril de 2007 (casación 7241/02, FJ 4º)],... vías de hecho tanto cuando usa potestades que no le han sido conferidas por el legislador como cuando, disponiendo de las mismas, las ejercita al margen del procedimiento establecido. Cae, pues, en su órbita la actuación material sin ningún tipo de cobertura, pero también la que, pese a contar con ella, se excede de su ámbito, perdiendo su amparo legitimador...". La comparativa genera varias interrogantes, entre ellas ¿a qué procedimiento se refiere?, si el apartado 2 del régimen especial para Ceuta y Melilla no precisa ninguno, hay que remitirse a la normativa internacional de derechos humanos. ¿A cuál de ellas?

LPACAP, ii) por otro lado introduce, que se “aprecie con evidencia”, término que responde totalmente a la discrecional del juez, iii) que se den las situaciones previstas en los art. 29.1 y 30 LJCA, iv) lo referido a que los intereses generales o de terceros no sufran una perturbación grave, proporcionalidad, v) la provisionalidad.

En cuanto a la primero y tercero, se vincula directamente con el *periculum in mora*. En este caso, las situaciones de hecho descritas hay que verlas precisamente en su paso por el tiempo, muchas de esas circunstancias de hecho son subsanadas en el camino por la propia Administración, e incluso como señala el propio art. 51.3 LJCA se podrá inadmitir el recurso si fuera evidente que la actuación administrativa se ha producido dentro de la competencia y en conformidad con las reglas del procedimiento legalmente establecido. Dicha subsanación responde a la búsqueda de mecanismo de causas de justificación (información operativa previa, interpretación de determinada normativa¹⁶²⁶, entre otros). Esto último, se ha de ver en relación con el segundo punto señalado, la discrecional del juez de apreciar con evidencia¹⁶²⁷. No se puede perder de vista en el análisis que lo aquí señalado también es conocido por la Administración, por lo que, ante situaciones de este tipo, como se ha dicho, son subsanadas durante el *iter* del proceso, con disimiles subterfugio jurídicos, llegando al procedimiento judicial con otra realidad de los hechos, atendiendo a su propio margen de discrecionalidad cuestiones que sin lugar a dudas influyen y determinan la discrecionalidad del juzgador.

En cuanto al punto cuarto, intereses generales o de terceros, reitero todo lo expuesto con anterioridad respecto a los mismos. Dichos intereses se ven mermados por el mal actuar de la Administración lo cual hace que la previsibilidad del daño unido al *periculum in mora* se potencialicen. Como se ha visto, en varias de ellas pueden existir serias violaciones o irregularidades de orden público, en todo caso, es precisamente en estos supuestos donde la Administración deberá consecuentemente aportar prueba acreditando que la medida que se adopte pueda causar esa perturbación grave al interés general o justificar que el actuar realizado ha sido consecuente.

A su vez en estas medidas de vía de hecho en la materia en estudio hay que tener en cuenta tres características que se interrelaciona estrechamente con su efectividad y eficacia. Ellas son, por un lado, el *plus de fumes boni iuris*, atendiendo al *fumes mali iuris* de la Administración, por otro, los plazos y la regulación procesal de esta media, luego la aplicación de la misma a los procedimientos regulados en la propia LJCA y por último, la prueba.

¹⁶²⁶ STSJM Sala (Contencioso), Sec. 1ª, nº 817/18, Rec. 1491/17, como se dijo *supra*, no apreciación vía de hecho consistente en no permitir el traslado a territorio peninsular a los recurrentes al haber actuado el órgano competente en la actuación administrativa recurrida -art. 12.1.A b) y c) LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado- y el art. 3.4.c) del RD 770/2017, de 28 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica del Ministerio del Interior y la Orden INT 28/13, de 18 de enero.

¹⁶²⁷ AJCA nº 1 San Sebastián, Rec. 152/10, interpretación de art. 5 del Acuerdo entre la República Francesa y el Reino de España sobre la readmisión de personas en situación irregular, hecho "*ad referendum*" en Málaga el 26.11.02 BOE 26-12-03. El precepto hace referencia a las relaciones entre la República Francesa y el Reino de España, y la expresión "sin formalidad alguna" señalando el juzgado que dicha expresión se enmarca en éste contexto puramente administrativo, y no se limita, ni se refiere al no cumplimiento de la propia legalidad por cada uno de los Estados contratantes, ni al no cumplimiento y respeto de los derechos fundamentales que cada Estado reconozca a sus nacionales o extranjeros, por ende se deben cumplir los requisitos de asistencia letrada, conceder audiencia, entre otros.

En cuanto al *fumus boni iuris*, nada más que ratificar lo ya dicho al respecto. En lo relativo a los plazos y la regulación procesal de esta medida señalar; en cuanto a los primeros, los plazos, son los marcados por la LJCA. Aquí hay que tener en cuenta dos plazos, uno, los diez días marcados por el art. 30 LJCA y la utilización o no de forma potestativa la realización del requerimiento a la Administración para su cesación, por lo no llevaría mayores análisis, diez días si se realiza el requerimiento o intimación, el cual, de no ser atendido, se podrá deducir directamente recurso contencioso-administrativo (art. 46 LJCA). De no ser realizada la intimación de acuerdo con su voluntariedad, la medida puede ser solicitada inmediatamente después de haber sucedido el exceso de la actuación Administrativa, interviniendo aquí los diez días señalados por el art. 136.2 LJCA, transcurridos estos, después de adoptada la medida, se interpone el recurso contencioso-administrativo. La determinación del *día quo* para ambos plazos es a partir del día que se inició la actuación administrativa en vía de hecho (art. 46.3 LJCA, de sostenerse o proseguir en el tiempo la vía de hecho, puede formularse el recurso en cualquier momento).

En lo concerniente a la regulación procesal de la presente medida se puede ver desde dos vertientes, ambas a su vez interconectadas con los plazos. Una primera vertiente, referida al art. 136.2 en relación con el art. 135.1-a), ambos LJCA, en este sentido el art. 136.2 señala, que las medidas podrán solicitarse antes de la interposición del recurso, remitiendo al art. 135 LJCA, circunstancias de especial urgencia, decursado el procedimiento con la apreciación y adopción de la medida *inaudita altera parte*, procediéndose posteriormente con la audiencia o comparecencia. Consecuentemente, las consideraciones que se hicieron al art. 135.1-a) deben darse aquí por reproducidas en lo que fueran aplicables.

En este punto concretamente es necesario señalar que en la especialidad en estudio existe una línea divisoria muy fina entre el art. 135.1-a) y art. 136.2, ambos LJCA, ello en cuanto a los elementos materiales o presupuestos para acordarlas, “circunstancias de especial urgencia” y las “vía de hecho”, en muchas ocasiones se dan ambos presupuestos de formas solapadas y poco diferenciables, pero generalmente convergentes, es decir, se realizan acciones materiales por parte de la Administración fuera de todo procedimiento que van caracterizadas de una especial urgencia para evitar daños irreversibles. Por lo que en la presentación del recurso suspensivo en sus alegaciones iniciales perfectamente pueden ir acumuladas ambas medidas, con un mismo fin o pretensión, la suspensión de la actuación excesiva administrativa. Se puede dar así, inicialmente una convergencia de acciones o solicitud en bloque de medidas cautelares sucesivas, alternativas o subsidiarias, aunque sobrepasado la primera etapa del *iter* procesal que marca el art. 135.1.a), se defina correctamente en resto del procedimiento. Superado este momento procesal, en el caso concreto del art. 136.2 LJCA, la parte actora tendrá los diez días antes mencionados para la interposición del recurso, solicitando la ratificación de la medida.

Lo dicho hace ver la segunda vertiente, art. 136.2 en relación con art. 135.1-b), ambos LJCA, este último hace determinar que el primero no es compatible con el segundo. Ello partiendo del propio contenido del art. 136.2, el cual señala, “se adoptará”, es decir, una cierta correspondencia con la apreciación de la especial urgencia, mientras que en el art. 135.1-b) esta última circunstancia no ocurre, ya que no es apreciada la misma.

Finalmente, en cuanto a los plazos el art. 136.2 LJCA en su último párrafo señala, que si no se interpone el recurso contencioso-administrativo quedará automáticamente sin efecto las medidas acordadas. Esto nos lleva a tener nuevamente presente lo señalado *supra* respecto a la indemnización de los daños y perjuicios que la misma hubiera

producido. Ningún procedimiento previene el art. 136.2 para dar efectividad a la eventual responsabilidad indemnizatoria del solicitante, por lo que deberemos remitirnos al establecido para las cuestiones incidentales en los arts. 387 y ss. LEC, por aplicación analógica del párrafo tercero del art. 133.3 LJCA.

En cuanto a los procedimientos, la medida del art. 136.2 LJCA puede ser ejercitada en cualquier procedimiento, ya sea el ordinario, el abreviado o en el procedimiento especial de derechos fundamentales, art. 114 y ss. LJCA, por lo que a su vez se han de tener en cuenta, los plazos y los requisitos para este último procedimiento con los de aquella.

En lo relativo a la carga de la prueba, la misma se desplaza del solicitante de la medida cautelar a la Administración o tercero afectado por la medida, exigiéndose a éstos, no sólo acreditar la actuación conforme a derecho de la Administración, sino el perjuicio para sus intereses si la medida solicitada se acordase. En todo caso, el desplazamiento de la carga de la prueba no exonera, como se ha dicho, que el actor al instante de la solicitud de la medida cautelar presente junto a sus alegaciones la prueba que considere necesaria, aunque sea de forma indiciaria, en aras de demostrar todos los presupuestos para la adopción de la medida.

Con carácter general, las resoluciones que se adopten en estos casos por los órganos jurisdiccionales han de tener carácter positivo aunque ello no quiera decir que no pueda adoptarse en su forma ordinaria, es decir, la suspensión.

3.3.7- Las medidas cautelares positivas.

3.3.7-1- Consideraciones previas.

Como se ha venido expresando a partir de 1998 con la LJCA se permite la adopción de cualquier tipo de medida cautelar, abiertas y positivas, que unido al *principio pro actione*, caracterizan entre otras, esa nueva jurisdicción protectora. Con ellas, se coadyuva a asegurar la efectividad del recurso y la sentencia pues están encaminadas a lograr un hacer o una obligación de hacer, en suma, en una actividad positiva. Constituyendo un avance procesal de la tutela efectiva para los justiciables¹⁶²⁸. En este sentido he mencionado la influencia del DUE¹⁶²⁹, también se ha expuesto, como han de ser apreciadas las medidas cautelares positivas en la aproximación a una nueva concepción de las mismas en el Derecho de extranjería. No obstante, a ello, como también he señalado, en sentido general existe una reticencia en cuanto a estas medidas que en unión al *fumus boni iuris*, hacen que existe un mayor freno y utilización de estas en la materia en estudio, sin que exista un estudio jurídico dogmático que lo sostenga. No terminan de superarse, las limitaciones tradicionales, a pesar de los avances normativos, ratificándose que no se puede obtener con ellas, precisamente lo que se pretende obtener en el pleito principal, anticipar el fallo de la sentencia, o no procede su adopción cuando el mismo efecto que produzcan se puede

¹⁶²⁸ Peyrano, Jorge W. (1999). “La Medida Autosatisfactiva: forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y evolución”, en *Medidas Autosatisfactivas*. Parte General. Buenos Aires: Ateneo de Estudio del Proceso Civil. Rubinzal-Culzoni Ed., p. 13.

¹⁶²⁹ Bacigalupo Saggese, M., (1992). “El sistema de tutela cautelar en el contencioso administrativo alemán tras la reforma de 1991”, *RAP*, (nº 128), pp. 413-452, (concretamente sobre medidas cautelares positivas, p. 443 y ss.). García de Enterría Martínez-Carande, E., (1992). *La Batalla por las Medidas...*, op. cit., pp. 203 y ss. STJUE Factortame, Zuckerfabrik y Atlanta. Estas han repercutido en nuestro derecho interno ATS de 20-12-1990, de 17-01-1991, de 10-07-1991 y los ATSJPV de 21-03-1991 y 14-10-1991.

conseguir con medidas cautelares ordinarias¹⁶³⁰. Los argumentos para sostener lo anterior, son los ya citados, actos de contenido negativo o los que no puede existir un exceso o abuso jurisdiccional o que el juzgador no puede sustituir a la Administración, art. 71.2 LJCA¹⁶³¹.

Las propias funcionalidades, como características y naturaleza jurídica de las medidas cautelares son las que hacen que las medidas cautelares positivas puedan ser también de una manera eficaz, efectiva y provisional una garantía a tener en cuenta para la protección y salvaguardia de las pretensiones planteadas¹⁶³², para garantizar la “*finalidad legítima al recurso*” o “*la efectividad de la sentencia*”, con independencia y distinción de cuál sea el objeto del proceso¹⁶³³. Se cumpliría así, la exigencia constitucional, a fin de dar satisfacción al derecho fundamental a la tutela judicial cautelar efectiva. El catálogo de posibles medidas positivas a adoptar no debe ser limitado, sino, todo lo contrario, han de ser amplias, flexibles, en su posible proyección y determinación judicial¹⁶³⁴ de garantía de la “*finalidad legítima al recurso*” o “*la efectividad de la sentencia*”. A tal efecto, el punto neurálgico es ese, la selección y precisión por la que el juez ha de adoptar la medida más oportuna al caso concreto. Para ello ha de partir, necesariamente de la propia naturaleza e índole de las pretensiones enunciadas en el contencioso correspondiente.

Igualmente he abordado en la aproximación a esa nueva concepción de medidas cautelares en el Derecho de extranjería el *periculum in mora* y la proporcionalidad o razonabilidad de intereses desde la perspectiva de la previsibilidad, ambos hacen que la adopción de la medida positiva cumpla los requisitos o presupuestos para su adopción, junto a los procesales de igualdad de parte, contradicción, debido proceso. La valoración razonable de todos los presupuestos, en unión de no jerarquizar los derechos fundamentales (regla de *balancing test*), sino, la determinación de una proporcionalidad, de igualdad de perjuicios/beneficios justos y razonables de ese derecho fundamental, una

¹⁶³⁰ Fernández Montalvo, R., (2000). *Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo*. Estudios Jurídicos (Vol. III). Centro de Estudio Jurídico de la Administración de Justicia, pp. 85-86, 105.

¹⁶³¹ González-Varas Ibáñez, S., (2019). “Las limitaciones de las cautelares...”, op. cit., 169-192. Destaca el autor que en las circunstancias y modelo actual de medidas cautelares es una praxis consolidada que las medidas cautelares positivas se consigan por el recurrente por la vía de la suspensión del acto. Es mejor no argumentar de tal forma, es decir, es preferible seguir la lógica de las medidas cautelares suspensivas del acto, y no argumentar en lógica de cautelar positiva, si se quieren aumentar las opciones de obtener la cautelar que interesa. Hasta el punto de que, si se descubre por el órgano jurisdiccional que se está pidiendo directamente una cautelar positiva, lo normal entonces será que se desestime abiertamente, alegándose la teoría de la no suspensión de actos de contenido negativo, o que se prejuzga el fondo con la cautelar requerida. Esto no quiere decir que no se descubran cautelares positivas. Se descubren materialmente dentro del *maremágnum* de las cautelares suspensivas del acto, ya que algunas tendrán ese carácter positivo pese a ser aparentemente suspensivas.

¹⁶³² SSTS Sala 3ª, Sec. 4, nº 8400/07, de 14-12-2007, Rec. 2958/05, FD 5; Sec. 6ª, nº 2880/99, de 28-04-1999, Rec. 6741/95, FD 4-b) y Sec. 6ª nº 7769/99 de 4-12-1999, Rec. 7018/96, FD 2-4.

¹⁶³³ ATS, Sala 3ª, Sec. 4ª, nº 2446/20. El mismo como se ha señalado, adopta una medida distinta a la solicitada, pero el fondo de la misma va destinada al propio fin y objetivo de la medida solicitada por la actora, la protección del derecho a la vida y la salud. Adoptando a su vez el tribunal de oficio otra medida cautelar, en este caso, de control de la primera adoptada. El tribunal a través de la fórmula del art. 132 LJCA, establece un sistema de control de ejecución de su propia medida cautelar principal.

¹⁶³⁴ Entendiendo a tal efecto que cualquier posible listado que pudiera aprobarse al efecto por el legislador habría de ser meramente indicativo, enunciativo, pero jamás taxativo o limitativo de las medidas a adoptar. STC, Sala 2ª, nº 148/93, FJ 4 y 6.

razonabilidad axiológica, vinculado a la dignidad y el desarrollo de la personalidad, hacen perfectamente aplicable, sin ninguna consecuencia negativa la citada medida.

Todo lo antes dicho ha de ser correctamente solicitado de acuerdo con el carácter protector de la jurisdicción, es decir con absoluta claridad¹⁶³⁵ en la interposición se ha de definir, si lo que pretendemos es una suspensión pura de un acto que se reconoce como negativo, o si se solicita lo que se denomina “*concesión... anticipada con carácter cautelar de la autorización que constituye precisamente el objeto*”, (es decir, una medida cautelar positiva). Ello, aunque parezca una obviedad, es la base del alcance del art. 24.1 CE y de toda la doctrina antes expuesta al respecto.

Llegados hasta aquí y de acuerdo con la jurisprudencia predominante, toca abordar aquellas contradicciones antagónicas señaladas en la primera parte de este trabajo a partir de los argumentos que concretamente se sostienen en las resoluciones judiciales para no acceder a las medidas cautelares positivas, o a los complejos y rebuscados análisis de lógica jurídica, que rayan precisamente en lo ilógico¹⁶³⁶ o en la previsión de hechos de futuro aspectos estos últimos tan criticadas por la propia jurisprudencia¹⁶³⁷. Lo asistemático de

¹⁶³⁵ En este sentido se hace preciso acudir, a la aplicación supletoria del art. 732 LEC que exige que la solicitud de medidas cautelares se formule “con claridad y precisión, justificando cumplidamente la concurrencia de los presupuestos legalmente exigidos para su adopción”, acompañando, en todo caso, “los documentos que la apoyen” u ofreciendo “la práctica de otros medios para la acreditación de los presupuestos que autorizan” su otorgamiento.

¹⁶³⁶ Una muestra de ello es STSJM, Sala (Contencioso), Sec. 3ª, nº 392/07 de 18-05-2007, Rec. 152/07, FD 1-2, es un reflejo de combinación de una lógica jurídica compleja, rebuscada y luego incongruente con ella misma. Se constata en la presente sentencia los diferentes factores y presupuestos que interviene en las medidas cautelares en la especialidad en estudio y sus retorcidas interpretaciones. En ella se valora la incongruencia del auto de instancia en cuanto a que confunde la medida cautelar de suspensión del acto (denegación de entrada y retorno), con solicitud medida cautelar positiva de suspensión o cancelación de la anotación de la denegación de entrada y de sus motivos en el RCE, fichero "Adextra", la cual es un acto positivo que acompaña el acto negativo de denegación de entrada y retorno. En el análisis crítico de la sentencia de instancia la propia Sala incurre en incongruencia interna en cuanto a su motivación, pues la argumentación dada para desestimar el recurso, a pesar del reconocimiento de la incongruencia de instancia, es que no se pueden conceder medidas cautelares positivas, sino son supuestos de expulsión y se encuentran presentes requisitos del arraigo, así como que no se conoce si la recurrente volverá entrar de nuevo en España como turista antes de que se dicte Sentencia ante el Juzgado y, en segundo término, señala que aunque este nuevo viaje se produjera, no se puede presumir que realmente venga de turismo y lo acredite debidamente.

¹⁶³⁷ Un botón de muestra, STSJ Cant. Sala (Contencioso), Sec. 1ª, nº 325/07 de 20-04-2007, Rec. 322/06, FD 2-4, se debate medida cautelar consistente en que el demandante pueda seguir en su situación de residencia y trabajo en España anterior al acto impugnado. Señala la Sala que la anterior medida debe ser revocada al constituir una medida cautelar positiva, que si bien no se otorga la renovación temporal del permiso de trabajo y residencia cuya denegación constituye el objeto del pleito principal, le habilita para permanecer en nuestro país en idéntica situación a aquélla en la que se encontraría la actora de haber obtenido la renovación del permiso. El fundamento de la revocación es que “*ya que siendo de un año la duración de la renovación solicitada, el efecto pretendido en el pleito principal se alcanza en su integridad a través de la medida cautelar, teniendo en cuenta el plazo prudencial de duración de aquél.*”. Seguidamente la Sala en su FD 3, rechaza los motivos del recurrente, -entre otros el arraigo- señalando que los mismos se han de argumentar en aquellos supuestos en que se supondría la suspensión de la orden de expulsión. Para seguidamente señalar que tal denegación no deriva perjuicios irreparables o se pierde la finalidad legítima del recurso caso de no acceder al otorgamiento de la medida cautelar positiva interesada, ya que no cabe hablar de amenaza de expulsión, (hecho de futuro), pues dicho procedimiento no puede incoarse en tanto en cuanto penda un procedimiento judicial en el que se ventile la petición de permiso de trabajo y residencia. STSJM, Sala (Contencioso), Sec. 5ª, nº 563/07 de 26-03-2007, Rec. 415/06, FD 2, este supuesto el recurrente solicitaba anotación de caducidad y archivo del expediente de expulsión en el RCE,

la cuestión, es que precisamente hay una falta de sistemática interpretativa hermenéutica, teleológico, axiológica jurídica, siendo ello aceptado de forma generalizada en el sistema de justicia ordinario. Destacare a continuación los elementos materiales asistémicos que señala la jurisprudencia. Luego de definidos dichos puntos, de forma simultánea señalare los argumentos críticos al respecto, que entiendo se han de tener en cuenta para reformular una interpretación al respecto.

3.3.7-2- Presupuestos y características. Aproximación reinterpretaiva.

Para la presente medida teóricamente todos los presupuestos generales antes estudiados están plenamente admitidos. No se duda, ni cuestiona el *periculum in mora*, se valora de forma circunstanciada todos los intereses en conflicto, así como se determina la perturbación grave de los intereses generales o de tercero y se tendrá en cuenta el *fumus boni iuris*. Por demás, como ya se ha dicho, las medidas cautelares positivas adoptadas tendrán la vigencia y efectos que las mismas poseen dentro del lugar que le corresponde y el tiempo que sea necesario, podrán ser modificadas, levantadas y dejaran de tener su efecto útil, de acuerdo con las situaciones previstas en la ley. Entonces si todo ello es así, ¿a qué responde el recelo o reticencia a su adopción?

Una posible respuesta son los ya mencionados criterios y razonamientos dados por la jurisprudencia en cuanto a que la existencia de actos de contenido negativos no puede ser revertidos con medidas positivas, o que no puede existir un exceso o abuso jurisdiccional, no pudiendo el juzgador sustituir a la Administración, o que el acto debe ser nulo de pleno derecho, entre otros. Otra respuesta, está ya desde la óptica doctrinal, es la referente a que precisamente ese carácter antiformalista, de *numerus apertus* de las medidas positivas que se plasma en la LJCA dejando la decisión en manos del juzgador¹⁶³⁸, genera la inseguridad jurídica.

Seguidamente definiré en sentido general la jurisprudencia existente en la especialidad que sostiene la no prosperabilidad de las medidas cautelares positivas. Definidos dichos puntos de forma simultánea señalaré los argumentos críticos al respecto realizando a su vez una aproximación reinterpretaiva al respecto. Los puntos negativos que marca la jurisprudencia existente en la especialidad son los siguientes:

1.- Resulta prevalente el principio de eficacia administrativa. Sin lugar a duda dicho principio alcanza toda su eficacia y eficiencia cuando la Administración actúa en cumplimiento de una buena administración. Sin embargo, sostener dicho principio cuando la propia Administración actúa contrario a ese derecho de buena administración, hace que en muchas ocasiones dicho principio quede vacío de contenido. Siendo aún más grave lo antes dicho cuando en una resolución judicial lejos de cumplir el fin del art. 106 y 117.3 CE, justifican aquellas conductas, esto hace que se atente contra su propio fin, tener una Administración que actué en correspondencia con el art. 103 CE y art. 41 CEFUE. No debe ser admitido en estos tiempos que principios como el aquí enunciado

fichero "Adexttra", señalando la Sala que en el caso debatido no consta que se haya dictado acuerdo de expulsión, pues es un acuerdo de futuro y no se ha dictado, no quedando justificado en modo alguno que si no se procede a la adopción de la medida cautelar solicitada hacerse constar en el RCE la caducidad y archivo, pudiera hacer perder la finalidad legítima del recurso.

¹⁶³⁸ González-Varas Ibáñez, S., (2019). "Las limitaciones de las cautelares...", op. cit., pp. 169-192. Señala el profesor González-Varas Ibáñez que es debatible hasta qué punto no sería mejorable el actual sistema procesal de las medidas cautelares delimitando mejor las acciones cautelares suspensivas y positivas, logrando así una mayor seguridad jurídica.

sea utilizado con fórmulas rituarías, esto lo ha venido señalando reiteradamente el TC, pero continúa materializándose en la práctica forense. A ello se ha de agregar lo señalado por el TS en cuanto a la posición contumaz o desidia administrativa del actuar de la Administración. Ante situaciones como las señaladas es responsabilidad del juzgador realizar una adecuada verificación *prima facie* del principio de eficacia administrativa y del actuar de la administración en la determinación de un *fumus mali iuris*¹⁶³⁹.

2.- El interés general encarnado en la regulación de los flujos migratorios, prevalece sobre el interés particular¹⁶⁴⁰. Al respecto sostener todo lo ya expuesto sobre el interés general y de terceros en su relación de convergencia con los intereses individuales. Evidentemente ello requerirá un cambio interpretativo de la regla de *balancing test*, a la regla de la proporcionalidad de los derechos fundamentales y del no sacrificio indirecto de un derecho fundamental sobre otro. Si no, la determinación de la igualdad, la proporcionalidad entre perjuicios/beneficios justos y razonables de los derechos fundamental en juego. Dicho interés general dentro de la política migratoria y control de los flujos migratorios, tienen muchas aristas, que van desde principios de oportunidad económica y de los mercados hasta potencialización científica, especializada y personal altamente calificado. Por tanto, comprende desde la pérdida económica, pérdida de contrato de trabajo, cotización a la seguridad social, vinculados a conceptos como RLD¹⁶⁴¹, estudiantes, personal altamente calificado, emprendedores y su

¹⁶³⁹ AJCA nº 9 de Madrid, nº 104/13, de 5-04-2013, Pieza Medidas Cautelares nº 8/13, RJ 1º “*En el supuesto que nos ocupa, teniendo en cuenta las concretas circunstancias del caso, en que a la recurrente se le deniega una autorización por no haber pagado en plazo las tasas de tramitación y que el requerimiento de subsanación se notificó por edictos, no resulta proporcionado denegar la medida solicitada, o dicho en otras palabras, es razonable en el caso concreto conceder la medida positiva solicitada por la recurrente que le permita continuar residiendo y trabajando provisionalmente en España mientras se concluya definitivamente el proceso de que esta pieza separada trae causa habida cuenta de que lo denegado es una modificación de autorización de quien había venido gozando de autorización temporal de residencia previa. El no otorgamiento de lo solicitado, por el contrario, podría generar a la recurrente, efectivamente y como sostiene, perjuicios completamente irreparables, pues la falta de autorización para residir y trabajar le supondría no poder prestar la debida atención a las necesidades, de todo orden, y sustento propio, así como cumplir con las obligaciones económicas que pudiera haber contraído previamente. De contrario, y con el otorgamiento de la tan citada medida cautelar positiva, no se está autorizando la residencia y trabajo solicitadas definitivamente, sino acordando una concesión temporal durante el proceso siempre y cuando, claro está, se cumplan las correspondientes exigencias laborales, fiscales y de Seguridad Social, por lo que en caso de un pronunciamiento desestimatorio del procedimiento principal, el mismo se podrá indudablemente ejecutar de inmediato una vez sea firme, no estimándose que, en el caso concreto, se causen perjuicios ni graves, ni sensibles al interés general”.*

¹⁶⁴⁰ Informe Defensor del Pueblo (2020). *La contribución de la inmigración...*, op. cit., pp.101-121. AJCA, nº 1 de Vitoria, nº 30/12 de 14 -03-2012 “*el acto administrativo impugnado deniega la solicitud de renovación de la autorización de residencia temporal y de trabajo por cuenta ajena. Dicho acto coloca al recurrente en una situación de irregularidad en nuestro país que puede desembocar en una orden de expulsión y le impide desarrollar en nuestro país trabajo alguno con el que poder sustentarse. En ese estado de cosas, se estima que ha de prevalecer el interés particular de la recurrente, sin que se cause perjuicio del interés público...*”. En similares termino AJCA nº 1 de Donostia San Sebastián, nº 67/08. PA 52/08 RJ 2º “*aun cuando desde el punto de vista del interés público afectado, el control de los flujos migratorios es prioridad para la administración en la actual coyuntura social, también lo es la resolución de la presente medida por cuanto que, habiéndose acreditado arraigo familiar, teniendo el recurrente mujer e hijo menor de edad, ambos de nacionalidad española, conlleva autorizarse, temporalmente, la posibilidad de manutención de los mismo pudiendo así hacer frente a las necesidades básicas de estos*” y AJCA, nº 1 de Zaragoza de 10-02-2011 PA 26/2011.

¹⁶⁴¹ Informe Defensor del Pueblo (2020). *La contribución de la inmigración...*, op. cit., pp.101-121. STSJM Sala (Contencioso), Sec. 7ª, nº 911/12, de 13-7-2012, Rec. 420/12. FD 4º. El no otorgamiento de lo

internacionalización. Todos estos aspectos integrantes del interés general en la materia que nos ocupa, llevará a que el juzgador deberá precisar qué interés general verdaderamente se afecta, debiendo la Administración de forma seria acreditar tal afectación.

Los dos puntos anteriores sostenidos en las resoluciones judiciales de manera genérica, atentan contra el carácter protector de la jurisdicción y de la tutela judicial eficaz y efectiva, puede colocar al justiciable en una situación de irregularidad sobrevenida, inseguridad jurídica, en un limbo legal, proclive a procedimientos sancionadores y a su vez en muchas ocasiones contrapuesta contra el propio interés general y el orden público, al no poder trabajar digna y honradamente, cumplimiento de sus deberes sociales y económicos.

3.- Convertir la suspensión y la medida positiva en una medida automática. Es una expresión alejada de la realidad jurídica procesal moderna, incluso sustantiva de las medidas cautelares en sentido general y de la disciplina en estudio en particular. Que se sostenga actualmente en las resoluciones judiciales expresiones como la anterior denotan un vacío de contenido interpretativo actual de la sistemática y hermenéutica de la presente disciplina. Dicha expresión responde a fórmulas rituarías, ya que ni la LOEX, ni la LJCA, prevén la suspensión automática, ni se prevé que sea viable. Ni tan siquiera, lo concibe el art. 135 LJCA en aquellos supuestos de protección internacional y que este en conflicto el principio de no devolución o derechos como los del art. 3 CEDH. Se ha sostenido hasta el presente las críticas y defectos de la ausencia en la presente especialidad de un recurso con efectos suspensivos automáticos. Dicho recurso no está previsto en nuestro ordenamiento interno de acuerdo al espíritu de art. 13 CEDH o del art. 47 CDFUE. Entonces porque emplear una frase que el propio sistema sustantivo y procesal no lo permite, no existe, se crea un sintagma jurídico, que va dirigido a predeterminar el fallo, con ausencia de fundamento. Se ha de tener en cuenta además que la medida cautelar ha de ser solicitada, instada, rogada, de ser automática no se solicitaría. Por tanto, el hecho de solicitar dicha medida no convierte, ni se pretende convertir la medida en un automatismo, sino que a través del cauce procesal vigente sean valorados los presupuestos en conflicto.

En todo caso si en la presente especialidad se configurara por el legislador la suspensión automática, la misma respondería a determinados criterios o principios, como los de no devolución, interés superior del menor, entre otros. Este principio de suspensión automática se encuentra concebido y regulado para otras especialidades, como contratación pública, tributaria, aguas, sin que se produzcan mayores conflictos jurídicos procesales al respecto.

4.- Se ha creado por la jurisprudencia del TC, TS e incluso por el TEDH y el TJUE una interpretación de una serie de requisitos materiales de forma cualificada. Dichos requisitos parten de la panoplia de conceptos jurídicos indeterminados existentes en la materia. A partir de estos se ha realizado una reinterpretación de los mismos. Dicha reinterpretación se realiza por la jurisprudencia de los TSJ, fundamentalmente entre los años 2003 a 2015 debido a la desconfiguración del principio de unidad de doctrina producto de modificaciones procesales de acceso al recurso de casación, generándose

solicitado podría generar perjuicios completamente irreparables, pues la falta de autorización para residir y trabajar le supondría no poder prestar la debida atención a las necesidades, de todo orden, y sustento propio, así como cumplir con las obligaciones económicas que pudiera haber contraído previamente.

varias interpretaciones de un mismo concepto. Entre los conceptos más utilizados, reinterpretados a una cualificación restrictiva superior, encontramos, “razones excepcionales” a “supuestos muy excepcionales”¹⁶⁴²; arraigo laboral, a “supuestos muy excepcionales de arraigo laboral”¹⁶⁴³; arraigo familiar a “familiar/personal requiere, en la mayor parte de los casos -entendemos-, la tenencia de hijos menores de edad que dependan económicamente del progenitor”; de razones humanitarias a “razones humanitarias de precaria salud”; de un grave perjuicio a “muy grave perjuicio”; de riesgo a un “plus de riesgo”; o de “que concurran circunstancias de carácter especial”; o que la existencia de arraigo social o haber tenido autorizaciones previas, pase a ser “un presupuesto de partida derivado de la previa autorización su sola toma en consideración tampoco proporciona un criterio definitivo para la adopción de la medida cautelar, ya que de ser ello así se produciría nuevamente un automatismo en la concesión de la medida cautelar que es incompatible con la regulación de los flujos migratorios”; o que cualquiera de ellos “permitan concluir la auténtica pérdida de la finalidad del recurso”, en “sólo en supuestos muy excepcionales”¹⁶⁴⁴, o, “con la medida positiva se pretende la conversión del acto administrativo a través del proceso cautelar y así en cascada de resoluciones administrativas de contenido negativo, naturaleza negativa de las referidas resoluciones que no puede mutar súbitamente en naturaleza positiva mediante la

¹⁶⁴² AJCA nº 20 de Madrid, de 23-01-2019. Medida cautelar positiva sobre inadmisión a trámite de solicitud la autorización de residencia por circunstancias excepcionales, arraigo.

¹⁶⁴³ STSJV, Sala (Contencioso), Sec. 5ª, nº 989/15, de 25-11-2015, Rec. 244/15, FJ 3º “no siendo por lo general el mero arraigo laboral (tenencia de puesto de trabajo) determinante de la existencia de perjuicio irreparable”. En criterio de la Sec. 5ª de este Tribunal anuncia el mismo un cambio de doctrina respecto a las Salas que anteriormente conocían de la materia. En similar redacción Sentencia nº 564/14, de 2-7-2014, Rec. nº 206/13, “viene conformado por la doctrina de esta Sección 5ª, doctrina a tenor de la que sólo en supuestos muy excepcionales y que muestren un especial arraigo familiar/personal cabrá reconocer el derecho a lograr la concesión de una medida consistente en la renovación del permiso de residencia y trabajo durante el tiempo al que alcance el contencioso-administrativo”. Ese especial arraigo familiar/personal requiere, en la mayor parte de los casos –en criterio de la Sección 5ª de TSJV-, la “tenencia de hijos menores de edad que dependan económicamente del progenitor que articule la medida cautelar” (Es de señalar que esta propia Sección, en el año 2009, en el RA 30/09 Sentencia nº 13/09 de 6-5-9 FD 3º, realiza un análisis jurídicos totalmente diferente con una motivación totalmente diferente a la antes expuesta, reconociendo y ratificando la medida cautelar positiva, ponderando el interés general con el interés legítimo particular, señalando además “que el cumplimiento de la norma no equivale, desde luego, a que los órganos judiciales ha escrito lo contencioso administrativo carezcan de potestad suficiente para comprobar si-y en función de los singulares perfiles fácticos que presenta cada litigio-, el interés público defendido por la administración del Estado dispone/no dispone de mayor fuerza frente a lo que ofrece la parte en el proceso pide la heterotutela tutela cautelar. A ello cabe adicionar la circunstancia de que el reconocimiento de una medida cautelar positiva sí se encuentra dentro de la órbita de poderes que el ordenamiento jurídico y la doctrina jurisprudencial aplicables ponen en manos de la jurisdicción así como que en la atribución de la misma por parte del juzgado de lo contencioso administrativo número tres de Valencia no ha existido exceso alguno que afecte al legítimo ejercicio de las competencias propias que el Derecho. Y es que: la denegación de una solicitud de renovación de un permiso de residencia y trabajo sí genera (parece obvio) perjuicio a quien formula dicha petición, sin que éstos queden excluidos por el hecho de que la actuación procedente de una fuente del poder público frente a la que se plantea la SOLICITO cautelar sea de contenido “negativo”. Ese carácter “negativo” tampoco basta para rechazar la concesión de la medida cautelar que planteó.... Cuando existe reiterada doctrina jurisprudencial (tanto del tribunal constitucional como de la sala tercera del Tribunal Supremo) que recuerda la extensión y amplitud de miras propia de la vertiente “cautelar” del derecho a la tutela judicial efectiva.”

¹⁶⁴⁴ STSJV Sala (Contencioso), Sec. 5ª, nº 194/16, de 2-03-2016, Rec. 5/16.

*suspensión cautelar*¹⁶⁴⁵. Tales expresiones cualificadas construidas en el tiempo, ratifican el carácter restrictivo.

De las normas sustantivas estudiadas, ninguna señala calificativos, tales como, “*un plus*”, o de “*circunstancias especiales*”, o de cuál es la “*auténtica finalidad*” del recurso. Mientras que de las normas procesales analizadas para las medidas cautelares dentro de los presupuestos estudiados, ninguno exige tales requisitos. Ni el *periculum in mora*, ni el requisito dispositivo, exigen una “auténtica” finalidad del recurso. El *fumus boni iuris*, se basa precisamente en el juicio de probabilidad o de verosimilitud, o presunción de un buen derecho, una buena fe, del actor, pero no exige que se acredite un “*plus de riesgo*”, o cual ha de ser el “*carácter especial*” que hay que acreditar o cuales han de ser los supuestos “*muy excepcionales*”. Lo que se ha de acreditar es la existencia del derecho, de una apariencia, de una necesaria transparencia jurídica de la normatividad. Ni tan siquiera, es exigible la certeza del derecho, sin embargo, como se construye en la jurisprudencia citada se configura que se acredite, un “*plus*”, algo “*especial*” o “*muy excepcional*”.

Dentro de esta construcción jurisprudencial cualificada restrictiva también se ha utilizado el principio de los actos propios, imputabilidad de la pérdida del recurso responsabilizando al interesado por actuar con negligencia, un dejar de hacer irresponsable, por su mala fe de no acudir al proceso en tiempo, señalando que el recurrente con la presente medida la finalidad que persigue va en contra de sus actos propios, pues en tal supuesto hay que presumir, en virtud del principio de buena fe, que la parte solicitante de la medida ha aceptado implícitamente su situación en el tiempo, (art. 728.1 LEC).

5.- Que de acceder a las medidas cautelares positivas puede constituir un incumplimiento de los compromisos asumidos en el seno de la UE. A parte de ser una expresión generalista, no concretan a que ámbito concreto del amplio espectro de la extranjería en el DUE se refiere. Pero en todo caso, siempre se ha de partir del efecto útil y la primacía del DUE en el ámbito concreto a que se refiera. Como se ha expuesto, es totalmente diferente el efecto útil de la Directiva de estudiantes, que la Directiva 2008/115, o de la Directiva de RLD, entre otras, y luego el margen de maniobra o apreciación que ha realizado el EM en su transposición, o si ha sido el propio EM quien ha transgredido el propio efecto útil del DUE, o no tener en cuenta principios tales como, el de equivalencia y eficacia, entre otros.

El efecto de la expresión anterior es precisamente todo lo contrario de lo que se plantea por la jurisprudencia nacional, respecto al denominado incumplimiento de los compromisos asumidos en el seno de la UE. Es el margen de maniobra o apreciación que permite el DUE y el CEDH, lo que permite que los EM y los Estados parte, respectivamente, determinar qué política migratoria adoptan y que estándar de garantías establecen respecto de los derechos de los extranjeros, así como la autonomía procesal para establecer los mínimos de garantías en los procedimientos. Por tanto, en lo que respecta a dichos compromiso, no es más que la apreciación del juez nacional competente para apreciar la legalidad de su decisión en correspondencia con su ley procesal nacional. La norma nacional se somete al “*test*” de la “*equivalencia*” y del “*efecto útil*”, sobre la base de los mínimos que establece el DEU o el CEDH, pero a partir de dichos mínimos norma nacional puede superar dichos “*test*” e ir al alza de los derechos y garantías procesales.

¹⁶⁴⁵ STSJM Sala (Contencioso), Sec. 1ª, nº 22/16 de 30-07-2014 Rec. 1796/13, FD 2.

6.- A pesar de que históricamente la jurisprudencia ha concebido que los actos de contenido positivo son suspendidos o pueden ser objeto de medidas cautelares positivas, las dificultades de defenderse en el proceso por los interesados obligados a salir del territorio español continúa siendo una problemática negativa, ello con independencia de que reglamentariamente y por el propio DUE es un acto como consecuencia legal del acto principal, no tienen un valor decisivo para acceder a la suspensión de la ejecutividad de la orden de expulsión o de la conminación de la salida obligatoria del territorio. Sobre este aspecto, más arriba ya se ha señalado las dificultades de acceso a la defensa y representación de los intereses desde el extranjero.

7.- En cuanto a la existencia de intereses de los menores en un procedimiento, debiendo prevalecer el interés superior de menor¹⁶⁴⁶, como la educación¹⁶⁴⁷, su residencia, o de estos con respecto a sus progenitores, se comportan y manifiestan de forma diferente en dependencia del procedimiento. Por ejemplo, se cuestiona la guardia custodia de hijos¹⁶⁴⁸, la obligación de alimentos, el acceso al sistema educacional, violándose derechos fundamentales.

8.- Requiere especial mención lo supuestos de donde prima el silencio positivo (prórroga de la autorización de residencia, renovaciones¹⁶⁴⁹, RLD), Disposición adicional primera. Plazo máximo para resolución de expedientes, apartado segundo, LOEX.

9.- Atendiendo a la propia casuística y dinámica de la materia tratada, tampoco puede ser considerado de aplicación general el criterio de que con anterioridad haya existido un acto o una disposición idéntica a otro que ya fueron jurisdiccionalmente resueltos (anulados, concedida o desestimada la pretensión), por ende, no se debe aplicar al caso concreto por analogía criterios generales, es decir, cada caso lleva una individualización, de todos los requisitos aquí expuestos.

10.- En cuanto a la prueba¹⁶⁵⁰, o principio de prueba, como es conocido puede ser constituida por cualquier medio de prueba, que aunque no constituya prueba plena, lleve a una creencia racional, verosímil, sostenible de la certeza de lo que se alega. Sin embargo, como se ha expuesto ello no sucede así, sino, que se requiere una prueba plena

¹⁶⁴⁶ AJCA nº 20 Madrid, de 23-01-2019, medida cautelar positiva sobre inadmisión a trámite de solicitud de la autorización de residencia por circunstancias excepcionales, arraigo. Interés superior de menor.

¹⁶⁴⁷ AJCA nº 4 de Granada nº 486/20 de 14-07-2020, Rec. PA 402/20 adopción de medida cautelar positiva, concesión provisional de autorización de residencia temporal no lucrativa y la negativa de suspensión de la obligación de salida del territorio español, dicha solicitud de autorización provisional contra la resolución que deniega la segunda renovación de la autorización de residencia temporal no lucrativa, tras el análisis de los actos de contenido negativo, señala RJ 2 “*No obstante, teniendo en cuenta el art. 27 de la Constitución Española, sobre el derecho a la educación, prima facie, la expulsión podría irrogarle a los hijos importantes perjuicios académicos, teniendo en cuenta que los mismos han cursado sus estudios siempre en España. Este órgano no puede ignorar que el reconocimiento, el respeto y la protección de este precepto informarán la práctica judicial, como así reconoce el art. 53 de la Constitución Española. En ese sentido, ponderados los intereses en conflicto así como los principios generales de aplicación del Derecho administrativo, se impone la estimación de la medida cautelar solicitada, debiendo de ceder en este caso la ejecutividad del acto administrativo en lo que se refiere a la obligación de abandonar el territorio nacional.*”. En similares términos Auto nº 1469/19 de 24-10-2019, PA nº 1437/19. AJCA nº 1 Bilbao, nº 48/2014, de 10-04-2014, medida Cautelar ordinaria 21/14, FJ 3º.

¹⁶⁴⁸ AJCA nº 4, de Santa Cruz de Tenerife de 8-05-2015, Rec. 104/2015.

¹⁶⁴⁹ AJCA nº 5 de Valencia, de 8-4-2015, Rec. 56/2015, RJ 2, principio de libertad de configuración de las medidas cautelares positivas sobre actos negativos, renovaciones.

¹⁶⁵⁰ AJCA nº 3 Bilbao, Pieza Separada 46/11, RJ 3.

y una vez aportada, como se ha señalado, es valorada restrictivamente. Considero que si se exige por parte de la doctrina jurisprudencial una prueba plena para la valoración de la solicitud de medida cautelar, no se puede decir a su vez que se pretende entrar en el fondo del asunto y adelantar un fallo que corresponde al principal, ello constituye una contradicción en dicha posición doctrinal- jurisprudencial.

11.- Del punto anterior se deriva, que cuando se presenta la solicitud de esta medida no se pretende que se prejuzgue la cuestión de fondo, sino, simplemente que se juzgue dentro límite que tiene la medida cautelar. Se ratifica que en sentido general no existe, ni se comete infracción alguna del art. 24.1 CE, accediendo a la adopción de la citada medida. El proceso cautelar tiene su proceso configurado por el legislador, con todas las garantías en cuanto a la contradicción y prueba. Siendo limitado el principio de contradicción de forma inicial en lo que respecta al art. 135 de la LJCA.

Con los enfoques jurisprudenciales anteriores, se vulnera el derecho a la tutela cautelar judicial efectiva y eficaz, a la igualdad en la aplicación de la ley *-tertium comparationis-* del art. 14 CE. No puede olvidarse que la jurisprudencia, cuya elaboración es tarea, tanto de un juez, como de una Sección, de una Sala, es una obra conjunta normalmente inacabada e incompleta, abierta a una necesaria evolución constante en función de las circunstancias sobrevenidas que se completa sucesivamente al compás de esas nuevas circunstancias, incorporando matices al conjunto de la obra común, de modo que lo dicho en los anteriores señalamientos no puede operar como un mecanismo rígido, optativo a la acomodación de la misma a su aplicación uniforme a todos los supuestos de la especialidad. Todo lo contrario, requiere esa evolución constante en función de las circunstancias y de las nuevas exigencias de los nuevos tiempos.

La medida cautelar positiva, no es una concesión definitiva, sino temporal, que perdería sus efectos cuando el recurso principal fuese desestimado o durante la vigencia del proceso si cambiara las circunstancias. Sin embargo, ello permitiría durante el periodo de tramitación del proceso tener una regularidad relativa del justiciable en correspondencia con los propios intereses generales que persigue las normas de extranjería.

Como he señalado no se trata de que el juez sustituya a la Administración, ni que esté tenga la libertad de quien determina las políticas migratorias, sino de pronunciarse en Derecho a partir de lo que conste en los autos del proceso para decidir en cada caso concreto lo que es justo, no lo que es políticamente más conveniente para la realización del interés general, sino lo que es jurídicamente correcto.

Alternativamente a lo expuesto se estaría en valorar prospectivamente una medida cautelar positiva adecuada a la especialidad y con las propias especificidades señaladas. Con ello, se sostiene una mayor seguridad jurídica, una tutela cautelar más efectiva y eficaz.

3.3.8- Medida cautelar de anotación preventiva de demanda o medidas cautelares en Registro Central de extranjeros y Registro de Menores Extranjeros No Acompañados.

3.3.8-1- Consideraciones previas.

La LJCA en su Exposición de Motivos destaca la atención que se le presta a las medidas cautelares, exponiendo lo amplio de la tipología que se puedan adoptar, que pasan, como he dicho, por un sistema de medidas cautelares de *númerus apertus*, e innominadas, sin categorías. En ese sentido analizaré ahora la solicitud de la medida cautelar de anotación

preventiva de la demanda de recurso contencioso administrativo o medidas cautelares contra el acto administrativo en el RCE¹⁶⁵¹, (en su fichero Adextra e incluso entiendo también debe ser el Sistema Sirene¹⁶⁵²) y en RMENAS¹⁶⁵³, derivado de un proceso jurisdiccional contencioso administrativo. Con anterioridad, se analizó esta medida en el procedimiento administrativo, destacando entre otros aspectos, el carácter público del primero de los registros citados, su apoyo a la Administración de Justicia, relacionado con la publicidad de la acción administrativa, su carácter estructural e interoperabilidad a través del principio de coordinación para asegurar su obligatoriedad, así como las características esenciales de la anotación preventiva. Tal relación de apoyo, características y planteamientos allí realizados se mantienen y se hacen extensivos a la jurisdicción contencioso administrativo. En este caso, como veremos, apoyados en la propia Instrucción 1/18, de 22-11-2018 del CGPJ relativa a la obligatoriedad para jueces/zas y magistrados/as del empleo de medios informáticos y de forma analógica el RD 95/09, sobre Sistema de Registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia, debido precisamente al control jurisdiccional que se ha de lograr a través de estos mecanismos. Como se analizará de materializarse la aplicación de la medida aquí en estudio, contribuirá a la efectividad del recurso, al cumplimiento de la sentencia y a la consolidación del principio de seguridad jurídica y la tutela cautelar efectiva y eficaz.

La presente medida, como mismo se expuso en el procedimiento administrativo, ha tenido en la jurisdicción contenciosa administrativa un uso limitado, (es más conocida la medida en estudio en aquellos supuestos donde se han ventilado asuntos relacionados con derechos reales administrativos¹⁶⁵⁴). En la materia objeto de estudio, se presenta como ya se ha dicho, con una cierta reticencia a su uso, hasta el punto de que existen escasos pronunciamientos doctrinales y jurisdiccionales al respecto, (los pronunciamientos existentes van dirigidos fundamentalmente al reconocimiento de la pretensión¹⁶⁵⁵ de la demanda de actualización en el RCE).

Se pretende en este acápite fundamentar la posibilidad y realidad de la solicitud y adopción de la presente medida en la fase jurisdiccional, como una garantía más de la tutela cautelar efectiva y eficaz, que garantizará la “*finalidad legítima al recurso*¹⁶⁵⁶” o “*la efectividad de la Sentencia*”. Para ello, se analizará el soporte normativo existente, la LEC, la LJCA, la LO 4/00 y su ROLEX, lo que nos permitirá instrumentar y desarrollar, lo que más adelante se dirá. Se podrá decir a contrario *sensu*, que las situaciones jurídicas

¹⁶⁵¹ El art. 213 del RD 557/11 regula Registro Central de Extranjeros.

¹⁶⁵² Vid cita 417 Segunda parte.

¹⁶⁵³ El art. 215 del RD 557/11 regula Registro MENAS.

¹⁶⁵⁴ Domínguez Luis, J. A. (1998). “Proceso Contencioso-Administrativo. Medidas Cautelares y Publicidad Registral: La Anotación Preventiva de Interposición del Recurso Contencioso-Administrativo”. Comunicación presentada en el XII Congreso Internacional de Derecho Registral celebrado en Marrakech, del 2 al 6-11-1998. Centro Internacional de Derecho Registral (CINDER). Fernández Montalvo, R., (2000). *Las medidas cautelares en el proceso contencioso...*, op. cit., p. 105, donde el autor considera a las medidas de anotación preventiva de la demanda como una medida cautelar positiva, en relación con el art. 42 de la Ley Hipotecaria y art. 727. 5 de la LEC.

¹⁶⁵⁵ Se destaca la ya señalada STSJ Sala (Contencioso) Sec. 10ª, nº 815/15, Rec. 705/15, la cual establece un cambio de criterio de la Sala a favor de la pretensión de la demanda actualización en el RCE Anotación de la caducidad del expediente de expulsión en el RCE, fichero "Adextra". Ello en correspondencia con la Recomendación del Defensor del Pueblo a la Secretaría de Estado de Seguridad, (Informe Anual 2019, Defensor del Pueblo. (2020), p. 213.

¹⁶⁵⁶ ATC, Sala 1ª nº 213/09, de 12-03-2009, RJ 2.

referidas a los actos administrativos que genera la especialidad no son inscribibles o que por razones objetivas se excluye el otorgamiento de medidas cautelares cuando se trate de actos inexistentes.

Los actos administrativos de la presente especialidad generan situaciones jurídicas personales individualizadas, los mismos están sometidos, como señala el ROLEX a anotación, no a inscripción. El objeto del asiento es la anotación preventiva, de actos administrativos, derechos personales o situaciones eventuales o transitorias, por tanto, en ese sentido no se anota un derecho real. Acotado y diferenciado lo anterior entonces los actos y derechos en cuestión pueden ser anotables a través de una medida cautelar de anotación preventiva.

Referente a la inexistencia objetiva de actos inexistentes, no se puede confundir una tutela cautelar preventiva desde el punto de vista de información, de conocimiento del estado un proceso, con aquellos supuestos de que se quiera prever la incoación de una orden de expulsión, o la existencia de una medida cautelar suspensiva, que podría evitar una ejecutoriedad de un acto en otra parte del territorio nacional o del Espacio Schengen. No nos referimos con esta medida a acontecimientos de futuros e inciertos¹⁶⁵⁷, sino a hechos objetivos que pueden ser evitados a través de la medida de anotación efectiva para supuestos de ejecución de determinados actos.

El objeto y eficacia de la medida cautelar de anotación preventiva de demanda o medidas cautelares tendría como finalidad garantizar la finalidad legítima al recurso y la eficacia subjetiva de la sentencia, con el único fin de asegurar su ejecución, es decir, con efectos de mero aseguramiento de la ejecución o de la eficacia declarativa o constitutiva de la sentencia. Sería mantener o constituir una situación adecuada mientras se tramita el asunto principal para cuando jurídicamente puedan desarrollarse los efectos de la sentencia principal, puedan ser efectivamente materializados, sin obstáculos de difícil superación y con toda plenitud. Sus efectos son de mero aseguramiento, con respeto al principio de la mínima injerencia en el asunto principal. Dicho lo anterior, doy paso al soporte normativo que permite sustentar lo anterior.

3.3.8-2- Soporte normativo.

La LEC en su art. 727, ordinal 5ª señala *“La anotación preventiva de demanda, cuando ésta se refiera a bienes o derechos susceptibles de inscripción en Registros públicos”*. En su ordinal 6ª, señala *“Otras anotaciones registrales, en casos en que la publicidad registral sea útil para el buen fin de la ejecución”*. Mientras que el ordinal 11ª, expone *“Aquellas otras medidas que, para la protección de ciertos derechos, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio”*

Del ordinal 5ª se ha de distinguir lo relativo a que *“o derechos susceptibles de inscripción en Registros públicos”*, mientras que el ordinal 6ª da un mayor encaje al tener una redacción que permite adecuadamente realizar otras anotaciones, sin especificar o

¹⁶⁵⁷ STS Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 7871/07, de 23-11-2007, Rec. 10176/03, FD 4 *“Y si lo que pretende el actor es pedir una tutela cautelar preventiva para el caso de que esa orden de expulsión llegue a acordarse algún día, se trata de una petición que no puede prosperar por cuanto que, obviamente, no cabe pedir la tutela judicial cautelar respecto de acontecimientos futuros e inciertos, que ni siquiera se sabe si llegarán a ocurrir”*.

distinguir qué tipo de anotación, ni ante que registro, distinguiendo que lo útil es la publicidad registral. Dicha publicidad registral, está dada para un buen fin, garantizar la ejecución, claramente de la sentencia. En cuanto al ordinal 11ª, como cláusula abierta, permite la adopción de aquellas otras medidas, para la protección de ciertos derechos, sin definir cuales, pero que estén previstos en las leyes y que las mismas sean necesarias para asegurar, lo tantas veces ya dicho, la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio. De los tres ordinales se extraer elementos comunes, i) la existencia de unos determinados derechos subjetivos reclamables, ii) dichos derechos pueden ser garantizados provisionalmente a través de medidas de anotación, publicidad, sin necesidad de especificar el tipo y ante que registro, iii) todas persiguen un fin útil, garantizar el cumplimiento de la sentencia.

La propia LEC en su art. 738 refiriéndose a la ejecución de las medidas cautelares decretadas judicialmente, establece que *“si se tratare de la anotación preventiva se procederá conforme a las normas del Registro correspondiente*. Evidentemente no se está refiriendo solamente al Registro de la Propiedad en relación con la LH, como ha señalado la jurisprudencia expuesta respecto a la presente especialidad, que la rechaza basada en dicho argumento. En este caso como ya expuse en la Segunda parte de esta investigación, los registros de la especialidad cumplen con la presente exigencia.

Lo antes expuesto, nos conduce a precisar dos datos cronológicos, uno, en cuanto a la propia vigencia de la LJCA, la misma es anterior a LEC y segundo, la propia vigencia de la LH¹⁶⁵⁸, es muy anterior a la LJCA, por tanto, atendiendo al carácter supletorio de la LEC, los preceptos antes señalados son un fundamento de derecho para instar la solicitud de la medida aquí analizada. Tampoco podemos olvidar el carácter dinámico, que no estático, del ordenamiento jurídico y, sobre todo, ignorar los principios hermenéuticos que se recogen en el art. 3.1 CC.

El art. 31.2 LJCA señala que se podrán adoptar las “medidas adecuadas” para el pleno restablecimiento de las situaciones jurídicas individualizadas reclamadas, ello a partir de la revisión jurisdiccional de los actos administrativo según art. 1 LJCA. Ya se ha mencionado reiteradamente que el art. 129.1 de la propia norma permite a los interesados solicitar cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia y el art. 130 la finalidad legítima al recurso. A su vez la LO 4/00 expone en su art. 61 inciso “f) *Cualquier otra medida cautelar que el juez estime adecuada y suficiente*”. Es decir, los preceptos antes citados tienen encaje en los ordinales citados de la LEC.

Como se mencionó *supra*, el ROLEX en su art. 213 y 215 regula el RCE y el RMENAS, en los cuales se anotarán un grupo de datos y circunstancias. En el primer Registro, art. 213, inciso m), señala que en el mismo se reflejaran, *“Medidas cautelares adoptadas, infracciones administrativas cometidas y sanciones impuestas en el marco de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y de este Reglamento”*. Mientras que en su w), señala que también serán registradas *“Cualquier otra resolución o actuación que pueda adoptarse en aplicación de este Reglamento”*. Cierra dicho artículo en su apartado “2. *Los órganos que adopten las resoluciones y concedan los documentos a que se refiere el apartado 1 deberán dar cuenta de ello, a efectos de su anotación en este registro*”. Es decir, refleja claramente que todos los actos o resoluciones que se mencionan se “anotaran sus efectos en el registro”. Al reflejar la LO “resoluciones”, entiendo se refiere incluido

¹⁶⁵⁸ Hay que recordar cómo se señaló en la Segunda parte de este trabajo en modo alguno podríamos encontrar apoyo legal en el apartado 1 de art. 42 de la LH, precisamente por razones históricas.

las resoluciones judiciales, atendiendo precisamente a que estamos hablando de una LO, por lo tanto, el control de sus derechos y libertades fundamentales se realiza entre otros, por los tribunales ordinarios. En el caso del segundo, RMENAS art. 215, inciso I), señala que “*Cualesquiera otros datos de relevancia que, a los citados efectos de identificación, estimen necesarios el Ministerio Fiscal o la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil*”.

En consecuencia, se abren al Juez Contencioso-Administrativo, todas las posibilidades en materia de medidas cautelares¹⁶⁵⁹, para que se adopte la medida cautelar en estudio, estando encaminada la misma a asegurar la “*finalidad legítima al recurso*” o “*la efectividad de la Sentencia*”. Cuestiones que analizare a continuación.

3.3.8-3- Presupuestos y características de la medida.

La anotación preventiva¹⁶⁶⁰ como cualquier otra medida cautelar ha de cumplir los presupuestos de las medidas cautelares, entre ellos los señalados en el art. 130 LJCA, así como cumplir el resto de las características de las misma.

Comenzado por estas últimas, la medida cautelar de anotación preventiva cumple las mismas notas características generales de cualquier otra medida cautelar (provisionales-transitorias o temporalidad). En sentido concreto cumple a su vez las características de estas clases de medidas, el asiento, cuyo destino primordial es no convertirse en asiento definitivo, sino una eficacia transitoria o supeditada a que el acto o derecho anotado se consolide, –con una finalidad garantista, para derechos subjetivos en formación, situaciones o expectativas discutidas y dignas de ser tenidas en cuenta que, por razones de fondo de la propia controversia principal, no pueden optar a la anotación definitiva. Por tanto, se extingue cuando la propia medida cautelar deje de existir por las causas prevista en la ley¹⁶⁶¹.

Las anotaciones preventivas de demandas o medidas cautelares tienen una relación estrecha con la ejecutividad del acto administrativo, en este sentido, nos remitimos a los diferentes supuestos señalados. De estar registradas las mismas, el órgano administrativo que realice la ejecutoriedad o el órgano jurisdiccional que vaya a realizar el internamiento o tenga conocimiento de una solicitud de medida cautelarísima o vía de hecho, tendrá dicha información y podrá tomar una decisión en consecuencia y más ajustada a derecho. No tener dicha anotación, pudiera hacer perder la finalidad legítima al recurso.

La medida debe ser instada o solicitada por los legitimados, interesados, terceros o personas jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo según se expuso al respecto (art. 19 LJCA). Como en el resto de las solicitudes de medidas, es evidente que la adopción en su caso lo será a instancia de parte, careciendo el órgano jurisdiccional de facultades para decretar de oficio la anotación preventiva. La legitimación pasiva, siempre sería la administración demandada, que ha realizado la actividad objeto de impugnación jurisdiccional (art. 21.1 LJCA) y el Fiscal en su caso.

¹⁶⁵⁹ Laso Martínez, J.L., (1993). "Cautelas registrales para el proceso contencioso-administrativo", REDA, nº 77, p. 71-93.

¹⁶⁶⁰ Díez-Picazo y Ponce de León, L., (2008) *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial...*, op. cit., pp. 555-568. De Casso, I., (1951). *Derecho hipotecario o del Registro de la Propiedad*. Madrid: Instituto de Derecho Civil, p. 513. Feced Gresa, R., (1947) "La anotación preventiva de demanda". Curso de Conferencias Ilustre Colegio Notarial de Valencia, Imprenta Diana, pp. 8-9.

¹⁶⁶¹ Durán Corsanego, E., (1993). "Anotaciones preventivas administrativas..." op. cit. p. 1073."

Esta medida puede ser acompañada con la solicitud de otras medidas, como suspensión de salidas obligatorias, o suspensión de expulsiones, medidas cautelares positivas (concesión provisional de permiso inicial, o prórroga de autorización de trabajo y residencia), precisamente instando la anotación de unas de las medidas que se adopte. A su vez puede ser instada en cualquier procedimiento de los previstos en la LJCA, así como en vías de hecho y en las medidas del art. 135 LJCA.

El momento por excelencia de la solicitud de la anotación preventiva, tanto de la demanda, como de la propia medida cautelar debe ser al momento de la interposición de recurso contencioso-administrativo. A través de un OTROSI, (como mismo se realiza por lo general en el resto de las solicitudes de medidas cautelares). Aunque puede ser en cualquier otro momento procesal, no sería lo más efectivo y eficaz según el efecto que persigue la misma y es que conste y quede reflejado en el Registro que el justiciable se encuentra en fase de recurso contencioso-administrativo, o que ya tienen adoptada una medida cautelar. Ello no quiere decir que no se pueda hacer uso de ella según el art. 83.2 LJCA para (p. ej.), asegurar en su caso, la ejecución de la sentencia.

Como he señalado al inicio de este acápite la presente medida ha de cumplir los presupuestos exigidos por el art. 130 LJCA, por tanto, la manifestación del presupuesto *periculum in mora* se materializa no solo garantizando la efectividad del recurso y la sentencia en relación con el tiempo de la tramitación del proceso jurisdiccional¹⁶⁶², sino que garantiza además que durante el mismo exista un conocimiento efectivo de la medida o de la existencia de una demanda. Por tanto, durante la tramitación del proceso, pueden suceder muchos contratiempos, cuestión que se limitaría sus efectos negativos si se admitiese la medida de anotación preventiva, en virtud de su fe pública registral. A lo anterior se ha de agregar la previsibilidad ya explicada en cuanto al *periculum* y el daño irreversible, por lo que, de existir una anotación de demanda o medida en el RCE, de suscitarse cualquiera de los supuestos o situaciones *supra* referenciadas, el órgano jurisdiccional competente, ya sea órgano de instrucción o contencioso administrativo, tendrá un conocimiento actualizado del estado procesal del asunto.

En cuanto al *fumus boni iuris*, hay que verlo desde una doble perspectiva. La primera, en relación con el *periculum in mora* y la previsibilidad de este. Parto de una de las propias razones de esta solicitud de medida cautelar, responde a como he señalado, a que con independencia de que la jurisprudencia y la doctrina exponen que mientras se está tramitando una solicitud o se encuentra en trámite de un recurso contencioso administrativo previamente establecido, atendiendo al principio de tutela judicial efectiva, no debe ejecutarse el acto administrativo posterior o anterior al asunto que está en vías de recurso. Sin embargo, como también es conocido y se ha señalado a pesar de ello, en muchas ocasiones la administración ejecuta el acto. De existir la anotación, esa previsión de riesgo se reduciría al mínimo, podrá el juzgador objetivamente constatar la existencia de la medida o la demanda, analizará consecuentemente la suspensión de la ejecutoriedad del acto. Queda claro entonces que una de las finalidades de la anotación preventiva es evitar que mientras se sustancia el proceso, se causen incoacciones,

¹⁶⁶² Montilla Martos, J. A., Bouza Martínez D., García Victoria, I., Rodríguez Candela, J. L., (2016). “Legislación, jurisprudencia y derechos de los inmigrantes”..., op. cit., pp. 277. En este sentido se han de tener en cuenta las SSTC, Sala 2ª, nº 74/15, de 27-04-2015, BOE nº 136, de 8-06-2015 y las nº 87 y 88 ambas del 2015, de 11-05-2015, BOE nº 146, de 19-04-2015. Teniendo todas por antecedente STC, Sala 2ª, nº 142/10, de 21-12-2010, BOE nº 16 de 19-01-2011.

internamientos¹⁶⁶³ o ejecuciones u otros actos contrarios, irreversibles que dificulten la ejecución de la sentencia del proceso principal, alertando en estos casos, a la propia Administración, a los propios operadores jurídicos y en especial a Jueces, Fiscales y Abogados del Estado para que conozcan su contenido. La segunda perspectiva, sería precisamente todos los aspectos a tener en cuenta para valorar el *fumus*.

La medida cautelar de anotación preventiva no produciría perturbación grave alguna de a los intereses generales o de tercero (art. 130.2 LJCA). Es adecuada y suficiente, en todo caso, si prevaleciera en determinado momento la ejecutividad o ejecutoriedad del acto, simplemente se levantaría la medida. Como he señalado, la medida buscaría esa ponderación entre los intereses individuales y el interés general, o dicho de otra forma, si ya se conoce que el acto está suspendido, o recurrido, que a su vez no ha podido ser ejecutado con anterioridad o no existen perspectivas razonables de expulsión/ devolución, ¿por qué tomar medidas drásticas, como la detención u otras más gravosas? Lo dicho, nos da otro argumento que me permite confirmar la sostenibilidad de la misma, ya que con ella la propia Administración puede ser más efectiva, eficiente y garantista, la cual se verá abocada, a realizar las diligencias previas necesarias para poder llevar a cabo en todo caso una ejecutoriedad del acto garantista y no hacerlo a la inversa, detener y luego hacer las diligencias para la ejecutoriedad.

La medida en estudio no produce ninguna resolución anticipada o satisfacción de la pretensión deducida, ni hace falta que el acto sea declarado nulo, ni afecta que el acto sea de contenido negativo, ni existe una extralimitación de la jurisdicción, ni se subroga el juez el papel de la administración e incluso ni se proyecta sobre el análisis de fondo del principal. Simplemente garantiza en el proceso principal, garantiza el recurso y el cumplimiento de la sentencia.

Todo lo anterior permite confirmar que se puede practicar el asiento, no existen obstáculos derivados por parte de los registros en estudio. Los mismos son registros adecuados y suficientes, como mismo señala los arts. 213 y 215, ambos del ROLEX, se anotarán, estableciendo una amplia lista de actos y finalmente una redacción abierta de actos. Por tanto, el órgano jurisdiccional puede adoptar la medida, la cual será sobre un acto administrativo que está en correspondencia con los actos anotables según registro.

Lo anterior está en plena correspondencia con lo dispuesto en la LEC en su art. 738, refiriéndose a la ejecución de las medidas cautelares decretadas judicialmente, de anotación preventiva, es decir, de adoptarse la medida de anotación de demanda o medida cautelar, las mismas como se ha señalado, proceden conforme a las normas del Registro, por la sencilla razón, que el registro las tiene previstas en su articulado, por tanto, el responsable del Registro (en este caso el Ministerio del Interior o el Fiscal en su caso), anota, realizando el control de conocimiento del acto administrativo correspondiente.

En fin, la calificación registral, no tendrá dificultades u obstáculos derivados del propio Registro, ya que lo que se anota son derechos¹⁶⁶⁴, obligaciones¹⁶⁶⁵, actos administrativos

¹⁶⁶³ Vid. nota 1299 y 1309.

¹⁶⁶⁴ Es un derecho a partir del art. 24.1 CE, en relación con art. 31.2 LJCA, al ser una auténtica pretensión, en este caso cautelar.

¹⁶⁶⁵ Art. 214 ROLEX, señala “*Los extranjeros autorizados a permanecer en España estarán obligados...*”.

susceptibles de anotación en el Registro público¹⁶⁶⁶ de acuerdo con la propia LO 4/00 y su ROLEX. Son actos declarativos y constitutivos, con efectos jurídicos-civiles o jurídico-públicos de acuerdo con su finalidad mixta, (seguridad del tráfico jurídico, instrumento de información y gestión para las Administraciones públicas y Administración de Justicia, a su vez proporciona seguridad a los extranjeros).

La duración y efectos de la anotación preventiva serán y estarán en correspondencia con lo dispuesto en la ley, mientras dure el proceso principal, sea modificada o levantada o se dicte la sentencia. Cuando el contenido de la sentencia se haga firme, se procederá a la cancelación de la anotación preventiva pasando a definitiva. Solución está totalmente lógica y en correspondencia como hemos señalados con el resto de las medidas cautelares.

Por último, desde el punto de vista de la práctica forense la medida estudiada puede dar solución a dos, i) lo referido a la recomendación del Defensor del Pueblo citada, en este caso que se compruebe por la policía o se solicite por el órgano jurisdiccional correspondiente, la existencia de anotación preventiva en el RCE para cualquier tipo de procedimiento que se esté analizando, en especial, aquellos procedimientos sancionadores o de internamiento o de autorización de internamiento, ii) en cuanto a la labor del Ministerio Público, en sus funciones asignadas a la materia de extranjería, especialmente en cuanto al RMENAS.

3.3.9- Conclusiones parciales.

1.- El incidente cautelar en la materia de extranjería cumple el mismo cauce que todas las medidas cautelares de acuerdo al procedimiento instituido en el art. 129 y ss. LJCA. Teniendo determinadas especialidades, concretamente las medidas del art. 135.2 LJCA, las cuales en su configuración legal no recoge literalmente determinados principios provenientes del derecho internacional y del DUE, como el principio de no devolución, afectando con ello la incorporación al derecho interno del derecho convencional. Esto repercute negativamente en el contenido de configuración del derecho fundamental a la tutela cautelar judicial efectiva en la presente especialidad. Se mezcla en un todo, materias como la extranjería y la protección internacional, cuando es conocido que, aunque ambas puedan tener puntos convergentes, internamente, en cuanto a principios y regulación normativa, tanto, internacional, regional, supranacional y en nuestro propio derecho interno, son totalmente diferentes. Mantiene términos como el “retorno”, el cual ya previamente el propio legislador los había modificado “por efectos de prohibición de entrada”.

El legislador no fue lo suficientemente previsor de detectar que la técnica empelada es limitadora del derecho de acceso a la tutela cautela efectiva y eficaz, o no tuvo en cuenta que lo importante de las leyes no es lo que dicen, sino lo que se consigue con ellas. No tuvo en cuenta el alcance de los estándares de los arts. 13 CEDH, del art. 47 CDFUE y del propio art. 24 CE, en cuanto al derecho a un recurso efectivo y eficaz. No tuvo en cuenta que su función en este casos era la creación de fórmulas, técnicas jurídicas de mejora de los recursos internos efectivos y eficaces hacia un sector más vulnerable, es decir, haber garantizado un mejor acceso a la jurisdicción y al recurso cautelar propiamente dicho de manera justa y en correspondencia con el debido proceso, que cumplan el deber/obligación, principio/derecho fundamental de buena administración (en

¹⁶⁶⁶ Rams Ramos, L., (2008). *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos*,...op. cit. pp. 298-306.

este caso la Administración de Justicia), con respeto a los derechos humanos y fundamentales de los más vulnerables. Tales limitaciones y falta de previsión legislativa entroncan negativamente con las propias normas que más adelante en el tiempo el mismo legislador aprueba, en este caso, las referentes a las denominadas devoluciones materiales coactivas directas, rechazo en fronteras, devoluciones en caliente establecidas en el Régimen especial de Ceuta y Melilla, en su apartado 2, no crea ningún procedimiento, sino que hace una remisión en blanco a la normativa del DIDH y de protección internacional de la que España es parte. Esto genera una inseguridad jurídica grave ya que en la normativa internacional de derechos humanos existen varias normas que regulan procedimientos sobre personas vulnerables.

A su vez se da otra particularidad consistente en que la solicitud de la medida del art. 135.2 LJCA, se puede instar tanto, en la jurisdicción penal, intervención de los Juzgados de Instrucción de Guardia, como en la jurisdicción contencioso-administrativa. Responde así la especialidad en estudio a una configuración legal dada por el legislador al contenido del derecho fundamental a la tutela cautelar judicial efectiva deficiente y compleja, conllevando a una interpretación jurisprudencial en similares términos.

En fin la configuración general de las medidas cautelares en la LJCA y las interpretaciones jurisprudenciales hacen en las actuales circunstancias un complejo encaje con la presente especialidad, los cuales no están en correspondencia con las nuevas características de derecho dinámico y concretizado del Derecho Administrativo de Extranjería marcado a su vez por una dinámica de un DIDH más protector donde aparecen nuevas circunstancias de índole jurídica, que a su vez pueden generar nuevas cuestiones de índole fáctica o de hechos.

2.- La caución en las medidas cautelares en estudio continúan siendo un imperativo legal que reúne especiales características, las cuales conllevan en su generalidad a su no adopción. La solicitud que generalmente la realiza la Administración debe acreditar los daños o perjuicios de cualquier naturaleza que pudieran derivarse hacia ella, como consecuencia de la medida acordada. Dicha acreditación deberá demostrar que el interés general en realidad se encuentra dañado, debiendo ser cuantitativamente demostrable, máxime en aquellos supuestos señalados de las obligaciones positivas.

De exigirse una caución desproporcionada, la tutela cautelar perdería su efectividad, sería un obstáculo o traba procesal insalvable para el recurrente, que materialmente se refleja en un acceso al recurso, pero en la práctica sería un derecho de acceso meramente teórico y poco efectivo, haría ilusoria la justicia cautelar, al condicionarlo a un requisito de garantía de difícil cumplimiento.

No obstante, en la presente especialidad al existir medidas cautelares de carácter personal que se pueden adoptar a partir de procedimientos sancionadores graves y muy graves, en algunos de ellos se presentan infracciones de contenido económico. Esto puede permitir la adopción de la caución, la cual se podrá determinar, entre otras, circunstancias concretas a partir del lucro obtenido. En todo caso, ha de primar el principio de proporcionalidad, pero nunca el principio aritmético de suma cuantificada.

En similares términos a los anteriores se ha de adoptar la caución en los supuestos de personas jurídicas, transportistas, empleadores, de acuerdo con las circunstancias del supuesto concreto, pero igual al anterior, nunca como una suma cuantificada. En el primero de ellos, se tendrán en cuenta factores objetivos para la determinación de la cuantía de la caución, entre ellos, tipos de aeronaves, masa máxima al despegue, número

de asientos, pruebas de buena reputación, cuentas auditadas, documentos financieros, total de personas transportadas cometiendo las infracciones que se tipifiquen. En el segundo, empleadores, se tendrá en cuenta, total de trabajadores contratados, periodo de tiempo de la contratación ilegal, cuantía y periodos de tiempo dejados de cotizar a la seguridad social, entre otros factores.

En todo caso, el juzgador o tribunal deberá en el Auto correspondiente definir de forma motivada, cuantía tiempo y forma en que debe prestarse la caución, la cual será adecuada, proporcional y razonada, en correspondencia al riesgo o daño acreditado al interés general o de tercero, ello en el en el contexto del art. 24.1 CE, nunca bajo una concepción recaudatoria.

3.- Concretamente en cuanto a las medidas del art. 135 LJCA, a pesar de todas las modificaciones realizadas a la LJCA, ninguna de ellas ha abarcado los señalamientos críticos que ha realizado el TEDH al respecto.

No es sostenible de forma teórica, genérica y sistémica que en la práctica forense se exponga que las presentes medidas se utilizan de forma abusiva, generando una cierta desfiguración del esquema y fines de la misma. No existe un abuso de derecho, sino que nos encontramos ante un derecho configurado que se hace irrenunciable en una sociedad democrática. Derecho que se contrapone al excesivo ejercicio de autotutela ejecutiva de la administración, a la falta de esta última del cumplimiento del deber/obligación del debido proceso. Estas anomalías del proceso repercuten y llevan aparejado que dicha ejecutoriedad forzosa es inmediata, la que va acompañada de otras violaciones, no se informa, o no se tiene acceso por el justiciable al momento de dicha ejecución. Dicho secreto o no acceso a la información de la ejecutoriedad, da al traste precisamente con que el justiciable se informa de ello a última hora, en *extremis o con especial urgencia*. Esto hace que se cumpla precisamente una de las características de este tipo de medida, que se puedan presentar en cualquier estado del proceso, debiéndose por mandato legal dar cumplimentado al tratamiento procesal que corresponde por ley, su admisibilidad. Esto es, no puede dejar de abrirse el trámite del art. 135 LJCA. En fin, no deben existir limitaciones respecto a la especial urgencia. De existir limitaciones al acceso a la medida cautelarísima constituiría una violación, un defecto procesal del procedimiento, por ende de orden público y de la tutela judicial efectiva.

La doctrina de imputabilidad de responsabilidad al justiciable por actuar con negligencia, un dejar de hacer irresponsable, por sus propios actos o mala fe, de no acudir al proceso en tiempo, requiere de un mayor análisis individualizado partiendo de la doctrina jurisprudencial del TEDH desarrollada al efecto, la cual define claramente que tal responsabilidad es desvirtuada ante la diligencia del recurrente. Este binomio responsabilidad/diligencia/negligencia se interconecta directamente con el debido proceso/proceso equitativo, derecho a una buena administración, en lo relacionado al acceso a la información y al expediente administrativo.

5.- Las medidas cautelarísimas, art. 135.1-a)-b) LJCA presentan limitaciones en cuanto a las garantías de recurso efectivo y eficaz, así como en lo relacionado a la prohibición de solicitud de nueva medida cautelarísima. Estas limitaciones y prohibiciones se manifiestan a través de disfunciones procesales de orden público que afectan a la accesibilidad/admisibilidad del recurso cautelar generando situaciones arbitrarias, irrazonables, pudiendo constituir en muchos casos un error patente. Ello queda visible de las siguientes maneras:

a)- La doctrina del TS, proceso de cognición limitado y solo dirigido inicialmente a apreciar la especial urgencia.

Dicha doctrina agota su análisis precisamente en ese inicio del proceso, en la especial urgencia, obviando el resto del *iter* procesal y sus consecuencias. El proceso puede llegar a más de 5 días, en el supuesto del art. 135.1-a) LJCA, dos días para solucionar la solicitud de la medida, la especial urgencia, más los tres días para la audiencia, o comparecencia. La LJCA, no señala plazo para dictar el nuevo Auto, sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida de suspensión adoptada inicialmente de acuerdo con la especial urgencia. Para el TS ya en este momento no existe la misma. Sin embargo, en la multiplicidad de supuestos de la presente especialidad la especial urgencia puede continuar estando presente, ya que se puede solicitar no solo la suspensión del acto, sino que también pueden ser solicitadas otras medidas cautelares, entre ellas las positivas. Lo que conlleva a que este segundo auto también deba y pueda ser dictado con urgencia, por analogía se puede interpretar que puedan ser dos días, como el plazo del auto inicial, o pueden ser cinco días (art. 131 LJCA). Pero como se ha dicho el legislador ha sido omiso en ello.

Tras ser agotada de forma inicial la especial urgencia, pueden suscitarse situaciones o circunstancias relacionadas con defectos procesales de orden público, tales como, no notificaciones correctas de citaciones para audiencia o comparecencia, retrasos de las mismas, no estar correctamente informada la Administración de la suspensión inicial u otros defectos procesales, el acto administrativo puede ser ejecutado al existir tiempo suficiente para la ejecutoriedad del mismo. Pierde así efectividad y eficacia la especial urgencia inicialmente concebida.

b) En el supuesto de no cumplirse el procedimiento indicado en el art. 135.1-a) LJCA, acceso y admisibilidad de la medida, de no dictarse el auto correspondiente sobre la especial urgencia y producirse defectos procesales de orden público, no procediéndose posteriormente a audiencia, o comparecencia, puede dar lugar a la ejecutoriedad del acto administrativo, cuyos daños pueden ser irreversibles. En este supuesto se produce una vulneración del art. 24.1 CE. En todo caso, se solicitará nulidad de lo actuado, como elementos a tener en cuenta para otras acciones, como responsabilidad patrimonial. Se presentaría nuevamente solicitud de cautelarísima, aportando las circunstancias de especial urgencia que hubiesen existido de mantenerse sostenidas y aquellas nuevas que se pudiera aportar, con un *plus* especial de urgencia circunstanciada por los propios defectos procesales de orden público que limitaron esos derechos. Estos últimos se convierten en una protección reforzada de esa nueva especial urgencia.

c)- Concretamente en cuanto a la medida cautelarísima del art. 135.1-a) LJCA en lo referente al levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada, esta etapa del *iter* procesal se desarrolla ante los juzgados de lo contencioso administrativo, trámite de audiencia o comparecencia. Por lo que, si se trata de la suspensión de una expulsión, devolución o prohibición de entrada y el recurrente se encuentra con medida cautelar de internamiento en CIE, dicho juzgado es solo competente para conocer sobre la suspensión de la ejecutoriedad del acto, no es competente para analizar el fondo de la medida de internamiento autorizada por el juzgado de instrucción de guardia correspondiente. Tal limitación atenta contra la tutela cautelar efectiva y eficaz -art. 47 CDFUE y el art. 24.1 CE y la jurisprudencia del TJUE-, la cual no permite a dichos juzgados realizar o ejercitar un control sobre la solicitud inicial de la administración, o realizar un examen completo y *ex tunc*, de acuerdo con las circunstancias de hecho y

derecho, valorando las perspectivas razonables de expulsión, tiempo del internamiento, riesgo de fuga, así como si se han presentado otras circunstancias, tales como solicitudes de asilo, entre otras. Atendiendo a lo anterior, el art. 135.1-a) LJCA no supera el “*test*” respecto al principio de equivalencia y del efecto útil respecto al DUE, obviando dicho artículo que el mismo en estos supuestos, está siendo ejercitado en el ámbito de aplicación del DUE. En estas circunstancias procesales son propicias para que se puedan materializar rasgos de imparcialidad objetiva por acumulación de funciones, enjuiciamiento o conocimiento previo del asunto.

En consecuencia, a fin de garantizar al recurrente una tutela judicial efectiva y eficaz en los términos del art. 47 CDFUE y del art. 24.1 CE, puede perfectamente el órgano judicial de lo contencioso administrativo que conoce por obligación normativa del art. 135.1-a) LJCA, mantener, modificar o levantar la resolución del órgano judicial tomada, pudiendo también controlar -en este caso, el auto del juzgado de instrucción sobre el internamiento- que no resulte conforme a los derechos antes señalados, dejando inaplicado el mismo, y si es preciso fuera, la normativa nacional que le prohíba proceder de tal manera atendiendo a que su actuación responde al efecto útil del DUE.

d)- En el inciso b) del art. 135.1 LJCA, el legislador no realizó pronunciamiento respecto al plazo de no apreciar la especial urgencia y dictar el auto correspondiente. Se entiende por analogía que el plazo para adoptar la medida es también de dos días en igual sentido que el inciso a). De no ser apreciadas las circunstancias de especial urgencia, según la doctrina del TS, la misma también se agota en esta fase y por tanto, el proceso ha de continuar por el trámite ordinario, sin embargo, tampoco se señala plazo para ordenar o remitir en su caso a conformar la pieza separada de acuerdo con el art. 131 LJCA.

En el presente inciso también se dan defectos procesales de orden público consistentes, entre otros, no acceso/admisión a trámite el incidente cautelar, no sea dictado el auto sobre la apreciación o no de las circunstancias de especial urgencia, sino, que se dicte otro tipo de auto o incluso providencia no admitiendo la misma, no se ordena el trámite de acuerdo al art. 131 LJCA. A lo igual que lo señalado *supra* se entiende que debido a la existencia de una panoplia de supuestos de la presente especialidad, la especial urgencia puede continuar estando presente, por tanto, dicha remisión debe ser en los dos primeros días, para luego dado el reparto al juzgado o tribunal correspondiente, continuar por el cauce y plazos del art. 131 LJCA.

En este inciso b) al no ser apreciada la especial urgencia y su cognición estar circunscrita a ella y pasarse al trámite ordinario, teóricamente los plazos mínimos para que un juzgado o tribunal vuelva a conocer del asunto estaría computando en un total de diecisiete días hábiles mínimo, periodo de tiempo suficiente para la ejecutoriedad del acto administrativo, con las posibles consecuencias de los daños irreversibles e irreparables.

Los defectos procesales de orden público citados generan un alto grado de indefensión e inseguridad jurídica, debilitando directamente el art. 24.1 CE, los mismos pueden ser objeto de nulidad plena. A pesar de esto último, tal remedio procesal no sería lo suficientemente efectivo y eficaz, debido a que cuando se llegue a la solución del mismo, el acto administrativo pudo haber sido ejecutado, con las mismas consecuencias de daño irreversible y en muchos casos irreparable. Esto hace aseverar, como se dirá más adelante que se hace necesario una modificación y actualización del Reglamento 1/05 del CGPJ, donde se regule a los órganos jurisdiccionales la adopción de medidas cautelares más eficaces y eficientes cuando se produzcan dichos defectos procesales.

e) Tanto en el inciso a) como b) del art. 135.1 LJCA los autos iniciales apreciando o no la especial urgencia, no son recurribles. (Aspectos que como se ha dicho serán analizados en el Capítulo VI.4).

f) En las medidas cautelares del art. 135.1-a)-b), los terceros interesados están legitimados para ser parte en las mismas.

La otra circunstancia señalada limitativa de las garantías de la tutela cautelar efectiva y eficaz en las presentes medidas es la prohibición de solicitud de nueva medida cautelarísima. Se prohíbe durante la tramitación ordinaria que ordena el art. 135.1-b) LJCA que los interesados puedan volver a solicitar medida cautelarísima. Es decir, de aparecer nuevas circunstancias de especial urgencia o mantenerse aquellas sostenidas en el tiempo no se pueden solicitar nuevas medidas cautelares a través del art. 135 LJCA, esto es lo que parece indicar el legislador al limitar con su configuración tal posibilidad. Sin embargo, teleológica y axiológicamente no existen límites para ello de acuerdo con los sub-tipos de defectos procesales de orden público señalados *in limine litis*, además la jurisprudencia más actualizada del TS que así lo permite.

6.- El Acuerdo del CGPJ del año 2007 sobre modificación del Reglamento aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, en su art. 42.5, no se encuentra en estos momentos en correspondencia con la realidad procedimental al respecto, tal desfase procesal constituye un obstáculo a la eficacia del recurso efectivo, debido a que limita el acceso a la tutela cautelar a determinados supuestos, así como que las circunstancias de especial urgencia pueden surgir en cualquier momento, por tanto, las autoridades estatales en este caso el máximo órgano de gobierno de los jueces no debería requerir requisitos de accesibilidad que se hagan complejos el acceso, tales como, probar o justificar no haber sido posible cursar la solicitud al órgano naturalmente competente en días y horas hábiles. Como se ha dicho, la doctrina de imputabilidad de responsabilidad al justiciable por actuar con negligencia, un dejar de hacer irresponsable, por sus propios actos o mala fe, de no acudir al proceso en tiempo, requiere de un mayor análisis individualizado partiendo de la doctrina jurisprudencial del TEDH desarrollada al efecto.

Por otro lado, dicho desfase también se manifiesta en lo relativo a los “retornos” y las actuales regulaciones de las formas de devoluciones previstas en el Régimen especial de Ceuta y Melilla, la accesibilidad real al sistema procesal, la disponibilidad de acceso al recurso y todos los aspectos antes señalados.

Dicho todo lo anterior, se ratifica que existen restricciones a la tutela judicial cautelar efectiva y eficaz, en el sentido de efectivas en cuanto a su calidad, rapidez y efecto suspensivo y en cuanto a su eficacia en los requisitos de accesibilidad real, disponibilidad, especialmente en el sentido de que su ejercicio no debe ser obstaculizado de manera arbitraria, tanto, por actos, como por omisiones de las autoridades estatales.

7.- En cuanto a las medidas cautelares y el acceso efectivo y eficaz al recurso en aquellos supuestos en que el extranjero está limitado de libertad y en horarios inhábiles, se presentan dificultades de acceso, tanto de orden sustantivo, como procesal, que se convierten en trabas, obstáculos procesales, acciones u omisiones que atentan contra el acceso a la tutela cautelar, generando disfunciones y defectos procesales de orden público, que conllevan a una inseguridad jurídica y definitivamente en una vulneración del art 24.1 CE. Una de estas dificultades se refleja en la interpretación del art. 14.1 regla Segunda, en cuanto a la definición de domicilio, respecto a los lugares de detención, CIE y comisarias y en cuanto a sede del órgano autor del acto originario impugnado. En este

sentido, la detención en comisarías o la privación de libertad (interno en CIE), dichos lugares, son un domicilio actual, legal y procesal, al ser un domicilio involuntario indirecto, por imposición de la ley de forma especial y circunstancial. Este tipo de domicilio, involuntario indirecto, determinan la competencia territorial en un proceso de medidas cautelarísimas.

En similares términos sucede en cuanto a la sede del órgano autor del acto originario impugnado, al producirse una especie de sujeción especial entre el acto originario de la ejecutoriedad, con el acto originario/primario, expulsión, devolución, prohibición de entrada. Se produce así una convergencia de actos originarios por diferentes órganos administrativos, con diferentes sedes, un acto administrativo compuesto y complejo, que están sometidos a diferentes causas procesales de recursos que pueden discurrir de forma paralela. Por lo que serán, los juzgados de instrucción de guardia, en horario inhábil, o los juzgados de la jurisdicción contenciosa administrativa, en correspondencia con la sede territorial de la comisaria o CIE del lugar donde se encuentra la persona extranjera detenida o internada, quienes han de resolver la solución de la solicitud de medida cautelarísima, en correspondencia con esa sede territorial. Lo anterior está en plena correspondencia con soluciones procesales similares en la jurisdicción penal. En todo caso, de existir algún resquicio interpretativo al respecto, habría de estarse a lo dispuesto en los arts. 725.2 LEC y art. 11.1 y 12.1 LOCJ.

8.- Las medidas del art. 136 LJCA, en concreto la vía de hecho, responden en la presente especialidad a una casuística muy amplia. Dicha casuística y el actuar desproporcionado, excesivo de la Administración ha de responder a la configuración legal de los requisitos materiales exigidos por la norma. Dichos factores, casuística, actuar desproporcionado de la Administración y los requisitos procesales de la norma determinan que su concreción no sea lo totalmente efectiva y eficaz.

A ello se ha de agregar que procesalmente se tramita por el mismo cauce del art. 135 LJCA, lo cual hace que en determinados supuestos y circunstancias convergen, los requisitos de la especial urgencia, con el del actuar material indebido o excesivo de la Administración, es decir, la línea divisoria entre el art. 135.1-a) y art. 136, es tenue. Por lo que en la presentación del recurso suspensivo en sus alegaciones iniciales perfectamente pueden ir acumuladas ambas acciones, con un mismo fin o pretensión, la suspensión del acto administrativo. Se puede dar así, inicialmente una convergencia de acciones y tramitación, aunque sobrepasado la primera etapa del *iter* procesal que marca el art. 135.1-a), se defina correctamente en resto del procedimiento. Teniendo en el caso concreto del art. 136 LJCA, la parte actora diez días para la interposición del recurso, solicitando la ratificación de la medida.

En cuanto a los intereses generales o de terceros, en la presente medida cautelar de vía de hecho, le corresponde a la Administración o los terceros acreditarlos. En todo caso, de existir los mismo, no son motivos, ni causas de justificación para el mal o excesivo actuar material de la Administración, más todo lo contrario, una Administración garantista, deberá previamente recurrir a los procedimientos existentes en ley, que le permiten previamente realizar debidamente todas las diligencias necesarias y con garantías de defensa. Son precisamente en estos procedimientos donde la Administración le corresponderá consecuentemente aportar prueba acreditando que la medida adoptada o a adoptar, es o no será consecuente con el interés general, es decir, se produce un desplazamiento de la carga de la prueba del solicitante de la medida cautelar hacia a la Administración.

9.- Las medidas cautelares positivas en la presente especialidad pueden ser perfectamente admitidas y adoptadas, existe todo el soporte normativo para ello, los presupuestos exigidos en el art. 129 y 130 LJCA, atendiendo al derecho a la tutela cautelar judicial efectiva y eficaz, ya se refieran a actos negativos puros o a aquellos actos negativos en apariencia al existir una situación jurídica preexistente. Con ellas no se sustituye a la Administración, ni se excede o abusa jurisdiccionalmente, sino, que se cumple con la evolución del carácter revisor del acto administrativo al carácter protector de la jurisdicción, se cumple con el propio amparo normativo vigente y se cumple con el mandato constitucional del art. 106 y art. 117.3 ambos CE. Otra cosa es que no se superen las limitaciones tradicionales y se quiera sostener la negativa de la adopción de dichas medidas a través de argumentos generales, fórmulas rituarias vacías de contenido y que muchas de ellas no se corresponden con la normativa vigente.

10.- La medida cautelar de anotación preventiva de la demanda o medida cautelar, es una medida que puede ser adoptada en los procedimientos judiciales de la materia en estudio. La misma tiene todo el amparo y soporte normativo que así lo permite. Es una medida que su solicitud puede calificar como una auténtica pretensión cautelar al cumplir el resto de los presupuestos del art. 130 LJCA, no implica por sí misma, en ningún caso, afectación grave al interés general, ni produce ninguna resolución anticipada o satisfacción de la pretensión deducida. No es necesario que el acto sea declarado nulo, ni afecta que el acto sea de contenido negativo, ni existe una extralimitación de la jurisdicción, ni se subroga el juez el papel de la administración e incluso ni se proyecta sobre el análisis de fondo del principal. Simplemente garantiza el proceso principal, garantiza el recurso y el cumplimiento de la sentencia. Se consigue una mayor seguridad jurídica y tutela judicial efectiva y eficaz garantizando el cumplimiento de la sentencia. Siendo la misma perfectamente anotables en el RCE, como en el RMENAS, al tener estos una función mixta, con efectos propios del sistema registral electrónico, de garantía de la constancia registral y del principio de fe pública, lo que hace efectiva la medida cautelar. La vigencia de la medida al igual que el resto de las medidas, estará en correspondencia con las formas previstas en la ley. La presente medida, permitirá a la propia Administración en sentido general, a los órganos jurisdiccionales de lo contencioso administrativo y al Fiscal, ser más efectivos, eficientes y garantistas, los cuales se verán abocados a realizar las diligencias previas necesarias para poder llevar a cabo la ejecutoriedad del acto o de la sentencia.

CAPITULO IV.- Prueba.

Como se ha visto, ningún obstáculo procesal existe para que en el incidente cautelar se proceda a la proposición y práctica de pruebas¹⁶⁶⁷, incluso la prueba anticipada, como requisito objetivo del proceso cautelar, gozando como he dicho de los principios de *audiatur et altera pars*. Pese al silencio que mantiene la LJCA al respecto, lo anterior está avalado por la aplicación supletoria del art. 273, 728.2 y 734.2 LEC, en virtud de lo previsto en la Disposición Final Primera LJCA. Como he señalado, la prueba reviste en esta fase jurisdiccional un estudio con matizaciones, pero en todo caso de acuerdo con reiterada doctrina, la prueba debe estar dirigida no sólo a demostrar la existencia de daños y perjuicios para obtener la suspensión en correspondencia con el *periculum in mora*, sino

¹⁶⁶⁷ STC, Sala 1ª, nº 32/82, FJ 2; SAN Sala (Contencioso), Sec. 4ª, nº 2448/09 de 27-5-2009, Rec. 137/09. *Prima facie* las circunstancias que alega el interesado pueden tenerse por verosímiles con un principio de prueba, que es lo que exige el art. 728.2 LEC. En similares términos AJCA nº 2 de Almería nº 179/20 Rec. PA 109.1/20, RJ 2-3.

que además es preciso demostrar o por lo menos que se haga razonar con lógica la irreparabilidad de tales daños y perjuicios.

Como ha de ser, la prueba debe tener una relación estrecha con la pretensión de la solicitud, debe estar dirigida a justificar aquella de acuerdo con la situación jurídica individualizada, es decir, una conexión y relación con el objeto de la pretensión, con el interés legítimo que considere la parte. Como se ha dicho, para la pieza separada de la medida cautelar la *probatio*¹⁶⁶⁸ no se requiere que sea plena, sino, que bastará con una prueba semiplena, pero que valga para algo, que sea oportuna, que permita indiciariamente realizar un análisis o descripción lógica y racional, que por su potencia indicativa permita presumir la verosimilitud del hecho, que permita una razonabilidad de su producción o concurrencia, es decir, que sea suficiente, que contenga una solidez por indicios, que no sea una mera invocación genérica¹⁶⁶⁹, sino una descripción lógica y racional que demuestre dicha conexión.

La carga de la prueba recae generalmente sobre el solicitante de la medida cautelar¹⁶⁷⁰, llegando a señalar GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, que “...*el quid de las cautelares está en este elemento probatorio, documental, que suele sin embargo descuidarse*”¹⁶⁷¹, con el cual hace ver la conexión antes dicha y otorgarse o no la cautelar y así garantizar la sentencia y su efecto legítimo. En igual sentido corresponde a la Administración probar los daños que para el interés general se derivarían del otorgamiento de la medida evitando la ejecución del acto, es decir, la explicitación de los mismos, de lo contrario prevalece el interés particular para el otorgamiento de la suspensión o de la medida cautelar adecuada para garantizar el resultado del proceso.

Los criterios doctrinales antes expuestos, como hemos venido observando, no siempre se comportan así en la presente especialidad, sino que se exige o requiere de una prueba plena y de una calidad del mismo nivel o rango que la que va dirigida al fondo del asunto. Las exigencias jurisprudenciales en la materia en estudio respecto a aquellas pruebas, donde se aleguen perjuicios eventuales, o situaciones de riesgo objetivo (incumplimientos de pagos de alimentos, de las obligaciones paternofiliales, acreditación de las relaciones familiares más allá del empadronamiento, acreditación convivencia con demostración de estar a “carga” del solicitante, hipotecas, préstamos u otros), son rechazadas por múltiples valoraciones (son hechos de futuro, o simples conjeturas o alegaciones generales, o no son acreditadas suficientemente de acuerdo al art. 217 LEC), requiriéndose en todas estas situaciones pruebas relevantes, con todas las garantías¹⁶⁷².

¹⁶⁶⁸ Pérez Estrada, J. M., (2014). “La importancia de las medidas cautelares...”, op. cit., p. 2376. Vecina Cifuentes, J., (1995). “La trascendencia del *fumus boni iuris*...”, op. cit., p. 264. SSTS Sala 3ª, Sec. 4ª, nº 9901/00, Rec. 8520/96, FD 4; Sec. 6ª, nº 6993/02, Rec. 8451/99, FD 3 (principio de prueba que permita tener por verosímil *prima facie* las circunstancias que alega el interesado, distinción entre indicio y presunción).

¹⁶⁶⁹ STS Sala 3ª, Sec. 3ª, nº 1338/11 de 18-03-2011, Rec. 1698/10, FD 3.

¹⁶⁷⁰ ATS Sala 3ª, Pleno, nº 1192/06, de 28-04-2006, Rec. 47/06 y la jurisprudencia allí citada.

¹⁶⁷¹ González-Varas Ibáñez, S., (2020). “Sexta Parte. Disposiciones comunes a los Títulos IV y V. Capítulo XLVII. Medidas cautelares...”, op. cit.

¹⁶⁷² Como lo refleja las ya citadas STSJCV, Sala (Contencioso), Sec. 4ª, nº 235/20, Rec. 416/19, FD 5; nº 253/20, Rec. 478/19, FD 4; Sec. 3ª, nº 52/03, Rec. 394/02, respecto al embarazo y la acreditación el “peligro o riesgo”, para el mismo y la embarazada. En similares términos la SJCA nº 1 Bilbao nº 42/18, de 23-3-2018, Rec. 216/17. En términos similares se encuentran las pruebas de la determinación de la edad de los MENAS.

Estas posturas interpretativas y su grado de exigencia van más allá de una prueba indiciaria o semiplena, que permita una razonabilidad de su producción o concurrencia. Parecen obviar estas posturas, que en muchas ocasiones el/los interesado/s, se encuentra en una situación personal o patrimonial de carácter singular, que hace especialmente gravosa para él o para los terceros interesados, la aportación de la prueba con las exigencias antes enunciadas.

Lo anterior se convierte, como he expuesto, en una especie de obstáculo por acción de las autoridades estatales, en este caso por los órganos jurisdiccionales (tanto, contencioso administrativo, como de instrucción según las circunstancias, exigencias también recogidas en el Acuerdo del 2007 del CGPJ, respecto a las cautelarisimas), al exigir o requerir ese “*plus*” de cualidad de las pruebas, en espacios de tiempo mínimos, donde la ejecutoriedad del acto es inminente. Esto no es más que una manifestación de los tipos de obstáculo que señala el TEDH para un acceso efectivo y eficaz al recurso.

Similares obstáculos procesales ocurren, cuando se exige al actor que acredite con pruebas, porque agotó el plazo de los dos meses para la interposición del recurso contencioso administrativo y utiliza la vía de la medida cautelarísima, no basta con una exposición razonada, sino, que será menester comprobar, que no ha habido una actitud abusiva o negligente en el recurrente, que ha esperado a la inminencia de la ejecución del acto para pedir su adopción, sin advertir de su recurso a la Administración, haciéndose una presunción, de un mal actuar o mala fe procesal del recurrente, invirtiéndose la razonabilidad de la prueba, utilizando la misma como argumentos para desvirtuar la especial urgencia. En este sentido ratificar lo antes expuesto en cuanto a la doctrina jurisprudencial del TEDH, doctrina de imputabilidad de responsabilidad al justiciable por actuar con negligencia, lo cual requiere de un mayor análisis individualizado.

Como he dicho, la carga de la prueba la tiene el actor, quien ha de demostrar los extremos que pretende. Sin embargo, como hemos venido viendo, hay situaciones en que es la Administración demandada la que deberá de acuerdo con las reglas del art. 217 LEC acreditar los daños que se dice se causan al interés general. Ello concretamente en dos aspectos fundamentales, i), cuando el actuar antijurídico de la administración, es la causa del recurso, (supuestos de vía de hecho, *fumus mali iuris*, posición contumaz o desidia administrativa), aquí se desvanece la presunción de legalidad, o su discrecionalidad ha sido excesiva, ii), ante el incumplimiento de las obligaciones positivas de la Administración. Esto incluso lleva en determinados supuestos, como aquellos del art. 59 LOEX, MENAS, personas internadas en CIE, entre otros, a un cambio de la carga de la prueba, siendo en este caso responsabilidad de la Administración demostrar lo contrario.

La razonabilidad de la prueba se torna como cuestión fundamental, esa apreciación, valoración de la prueba realizada por el juzgador, abarca según la casuística un amplio espectro que comprende desde las consecuencias de la previsibilidad de la imposibilidad o excesiva dificultad de la reparación e irreversibilidad de los daños. Como he expresado, se hace difícil en determinados supuestos poder determinar y calcular los daños, la irreparabilidad o irreversibilidad de los mismos, por lo que dirigida la prueba a justificar la realidad del perjuicio y/o la dificultad o imposibilidad de su reparación, deberá el juzgador realizar su análisis de ponderabilidad o razonabilidad desde la perspectiva de la previsibilidad. De realizarse de manera contraria, como los ejemplos *supra* señalados, la medida sería ilusoria, dejaría de ser útil y necesaria.

Lo anterior conduce a ver cómo se comporta esa razonabilidad, esa apreciación de la prueba ante la notoriedad de determinadas situaciones, (derecho a la vida, tortura, retraso

educacional y psicológico, familia, vida privada, etc.). La notoriedad, puede ser solucionado a través del medio presuntivo normado en los art. 385 y 386 LEC, previa alegación razonada, fundada por el solicitante, acreditando sucintamente a través de los diferentes medios de prueba los hechos, demostrando así, el nexo causal entre la ejecución del acto impugnado y la solicitud de la medida cautelar y los daños que se puedan causar. Pero esto, por lo general, tampoco es viable en la materia en estudio. Se ha podido constatar, a través de toda la jurisprudencia citada, el alto nivel de exigencia al respecto, por lo que, los hechos de notoriedad, incluso de una notoriedad más que manifiesta, de un “*plus*” de notoriedad, no le son de aplicación los artículos antes citados de las presunciones.

En los supuestos de medidas cautelares donde actúen personas jurídicas, transportistas, empleadores, de acuerdo con las circunstancias del supuesto concreto, la prueba deberá estar encausada a la determinación del daño que se crea con el acto que se pretende suspender o adoptar una medida más proporcionada. En el primero, transportistas, se tendrán en cuenta factores objetivos antes señalados para la determinación de la cuantía de la caución, entre ellos, tipos de aeronaves, número de asientos, pruebas de buena reputación, cuentas auditadas, documentos financieros, total de personas transportadas, informes policiales, entre otros. En el segundo, empleadores, se tendrá en cuenta, total de trabajadores contratados según seguridad social, vida laboral, periodo de tiempo de la contratación ilegal, cuantía y periodos de tiempo dejados de cotizar a la seguridad social, afección a la productividad respecto al empleo concreto, o personal altamente calificado, informes de inspección de trabajo, informes policiales, entre otros factores.

Lo hasta aquí expuesto, lleva a una interrogante reflexiva, si por un lado, generalmente en una pieza de medida cautelar, se asocia la prueba referida a demostrar los presupuestos y exclusivamente los daños o perjuicio que se puedan ocasionar por la ejecución del acto. Señalándose, tanto, por la doctrina, como por la jurisprudencia, que no debe disponerse de ninguna otra prueba plena, que vaya al fondo del asunto (como la legalidad del acto, el objeto del mismo, quebrantamiento del principio de igualdad, o desviación de poder, etc.), atendiendo al carácter limitado del ámbito de conocimiento de la pieza separada, ¿cómo es posible que se exija por otro, una prueba plena, con las exigencias que la misma requiere, las cuales van enmarcadas al fondo del asunto?. Tal contradicción antagónica, desde el punto de vista procesal, no es más que otro mecanismo, que hace que el recurso de la medida cautelar, no sea efectivo y eficaz. De prevalecer el criterio de un nivel alto de exigencia probatoria para la adopción de la medida, conllevando a que la prueba sea más profunda, sólida y plena, sin lugar a duda la misma ha de converger con la prueba que estará dirigida a demostrar el fondo del asunto. Si ese nivel de exigencia probatorio alcanza el punto exigido, demostrará entonces al juzgador desde esa *prima facie*, que la prueba aportada, reúne todos los requisitos de solidez y plenitud, por ende, dicha prueba debe ser convincente y su razonabilidad más que suficiente para que en dicho momento procesal, por lógica jurídica, conduzca a la estimación de la solicitud.

En fin, si se exige por parte de la doctrina jurisprudencial especializada en la materia una prueba plena, para la razonabilidad de la solicitud de la medida cautelar, no se debe decir a su vez que se pretende con ella, entrar en el fondo del asunto y adelantar así, un fallo que corresponde al principal, ello constituye una disfunción o contradicción en dicha posición doctrinal- jurisprudencial, que finalmente da al traste con el efecto y eficacia del recurso.

En estrecha relación con la prueba, como forma de acreditación con fe pública, seguridad jurídica y solidez, es la medida cautelar de anotación preventiva en el RCE. Todos los efectos de publicidad que representa el mismo, pueden a su vez constituir un medio de prueba plena, la cual viene exigiendo la jurisprudencial al respecto.

Por último, respecto a las pruebas se ha de señalar que existe un grupo de pruebas documentales, consistente en informes, dictámenes o recomendaciones emitidas por organismos internacionales o nacionales que son fuentes de pruebas objetivas públicas, notorias¹⁶⁷³, que se han de tener en cuenta a la hora de determinar la intensidad, tanto, del *periculum in mora* como del *fumus boni iuris*.

CAPITULO V.- Ejecución de las medidas cautelares.

Los efectos o ejecución de las medidas cautelares adoptadas tenemos que verlas desde dos ópticas, i) en cuanto a su regulación procesal para su cumplimiento, es decir, art. 134.1 (ejecución de medidas cautelares¹⁶⁷⁴), en relación con los art. 103.1 y ss. (Ejecución sentencias), ambos LJCA¹⁶⁷⁵ y una ii) óptica como cierre de la efectividad de esta forma de recurso y tutela judicial efectiva, la tutela cautelar.

Como criterio general ha de recordarse que la ejecución provisional comporta anteponer su ejecución a la firmeza de las resoluciones (autos, sentencias), se alterar el orden secuencial lógico que vendría dado por la firmeza y tras la misma ejecutar la decisión en sus propios términos, después, evitando, de este modo, que pudieran producirse situaciones irreversibles que pudieran comprometer la ejecución definitiva. En atención a la finalidad expuesta, esta alteración del orden en la ejecución -cumpliendo el fallo de modo anticipado a su firmeza- se sujeta a una serie de exigencias, que ponen de manifiesto las garantías y prevenciones que han de observarse en esta materia, ya que aunque el derecho a la ejecución de las resoluciones firmes se integra en el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, dicho derecho, incluido el de ejecución provisional es un derecho de configuración legal por el legislador. Por lo que el mismo se encontrará sometido a los requisitos y garantías dictados por el legislador, tanto en interés de una buena administración de justicia, como en orden a la adecuada protección de los intereses de las partes en el proceso, aspectos estos que en definitiva (su procedencia o improcedencia) deben ser valoradas por los órganos judiciales¹⁶⁷⁶.

En cuanto a la ejecución de las medidas cautelares en su regulación procesal, considero existen tres momentos importantes dentro del proceso contencioso administrativo, estos momentos son totalmente diferentes, los mismos en la disciplina en estudio tienen una diferenciación muy importante que repercuten en esa efectividad mencionada en estrecha relación con el daño irreversible.

El primero de esos momentos es la acción de ejecución propiamente dicha de la medida cautelar adoptada de acuerdo al art. 134.1 LJCA (*El auto que acuerde la medida se*

¹⁶⁷³ STS Sala 3ª, Sec. 3ª, nº 1860/11 de 22-03-2011, Rec. 49/10, FD 2 y 3

¹⁶⁷⁴ El régimen de ejecución de los autos de medidas cautelares no debe buscarse en las normas generales sobre la naturaleza de los recursos y el carácter suspensivo o no de los mismos, sino en el propio art. 134.1 LJCA que impone la inmediata comunicación al órgano administrativo encargado de su cumplimiento.

¹⁶⁷⁵ Téngase en cuenta que respecto a la ejecución provisional en la LJCA interviene de forma supletoria la LEC en sus arts. 526 y ss., y arts. 731.1 y 738 de acuerdo con la Disposición Final Primera de la propia LJCA, así como a su Exposición de Motivos el principio general de la ejecución provisional.

¹⁶⁷⁶ STC, Sala 1ª, nº 87/96, de 21-05-1996, BOE nº 150 de 21-06-1996, FJ 3.

comunicará al órgano administrativo correspondiente, el cual dispondrá su inmediato cumplimiento), es decir, una ejecución totalmente voluntaria e inmediata por parte de la Administración, un cumplimiento voluntario de la Administración ante la resolución judicial. Dentro de este primer momento nos podemos encontrar la posición contraria de la Administración, el no cumplimiento voluntario e inmediato de lo dispuesto en el Auto de la medida cautelar, es decir, el incumplimiento del mandato del art. 134.1 LJCA, dando ello lugar al incidente de ejecución provisional o forzoso de la medida cautelar, el cual se podrá iniciar inmediatamente debido, i) a la propia naturaleza jurídica de las medidas cautelares en cuanto a su efectividad, ii) la propia redacción del art. 134.1 LJCA-*inmediato cumplimiento-* y iii) por la propia excepción que realiza el art. 134.1, cuando señala “*salvo el artículo 104.2*”, es decir, exceptúa lo referido a los dos meses que señala el art. 104.2 LJCA en cuanto a la ejecución forzosa de las sentencias¹⁶⁷⁷.

Una vez instada la ejecución provisional de la medida el Juez dicta Auto contra la Administración, a su vez puede emitir resolución para el cumplimiento forzoso del Auto. La incidencia de los art. 117.3 y 118 CE permiten establecer un sistema esencial de ejecución por el órgano jurisdiccional perfectamente aplicable a las resoluciones de medidas cautelares contra los órganos administrativos incumplidores, debiendo ser este último un fiel y estricto cumplidor de lo dispuesto por el órgano jurisdiccional, atendiendo a los principios ya mencionados de buena administración.

Un segundo momento es cuando la medida cautelar adoptada es recurrida por la Administración ante el tribunal superior y se solicita la acción de ejecución provisional de la misma por el interesado, en este momento no existe pronunciamiento de sentencia, aquí seguirá primando el art. 134.1 LJCA. En este momento del proceso debemos diferenciarlo del que se analizará en el Capítulo siguiente, sobre recurso de apelación y casación y la existencia de causa sobrevenida de pronunciamiento de sentencia sobre el asunto principal¹⁶⁷⁸.

Un tercer momento, parecido al anterior, pero a su vez diferente, es cuando estando vigente y ejecutada la medida adoptada pierde su efectividad o no (aquí no se ha producido recurso al tribunal superior sobre el auto de la medida cautelar adoptada, o si se produjo el resultado fue ratificando la medida), en dependencia del dictado de la sentencia resolviendo el asunto principal o finalizado el mismo de acuerdo con las formas

¹⁶⁷⁷ No se puede dejar pasar por alto que el art.104 LJCA permite un periodo de cumplimiento voluntario de la sentencia por parte de la administración, dos meses, que puede ser reducido si así lo dispone la sentencia, de lo contrario no se podrá solicitar ejecución forzosa. Es precisamente en este lapso donde teóricamente se puede hacer uso del art. 83.2 LJCA (medidas cautelares que sean pertinentes para asegurar la sentencia). Sala Sánchez, P., Xiol Ríos, J. A. & Fernández Montalvo, R., (2013). *Derecho procesal...*, op. cit., (T. VI, pp. 999-1000), se pronuncian los autores críticamente sobre el art. 104 LJCA, respecto al plazo de tiempo para la ejecución voluntaria por parte de la Administración, señalando que debería haber existido la posibilidad de que pudiese solicitar anticipadamente la ejecución forzosa de la sentencia, ya que existe una laguna que permite cierta inmunidad a la Administración. Esta problemática como veremos repercute también negativamente en el objeto de estudio en la presente especialidad.

¹⁶⁷⁸ Córdoba Castroverde, D., (2013). “Pérdida sobrevenida de objeto de los recursos de casación en materia de medidas cautelares en los supuestos de sentencias desestimatorias recaídas en la instancia”. Foro abierto. *RJD*, nº 2. <http://www.online.elderecho.com>, recuperado 14-12-2017.

previstas en la ley¹⁶⁷⁹, (finalización del proceso art. 132.1 LJCA)¹⁶⁸⁰. Aquí se ha de tener presente la parte dispositiva de la sentencia, si es estimatoria a las pretensiones del recurrente y por tanto en correspondencia con la medida adoptada y en vigor, existiendo una homogeneidad entre ambas, no existirán mayores contratiempos procesales, en este supuesto se solicitará la ejecución provisional de la sentencia, si es recurrida la misma.

Si la sentencia es desestimatoria¹⁶⁸¹ a las pretensiones iniciales del demandante, es decir confirmatoria del acto administrativo impugnado¹⁶⁸², genera una serie de controversias

¹⁶⁷⁹ También cesarán las medidas cautelares cuando el procedimiento concluya por cualquiera de las formas previstas en los art. 74 y ss. LJCA (desistimiento, allanamiento, transacción o satisfacción extraprosesal).

¹⁶⁸⁰ Para una mejor comprensión de lo que se dirá en este capítulo y en el siguiente es necesario señalar los antecedentes parlamentarios del presente art. 132 LJCA en cuanto a la definición de vigencia de las medidas cautelares. Resulta del trámite parlamentario, que la intención del legislador fue la de vincular la vigencia de las medidas cautelares a la del propio proceso y no a la de cada instancia procesal. Así, la redacción originaria del Proyecto de LJCA no contemplaba específicamente ninguna regla dedicada a la duración de las medidas cautelares y sí solo a la posibilidad de su modificación o revocación (art. 124.4, BOCG, Congreso de los Diputados, de 18/6/97, p. 35). La primera versión del actual art. 132 se debe a la enmienda nº 26 del Grupo Parlamentario Vasco, durante la tramitación en el Congreso, que proponía un art. 128 similar en su apdo. 2º del vigente art. 132.2 y que en el nº 1 declaraba en su primer inciso: “Las medidas cautelares estarán en vigor hasta que termine la instancia procesal en la que se hayan acordado” (BOCG, Congreso, de 24/11/97, p. 60). En el trámite en la Cámara Alta, el Grupo Parlamentario Popular en el Senado, a través de la enmienda nº 142, propuso la actual redacción del precepto con la justificación de que la redacción del Congreso obligaba a las partes a tramitar incidente de medidas cautelares “en cada instancia procesal del procedimiento, primera instancia, apelación, en su caso, casación. Esta solicitud no hace sino complicar innecesariamente el procedimiento, pudiendo perfectamente mantener las medidas cautelares acordadas por el Juzgado unipersonal o Sala correspondiente... hasta que en el mismo recaiga sentencia firme o finalice en cualquiera de las formas posibles” (BOCG, Senado, de 6/5/98, p. 91).

¹⁶⁸¹ Sobre la problemática de las sentencias desestimatorias. Berberoff Ayuda, T. D., (2020). “Intervención judicial en la ejecución de sentencias desestimatorias”. Foro abierto. (Coord.) D. Córdoba Castroverde, RJD, nº 2, <http://www.online.elderecho.com>, recuperado 22-06-2020. Previamente el mismo autor y coordinación Córdoba Castroverde, D., (2016). “La ejecución de sentencias confirmatorias de actos administrativos. La autorización judicial de entrada de domicilio ¿a quién ha de pedirse?” Foro Abierto RJD, nº 2, <http://www.online.elderecho.com>, recuperado 14-12-2017. De la Cruz Mera, F., (2013). “Pérdida sobrevenida de objeto de los recursos de casación en materia de medidas cautelares en los supuestos de sentencias desestimatorias recaídas en la instancia”. Foro abierto. (Coord.) D. Córdoba Castroverde, RJD, <http://www.online.elderecho.com>. Recuperado 14-12-2017. Sala Sánchez, P., Xiol Ríos, J. A. & Fernández Montalvo, R., (2013). Derecho procesal..., op. cit., (T. VI, pp. 984-989). Santamaría Pastor, A., (2010). La Ley reguladora de la Jurisdicción..., op. cit., p. 1298. Requero Ibañez, J. L., (2005) “Ejecución de sentencias en la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa.” Cuadernos de derecho local, (nº 8), pp. 33-49. Con anterioridad Fernández Rodríguez, T. R., (1974). “Algunas reflexiones sobre las formas indirectas e incumplimientos por la administración de las sentencias de los tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”. RAP, (nº 73), pp. 151-177.

¹⁶⁸² Téngase en cuenta que en la presente especialidad existen determinados supuestos en que el acto de la Administración tiene un contenido declarativo, en este sentido parte de la doctrina y la jurisprudencia consideran que en estos supuestos la desestimación de las pretensiones del recurrente no hacen necesario la ejecución de la sentencia ya que la misma declara la validez del acto impugnado sin modificar su contenido, en principio el cumplimiento de la sentencia se agota con esa sola declaración, en esta línea Santamaría Pastor, A., (2010). *La Ley reguladora de la Jurisdicción...*, op. cit., p. 1298, al señalar que “*Parece elemental que (...) las sentencias desestimatorias no precisan ni admiten ejecución provisional de ningún tipo, por cuanto no operan modificación alguna en el estado de cosas creado por la actuación administrativa que se impugnó...*”. STS, Sala 3ª, Sec. 5ª nº 5712/99 de 22-9-99, Rec. 6211/97, FD 3. A su vez existen otras opiniones como la De la Cruz Mera, F., (2013). “Pérdida sobrevenida...”, op. cit., señala “*que desde una perspectiva intraprosesal, es indudable que, habiéndose adoptado durante la tramitación del litigio alguna medida cautelar, la sentencia desestimatoria del recurso tendrá cuando menos una virtualidad ejecutiva, la que supone el levantamiento o cese de la medida cautelar adoptada; y si es*

jurídicas, que pueden provocar al interesado cierta hilaridad¹⁶⁸³. Se crean tres aspectos neurálgicos, i) si la sentencia es condenatoria o declarativa, determina su forma de ejecución o no, como parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (se ejecuta el acto autotutela administrativa o se ejecuta la sentencia, o se ejecuta la sentencia, ejecutando el acto no en virtud de la autotutela ejecutiva, sino en ejecución de sentencia; y una vez ejecutada, se le comunicará al órgano jurisdiccional o puede ser objeto o no, de ejecución provisional¹⁶⁸⁴); ii) conflicto entre el auto de la medida cautelar adoptada a favor del recurrente, vigente al momento de dictarse la sentencia desestimatoria; iii) sentencia desestimatoria de las pretensiones del recurrente, medida cautelar desestimada

innegable que esta consecuencia se produce cuando la sentencia es firme (art. 132.1 LJCA)”. En este sentido STS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 5595/08 de 20-10-2008, Rec. 5719/07, FD 3-4, que señala que la Administración debería iniciar la posibilidad de solicitar su ejecución provisional, exponiendo claramente que las sentencias desestimatorias también son ejecutables. En similares términos, SSTSJA (Sede Granada), Sala (Contencioso), Sec. 4ª, nº 2567/17 de 21-12-2017, Rec. 872/17, FD 2-3, ejecución provisional sentencia autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales; nº 2602/17, de 21-12-2017, Rec. 940/17, FD 1; nº 839/16 de 21-03-2016, Rec. 740/15, FD 3 (en similares términos a la anterior) y STSJA (Sede Sevilla) Sala (Contencioso), Sec. 4ª, nº 1003/17 de 16-11-2017, Rec. 699/17, FD 4-5, ambas consideran que la inejecutabilidad provisional de las sentencias meramente declarativas que ordena el art. 525 LEC en relación con el art. 708 de la misma norma, no es de aplicación al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, en el que la Administración actúa normalmente a través de declaraciones de voluntad que -esto es lo importante- no tienen carácter personalísimo, y en el que la propia LJCA ya contempla, precisamente en ejecución provisional de sentencias, la emisión de tales declaraciones de voluntad, tal y como es de ver en su art. 106.5. Por lo que no se puede afirmar de forma categórica que las sentencias desestimatorias no son ejecutables y no impide que puedan suscitarse incidentes de ejecución, máxime si se hubiese adoptado durante la tramitación del litigio alguna medida cautelar favorable al recurrente, la sentencia desestimatoria de la demanda tendrá cuando menos una virtualidad ejecutiva, la que supone el levantamiento o cese de la medida cautelar adoptada; únase a ello que se puede interponer recurso impugnativo contra la sentencia, por tanto, la sentencia no sería firme (art. 132.1 LJCA). Cosa distinta es que el art. 132.1-2 LJCA no constituye obstáculo alguno para poder aplicar en el modo que proceda las previsiones que sobre ejecución provisional de sentencias que contienen en los arts. 84 y 91 LJCA. Cuando se insta ejecución provisional o definitiva de una sentencia, su régimen normativo se superpone, desplazando al régimen normativo propio de las medidas cautelares, pudiendo así acordarse en ejecución provisional o definitiva otras medidas cautelares, situación que puede ser un estado de cosas distinto e incluso contrario al que en su día se acordó en el incidente cautelar. Al respecto con opinión crítica sobre esa forma de interpretación rígida Sala Sánchez, P., Xiol Ríos, J. A. & Fernández Montalvo, R., (2013). Derecho procesal..., op. cit., (T. VI, pp. 984-989), referenciando a Álvarez-Cienfuegos e interpretando el art. 132 LJCA y art. 731.1 LEC, consideran que el criterio jurisprudencial sostenido hasta la actualidad a pesar de la entrada en vigor de la LJCA, en virtud del cual, cuando se dicta sentencia, aunque no sea firme, lo acordado en la pieza separada queda desprovisto de virtualidad, ante la eventual solicitud de ejecución provisional, debe ser inaplicable por ser obsoleto. Sobre estos aspectos se volverán a insistir más adelante.

¹⁶⁸³ Cudero Blas, J., (2013). “Pérdida sobrevenida de objeto de los recursos de casación en materia de medidas cautelares en los supuestos de sentencias desestimatorias recaídas en la instancia”. Foro abierto. (Coord.). D. Córdoba Castroverde, *RJD*, <http://www.online.elderecho.com>, recuperado 14-12-2017.

¹⁶⁸⁴ En estrecha relación Vid. notas 1678 y 1681 sentencias desestimatorias condenatorias a las pretensiones del demandante, confirmatorias del contenido del acto administrativo impugnado y la valoración de la ejecución provisional o no de la sentencia por la Administración al ser está recurrida se ha de tener presente la STC Sala 2ª, nº 92/13 de 22-04-2013, BOE nº 123 de 23-05-2013, FJ 5, párrafos del 4-6 (*mutatis mutandis*) y la jurisprudencia allí citada, ratifica que corresponde a los Juzgados y Tribunales, con carácter exclusivo, la función de ejecutar lo juzgado “*en todo tipo de procesos*”, arts. 117.3 y 118 CE, rompiéndose así con situaciones precedentes en las que la Administración retenía la potestad de ejecución de sus propios actos (principios constitucionales de autotutela administrativa-ejecutividad/ejecutoriedad, ejecución forzosa, sin necesidad de auxilio judicial)-, es decir, cuando existe sentencia firme requiere de ejecución judicial. Lo señalado es de relevante importancia debido al desarrollo argumentario que se sostendrá más adelante respecto a los art. 83, 84, 91, 132, 134 todos de la LJCA en relación con el art. 731.1 LEC.

(existencia de homogeneidad). La medida desestimada recurrida, existencia de causa sobrevenida perdida de la efectividad del recurso de apelación o casación contra auto desestimatorio de la medida al ser dictada la sentencia desestimatoria (se analizará en el Capítulo siguiente, sobre recurso de apelación y casación).

En este maremágnum de situaciones polémicas tiene una significada relevancia que la sentencia se pronuncie en cuanto a la existencia, mantenimiento o no, de las medidas cautelares adoptadas en el proceso. Únase a lo anterior, la no firmeza de la sentencia desestimatoria y la posibilidad o no de su solicitud de ejecución provisional por la Administración.

Puntualizado los aspectos anteriores, seguidamente analizare los mismos desde el objeto de estudio de nuestra investigación.

5.1- Consideraciones previas.

La ejecución de los autos de medidas cautelares ha de atemperarse a las reglas comunes que sobre la ejecución de sentencias que contiene el Capítulo IV del Título IV LJCA. Remisión en bloque¹⁶⁸⁵ que lo señala el propio art. 103.1 LJCA, cuando expone “*La potestad de hacer ejecutar las sentencias y demás resoluciones judiciales...*”, con la ya expresada excepción del art. 104.2. Esta fórmula legislativa como se ha expuesto puede implicar ciertos problemas interpretativos, todos con soluciones diferentes, la clave para su adecuada interpretación y solución radicará en atender de modo específico a la provisionalidad de las medidas cautelares, su inmediato cumplimiento y su vigencia limitada hasta que sea dictada, notificada y sea firme la sentencia, todo ello unido a lo hasta aquí analizado, la efectividad y eficacia de la tutela cautelar como parte de la tutela judicial efectiva. Es la interpretación de los arts. 132 LJCA, en relación con los art. 207.2 LEC (resoluciones firmes) y art. 731.1 de la misma norma (el no mantenimiento de las medidas cautelares cuando el proceso o procedimiento principal haya terminado por cualquier causa, salvo que se trate de sentencia condenatoria o auto equivalente, dicha salvedad ratifica el mantenimiento de las mismas hasta que transcurra el plazo de veinte días posteriores a aquel en que la resolución de condena sea firme, art. 548 LEC).

El carácter ejecutivo inmediato de los autos de medidas cautelares materializa el principio de la efectividad de las medidas cautelares impidiendo así demoras y los posibles daños irreversibles, se aviene con el designio y función de evitar o atenuar el *periculum in mora*.

Como se ha dicho, la medida de suspensión es la clásica medida, debe ser inmediatamente ejecutiva (art. 134 LJCA, inmediato cumplimiento¹⁶⁸⁶), ello de modo similar a como la hacía el art. 125 de la Ley de 1956, sin embargo, no siempre es así, sino que la Administración no cumple el contenido dispositivo del auto, tanto, de la propia suspensión, como de otros tipos de medidas adoptadas, como pueden ser las medidas positivas. La materia en estudio no es una excepción, presentándose igualmente irregularidades por parte de la Administración que van, desde el propio incidente de ejecución provisional ante los órganos jurisdiccionales, hasta la propia reticencia de la Administración en el cumplimiento de la resolución judicial, ejemplos de ello, no querer

¹⁶⁸⁵ Santamaría Pastor, A., (2010). *La Ley reguladora de la Jurisdicción...*, op. cit., p. 1314, un “procedimiento cómodo que ahorra al legislador entrar en detalles fatigosos” pese a que hay entre estos artículos “preceptos claramente inadecuados a la ejecución de autos sobre medidas cautelares”.

¹⁶⁸⁶ Cara Fuentes E. I. (2014). *Medidas cautelares y jurisdicción contencioso administrativa...*, op. cit., p. 111.

dictar nuevas resoluciones provisionales en correspondencia con el auto judicial o hacer el TIE, o no suspender el acto de expulsión por encontrarse el justiciable en una fase de la ejecución muy avanzado (subido el ejecutado en un avión a punto de despegar). Estos y otros aspectos serán analizados a continuación en cuanto a la especialidad en estudio.

5.2- Ejecución del Auto de medida cautelar. Su ejecución provisional.

En lo que atañe a la vigencia y ejecución provisional de las medidas cautelares en la especialidad en estudio son de aplicación las reglas generales antes citadas de la LJCA (art. 132 en relación con el art. 207.2 LEC). Los autos de medidas cautelares deben ser cumplidos y ejecutados inmediatamente una vez adoptados y surtiría todos sus efectos de forma plena, perdurarían hasta que se dictase sentencia que pusiera fin al proceso o se hiciese firme, o en su caso, por cualquier otro medio de los previsto en ley. Si el auto de la medida cautelar adoptada es recurrido al tribunal *ad quem* se puede solicitar por la parte interesada la ejecución provisional mientras es recurrido el citado auto¹⁶⁸⁷, ello no es más que la efectividad de la medida adoptada y la necesidad de la ejecución de los autos de las medidas en sus propios términos de forma rápida efectiva y eficaz. Existe en este momento procesal una resolución judicial, lo cual conlleva un *plus* añadido, ya no se trata del acto administrativo, sino del cumplimiento del contenido de una resolución judicial, competencia exclusiva del juzgador. Si la ejecución se demora y hay que instar el incidente de ejecución provisional de manera forzosa, como desgraciadamente ocurre en muchos de los casos de la especialidad tratada, la medida adoptada pierde así mismo su propia *ratio essendi*, es decir, su razón de existir, conculcándose el derecho a la tutela judicial efectiva.

Unido a la demora se encuentran otras actitudes y reticencias por parte de la Administración que tergiversan los términos de la ejecutoria, por tanto, vulneran las garantías del cometido del auto de la medida cautelar, es decir, la Administración no lleva a cabo el cumplimiento de lo dispuesto en el auto de la medida cautelar con la necesaria diligencia, obstaculizando el cumplimiento de lo acordado, dándose situaciones preocupantes consistentes en que los órganos jurisdiccionales encargados de llevar a cabo sus propias decisiones e incidentes de ejecución se hacen en determinados supuestos copartícipes de las actitudes de la Administración, atentando ambos, en contra del derecho a una buena administración, tanto la de justicia, como la de la propia Administración, que en esencia le corresponden a ambas, cumplir las medidas que le corresponden de acuerdo con sus competencias.

El maremágnum de situaciones polémicas antes señaladas suscita determinados problemas que finalmente revierten en el extranjero recurrente, el no cumplimiento de la medida cautelar adoptada en los términos y momentos propicios se convierten finalmente en su propia antinomia, el daño irreparable e irreversible finalmente se materializa, no se cumple asegurar la efectividad de la sentencia o del recurso. Un botón de muestra de ello es lo referente a los supuestos donde es suspendido el acto de expulsión o salida obligatoria y a pesar de ello, -por las circunstancias que sean, se han hecho referencia a ello con anterioridad- el acto administrativo es ejecutado o cuando se adopta una medida cautelar positiva de autorización de residencia y trabajo o estudio y no se quiere emitir nueva resolución administrativa regulando dicha autorización provisional u otorgar el nuevo TIE provisional, impidiendo o limitando así al justiciable extranjero determinadas libertades fundamentales, tales como, la de circulación o propiamente patrimoniales,

¹⁶⁸⁷ STC Sala 1ª, nº 67/84, de 7-06-1984, BOE nº 165, de 11-07-1984, FJ 2-3.

como no poder acceder a sus cuentas bancarias, entre otras. Aún se torna mucho más complejo el control y ejecución de los autos dictados en medidas cautelarísimas, atendiendo a su especial urgencia y a las circunstancias que generalmente existen cuando se dan las mismas, dicho en otras palabras, es extremadamente difícil y complejo para el propio órgano jurisdiccional poder controlar, (p. ej.), un auto de suspensión de expulsión, cuando el ciudadano extranjero se encuentra en esos momentos en puesto fronterizo para su salida.

El incumplimiento voluntario por parte de la Administración de la medida adoptada no lleva otro remedio procesal que instar el incidente de ejecución forzosa de dichas medidas cautelares. En dicho cumplimiento de acuerdo con las reglas citadas, lo determinante continúa siendo, si dicha ejecución forzosa es eficaz y efectiva, vista en esta fase judicial con el mismo rigor exigido de celeridad o rapidez, calidad, acceso real al control no meramente formal de la Administración.

Para que la Administración no cumpla con su obligación deberá en todo caso contar con un pronunciamiento expreso acordando el levantamiento de la medida cautelar o que se haya dictado sentencia confirmatoria del acto impugnado, es decir desestimatoria de las pretensiones del recurrente, mientras la misma no sea recurrida¹⁶⁸⁸ o finalizado el proceso de acuerdo con las formas previstas en la ley.

Como he señalado, por sencillo que parezca lo anterior, sigue siendo en la actualidad¹⁶⁸⁹ un tema polémico el cual no es baladí, en este sentido, como señala BERBEROFF AYUDA, refiriéndose a la “frontera” entre la “medida cautelar” y la “ejecución provisional de la sentencia desestimatoria”, desde el punto de vista de la “eficacia” y de su proyección en el recurso contencioso administrativo resulta una “frontera tenue” que recrea un “silogismo jurídico”¹⁶⁹⁰, que parece dejar desprotegido a una de las partes del proceso. De esta misma debilidad de frontera y silogismo jurídico se hace eco la especialidad en estudio, incluso como he señalado, mucho antes del propio dictado de la sentencia, es decir, esa eficacia, va perdiendo su propia efectividad desde el mismo momento en que la propia medida cautelar adoptada no puede ser ejecutada o se interponen trabas u omisiones por la Administración, o acomete acciones totalmente desobedecedoras de la autoridad judicial.

¹⁶⁸⁸ Requero Ibañez, J. L., (2005) “Ejecución de sentencias...”, op. cit., pp. 33-49. Señala el profesor Requero Ibañez que mientras la sentencia no sea firme la Administración demandada no goza aún de la autotutela que le brinda la estabilidad derivada de la firmeza, toda vez que si bien su acto o disposición, goza de legitimidad o vigencia, la misma es interina o provisional en la medida que será el Juez o Tribunal quien decida.

¹⁶⁸⁹ Berberoff Ayuda, T. D., (2020). “Intervención judicial...”, op. cit. Del mismo autor y coordinación Córdoba Castroverde, D., (2016). “La ejecución de sentencias...”, op. cit.

¹⁶⁹⁰ Berberoff Ayuda, T. D., (2013). “Pérdida sobrevenida de objeto de los recursos de casación en materia de medidas cautelares en los supuestos de sentencias desestimatorias recaídas en la instancia”. Foro abierto. (Coord.). D. Córdoba Castroverde. *RJD*, n° 2. <http://www.online.elderecho.com>, recuperado 14-12-2017.

Acotados los puntos anteriores se analizará el alcance de la ejecución provisional de las medidas cautelares¹⁶⁹¹ en los momentos enunciados, hasta que sea dictada la sentencia que ponga fin al proceso, sea declarada firme y se decida su ejecución¹⁶⁹².

5.2-a) La ejecución de la medida cautelar de acuerdo con el art. 134.1 LJCA.

Como he señalado adoptada la medida cautelar la acción de ejecución de la propia medida cautelar ha de ser voluntaria, una ejecución sin mayores contratiempos atendiendo al cumplimiento voluntario de la administración de la resolución judicial, es decir, la Administración cumple voluntariamente lo dispuesto en el Auto de la medida cautelar.

5.2-b) La no ejecución de la medida cautelar de acuerdo con el art. 134.1 LJCA.

La no ejecución de la medida cautelar en los términos acordados y de acuerdo con el art. 134.1 LJCA, trae como consecuencia la no efectividad de la justicia cautelar, su ineficacia, trayendo como consecuencia precisamente los graves perjuicios por lo que fue adoptada.

Es precisamente la naturaleza de lo reclamado y la efectividad de la medida lo que hace que se vuelve complejo en la especialidad que nos ocupa cuando la Administración no cumple voluntariamente lo dispuesto en el auto de la medida cautelar, ya sea una suspensión o medida cautelar positiva o aquella que sea efectiva para asegurar el cumplimiento de la sentencia, procediéndose a pesar de ello a la ejecución del acto administrativo, desobedeciendo el mandato judicial. Un botón de muestra es la suspensión de una expulsión y que la Administración proceda a su ejecutoriedad, esto como hemos visto se dan con mayor frecuencia en las medidas cautelarísimas. La crítica a la presente situación se centra en las ya expuestas *supra* en cuanto a las medidas cautelarísimas, además de que llegado este momento procesal, el Juzgador ya ha sometido a análisis y valoración proporcional el interés general, con los intereses individuales y ha considerado que la suspensión o adopción de cualquier otra medida, no concurre causas de imposibilidad material o legal para ejecutar la misma, como tampoco concurren causas de utilidad pública o de interés social o peligro cierto de alteración grave del libre ejercicio de los derechos y libertades para el resto de los ciudadanos o el temor fundado del quebranto de la integridad del territorio nacional para no cumplir la medida. Si en todo caso existieran dichas circunstancias y la medida de suspensión hubiese sido adoptada de acuerdo con el art. 135.1-a) LJCA (*inaudita parte*), la lógica y obligación procesal, en todo caso conduce a que dichas circunstancias sean expuestas en la audiencia o comparecencia destinada al efecto, pero nunca la ejecución del acto suspendido.

Son en este tipo de supuesto donde en el incidente de ejecución cautelar se mide la efectividad real de la tutela cautelar, pues en cumplimiento de todos los principios antes expuesto el órgano jurisdiccional deberá exigir a la Administración que se ejecute la medida en sus propios términos, por lo que suspendido el acto en este caso deberá obligarse a la Administración, como señala el art. 108.1-a)- b) LJCA (en cuanto a la sentencia), ejecutar en este caso la medida a través de sus propios medios o requiriendo la colaboración de las autoridades y agentes de la Administración condenada o, en su

¹⁶⁹¹ López García, C., (2006). “Medidas cautelares y ejecución provisional de sentencia en el proceso contencioso-administrativo”. *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, (nº 5), *Sección Comentarios de jurisprudencia*. Madrid: La Ley. Requero Ibañez, J. L., (2005) “Ejecución de sentencias...”, op. cit., pp. 33-49.

¹⁶⁹² Vid cita 358, STC Sala 2ª, nº 92/13, FJ 5.

defecto, de otras Administraciones públicas o en su caso como señala el propio 108.1-b) LJCA, “adoptar las medidas necesarias para que el fallo adquiriera la eficacia que, en su caso, sería inherente al acto omitido”.

Continuando con esta misma sistemática, de ser el incumplimiento de la Administración el resultado de una actuación contumaz o de su desidia, podrá el juez o tribunal a instancia de los interesados, proceder a reponer la situación al estado exigido por el fallo de la medida y determinará los daños y perjuicios que ocasionare el incumplimiento. En igual sentido si es acreditada singularmente dicha responsabilidad, podrá el Juez o la Sala imponer multas coercitivas, sin perjuicio de otras responsabilidades patrimoniales a que hubiere lugar y en su caso deducir el oportuno testimonio de particulares para exigir la responsabilidad penal que pudiera corresponder, todo ello en correspondencia con el art. 112 LJCA.

5.2-c) La ejecución provisional de la medida cautelar ante recurso apelación.

Como se anunció existe un segundo momento en el *iter* de la medida cautelar a tener en cuenta, la ejecución provisional del Auto de medida cautelar adoptada, cuando contra dicho auto la Administración interpone un recurso de apelación o casación en correspondencia con el tipo de asunto. Recordando que en este momento no existe pronunciamiento de sentencia, aquí seguirá primando el art. 134.1 LJCA por lo que se ha de diferenciar de lo que se expondrá en el Capítulo siguiente, sobre recurso de apelación y casación y la existencia de causa sobrevenida de pronunciamiento de sentencia sobre el asunto principal, máxime cuando la misma es desestimatoria de las pretensiones de recurrente.

De interponer la Administración el recurso impugnativo correspondiente contra el Auto de medida cautelar adoptada, no impiden la ejecución provisional del mismo, atendiendo al atemperamiento de las reglas comunes que sobre la ejecución de sentencias que contiene el Capítulo IV del Título IV LJCA. En este sentido también las partes procesales, los terceros interesados y las personas afectadas por el fallo de la medida pueden solicitar la ejecución provisional de la misma¹⁶⁹³.

Como he señalado *supra* la ejecución provisional es un derecho de configuración legal que comporta anteponer su ejecución a la firmeza de las resoluciones (autos, sentencias). Por lo que el mismo se encontrará sometido a los requisitos y garantías dictados por el legislador desarrollados por la jurisprudencia. Esos requisitos y circunstancias son los siguientes, a) expresa solicitud de la parte vencedora en la instancia, que se ha producido, b) prestación de caución suficiente para responder de los posibles perjuicios que pudieran ocasionarse, c) la consideración razonada de la reparabilidad de dichos perjuicios y la reversibilidad de lo provisionalmente ejecutado, d) ha existido un control jurisdiccional pleno del acto impugnado.

Atendiendo a lo anterior el interesado actor ejecutante provisional de la medida deberá realizar expresa solicitud fundando los motivos de su ejecución provisional y los daños que se causarían de no ser ejecutada a la espera de la solución del recurso impugnativo interpuesto, es decir, se ha de destacar el *periculum in mora*. En este momento procesal el *fumus boni iuris* se encuentra reforzado y consagrado por el propio auto que se pretende

¹⁶⁹³ Escudero Herrera, C. M, (2005). “La legitimación en el proceso de ejecución contencioso-administrativa”. Diario La Ley, (nº 6186), Sección Doctrina, <http://diariolaley.laley.es>. Recuperado 25-02-2019.

ejecutar debido a que ha existido un control jurisdiccional pleno del acto impugnado. Respecto a la prestación de caución suficiente para responder de los posibles perjuicios que pudieran ocasionarse, nos remitimos al Capítulo 3.3.3 antes estudiado sobre la caución. En cuanto a la consideración razonada de la reparabilidad de dichos perjuicios y la reversibilidad de lo provisionalmente ejecutado, se somete al mismo *test* de proporcionalidad/razonabilidad antes estudiado, por demás la reparabilidad de los posibles perjuicios y la reversibilidad de lo provisionalmente ejecutado ya también ha sido controlado por el juzgador previamente al momento de dictar el auto concediendo la medida.

Cosa distinta son aquellos supuestos en que la solicitud de la medida cautelar es desestimada y el interesado o terceros interesados sean los que interpongan el recurso de apelación o casación contra dicho auto. Al respecto es trasladable la misma doctrina referenciada en cuanto a la sentencia desestimatoria, prevaleciendo el criterio que no es necesario la ejecución provisional del auto de la medida cautelar desestimatorio por parte de la Administración, pues el Auto no suspensivo atendiendo a la naturaleza jurídica de las medidas y en cierta medida da las razones sobre la legalidad provisional del acto administrativo impugnado. Por lo que aquí, al no existir aún sentencia, el acto administrativo puede ser ejecutado, por la propia autotutela ejecutiva de la Administración. Dentro de estas circunstancias cuestión diferente es que el acto administrativo vaya a ser ejecutado forzosamente por la Administración y que el mismo sea susceptible de producir situaciones irreversibles o perjuicios de imposible reparación, ante lo cual se podrá recurrir a la figura recogida en el art. 135 LJCA. Se puede alegar de contrario que tal reiteración no es necesaria, que existe un abuso de derecho debido a que precisamente en la pieza de la medida se han ponderado dichas situaciones irreversibles o perjuicios de imposible reparación, cuestión que como señalamos *supra* no se comparte al poder existir nuevas circunstancias, i) nos encontramos ante un nuevo incidente, en este caso en el de ejecución provisional de una resolución judicial (auto) y ante su urgencia requiere la valoración de los presupuestos ya estudiados al respecto, por lo que se han de cumplir los presupuestos legales exigidos para el mismo, ii) pueden existir cambios de circunstancias¹⁶⁹⁴ que no han podido ser expuestas con anterioridad, por tanto, en garantía de la tutela judicial efectiva deben ser presentadas en el incidente, y iii) en todo caso, como se verá más adelante estará latente el resultado del recurso de apelación.

5.3- Vigencia de la medida cautelar una vez dictada sentencia.

En línea con lo que acabamos de exponer, pero añadiendo la casusa sobrevenida del dictado de la sentencia, nos conduce al análisis de la débil frontera entre la vigencia de la medida cautelar adoptada y el dictado de la sentencia. Siendo diferente el análisis si la misma es estimatoria o desestimatoria, incluso si es recurrida o ejecutada provisionalmente.

¹⁶⁹⁴ Se ha de tener presente la complejidad de los actos en la materia en estudio (convergencia de actos originarios propios, complejos y compuestos), de los cuales no siempre se presentan en su modalidad tradicional de impugnación dirigida contra un acto expreso o presunto de la Administración, sino que caben supuestos de significación bien distinta, como es el recurso frente a la inactividad de la Administración o frente a actuaciones materiales que constituyan vía de hecho (ver la ya mencionada STS Sala 3ª Sec. 6ª, nº 5507/13 Rec. 875/11, FD 2-3). Como se ha visto la Administración puede sencillamente desistir de ejecutar su decisión cuya validez ha sido respaldada en vía jurisdiccional, o, inicia luego los trámites para la revocación de ese mismo acto, o para su revisión de oficio o simplemente proceder a su ejecutoriedad.

En opinión de GONZÁLEZ-VARA IBÁÑEZ, llegado este momento, las medidas cautelares ya no son un remedio frente al problema esencial de la justicia tardía del contencioso-administrativo, pues en muchos casos esta puede carecer de efecto útil¹⁶⁹⁵. De seguir la sentencia un criterio contrario a la cautelar se genera en el recurrente un cambio de circunstancias en el orden negativo, al consolidarse el objeto del proceso a favor de la Administración. Las diferentes consecuencias que generen la situación antes dicha estarán en correspondencia según el tipo de procedimiento administrativo inicial y acto administrativo impugnado.

Como veremos la vigencia de la medida cautelar una vez dictada sentencia que resuelve fondo del asunto será diferente en un supuesto u en otro. Existirá homogeneidad ente la medida adoptada y sentencia estimatoria¹⁶⁹⁶, en igual sentido en la medida no adoptada y la sentencia desestimatoria de las pretensiones del recurrente y confirmatorias del acto administrativo. La controversia se centra en aquellos supuestos donde la sentencia es desestimatoria de las pretensiones del recurrente y por tanto contraria a la medida previamente adoptada. A este grado de determinación de la vigencia de la medida cautelar una vez dictada sentencia desestimatoria se une el recurso impugnativo que se pueda presentar contra la misma y la ejecución provisional de la sentencia, de ser instada por la Administración. La cuestión por determinar es si se produce o no un desplazamiento¹⁶⁹⁷ de la medida adoptada y vigente por la sentencia desestimatoria dictada, impugnada y ejecutada o no provisionalmente.

Para poder tener una adecuada proyección de los antes dicho es evidente que hay que tener una visión clara de la supuesta contradicción entre las siguientes manifestaciones de la tutela judicial efectiva: medida cautelar, sentencia desestimatoria, impugnación sentencia y ejecución provisional de la misma. Se ha de partir y tener presente tres criterios, i) el proceso ha superado la fase cautelar, se ha resuelto fondo del asunto, se entra en fase procesal impugnativa y de ejecución, quedando supuestamente desplazada la primera, perdiendo así dicha resolución parte de su efectividad¹⁶⁹⁸, pero no aquellos

¹⁶⁹⁵ González-Varas Ibáñez, S., (2019). “Las limitaciones de las cautelares...”, op. cit., pp. 169-192.

¹⁶⁹⁶ En este sentido hay autores como Iglesias Canle, I. C., (2016). *Recursos en el proceso contencioso-administrativo*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 82-83, que plantean que, en este supuesto homogeneidad entre la medida adoptada y la sentencia estimatoria, no es necesaria la ejecución provisional, no resulta de interés para el recurrente, porque se consigue el mismo efecto con la pervivencia de la medida cautelar de suspensión del acto administrativo. Ello en la especialidad en estudio no es del todo ajustado, atendiendo al tipo de acto administrativo recurrido y las consecuencias de este, debiéndose además tener presente que la sentencia puede ser recurrida hasta casación. Una muestra de ello sería aquellos supuestos de actos administrativos complejos, compuestos, conexos (ya sean propios o impropios), sanción de expulsión, el cual lleva aparejado la extinción de oficio de cualquier tipo de autorización de residencia. De haber sido adoptada una medida de suspensión de la expulsión, pero no adoptada medida cautelar positiva de continuación provisional de la autorización de la residencia, llegado el momento de la anulación del acto de expulsión por la sentencia evidentemente se mantendrá la suspensión de la expulsión, pero se tendrá que instar en la ejecución provisional de la sentencia aquellas medidas efectivas para la continuidad de la autorización de residencia. (arts. 83.2 y 84.1 ambos LJCA). AJCA nº 3 Granada nº 661/20 de 28-10-2020, PA 1711/19, ejecución provisional de sentencia estimatoria revocatoria de expulsión, desestima solicitud medida cautelar revocación de oficio de extinción de PRLD.

¹⁶⁹⁷ Casares Marcos, A., (2019). “Eficacia de las medidas cautelares...”, op. cit., pp. 393-396. Iglesias Canle, I. C., (2016). *Recursos en el proceso*, op. cit. pp. 82-83.

¹⁶⁹⁸ Sala Sánchez, P., Xiol Ríos, J. A. & Fernández Montalvo, R., (2013). *Derecho procesal...*, op. cit., (T. VI, pp. 984-989), Vid. nota 1682, (final, crítica de los autores a la interpretación sobre el desplazamiento de las medidas cautelares por la sentencia). Un botón de muestra de matización efímera de la propia doctrina del TS sobre pérdida efectividad de medida cautelar por causa sobrevenida de dictado sentencia, ejecución

elementos de hecho o derecho que han pasado a ser parte de fondo en la sentencia, que son objetivos y que aún perduran en la misma, ii) debiendo en todo caso el interesado oponerse a las medidas cautelares que solicite el ejecutante provisional para asegurar, en su caso, la ejecución de la sentencia, así como alegar los perjuicios o daños irreversibles que pudiera causar dicha ejecución provisional (art. 84.1 LJCA) y iii) oponerse a la propia ejecución provisional de la sentencia con los argumentos antes señalados.

En este sentido lo ideal sería que el juzgador indague y pregunte a las partes en cuanto a la existencia, mantenimiento o no, de las medidas cautelares adoptadas en el proceso¹⁶⁹⁹, en correspondencia con la sentencia dictada, aspecto que se puede sostener de la interpretación el art. 132 LJCA en relación con art. 83.2 LJCA, atendiendo a la protección reforzada por homogeneidad¹⁷⁰⁰, respecto de la ejecución de la sentencia, ello a diferencia del art. 129 LJCA que señala que “*aseguren la efectividad de la sentencia*”, así como respecto del art. 130.1 LJCA, pues este último se refiere a “*la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso*”. Es decir, en este momento procesal el matiz interpretativo esta dado en que, estando ya dictada la sentencia, en este punto, señalando favorable al recurrente, existiendo una medida cautelar adoptada, se produce un *plus* de reforzamiento para garantizar la ejecución de la misma. Se refuerzan los presupuestos del art. 130 LJCA, pero vistos en relación con los arts. 83.2 LJCA y en su caso con el art. 84.1 párrafo segundo LJCA, es decir, adoptar las medidas cautelares que sean pertinentes para asegurar, en su caso, la ejecución de la sentencia. Situación similar sucedería en caso de homogeneidad negativa, sentencia desestimatoria y no existencia de medida cautelar, aquí la parte interesada, Administración o tercero que pueda existir en el asunto puede accionar en cuanto al cumplimiento de la sentencia y la adopción de medidas para asegurar la sentencia emitida a su favor.

provisional de la misma, es la sentencia de la Sala 3ª, Sec. 7ª, nº 3576/03 de 26-05-2003, Rec. 5591/99, FD 4-5, donde señala que cuando existe un Auto de suspensión el mismo tiene plena virtualidad jurídica hasta que devenga firme la Sentencia dictada en los autos principales lo que no sucederá hasta que se resuelva el recurso de casación interpuesto contra ella el cual está tramitándose. En este caso el TS en dicho asunto (protección internacional), señalo que la interpretación del art. 132 LJCA como mandato legal “*determina el mantenimiento de las medidas cautelares acordadas en la instancia durante la tramitación del recurso de casación, y la inaplicabilidad de la doctrina jurisprudencial consolidada bajo la vigencia de la Ley Jurisdiccional de 1956, en cuya virtud una vez dictada sentencia en la instancia, lo acordado en la pieza separada de suspensión quedaba desprovisto de virtualidad. Procede por tanto, estimar el recurso de súplica, anulando y dejando sin efecto el Auto de 23 de julio de 2001, y ordenando que continúe la tramitación de este recurso de casación*”.

¹⁶⁹⁹ STSJ Aragón (Contencioso), Sec. 2ª, nº 282/18 de 17-09-2018, Rec. 399/18, FD 1, explica claramente como el juzgado de instancia ante la interposición de recurso de apelación por el recurrente, sin solicitud de ejecución provisional por la Administración da traslado a las partes para que aleguen sobre la extinción o mantenimiento de la medida cautelar adoptada previamente, manteniéndose la misma mientras se sustancia el recurso de apelación -art. 132 en relación con el art. 83.2 ambos LJCA- en aras de garantizar la efectividad de la sentencia. En dicho *iter* procesal el TSJ resuelve el recurso de apelación ratificando sentencia de instancia, interponiéndose por el recurrente Recurso Casación, concediendo nuevamente, en este caso, por el TSJ en la sentencia que comentamos mantenimiento de la medida cautelar hasta que se resuelva el Recurso de Casación o se haga firme la sentencia (art. 132.1 LJCA). Destaca que la sentencia por sí sola no constituye un cambio de las circunstancias en virtud de las cuales se hubieran adoptado las medidas cautelares. En similares términos SSTSJCL (Burgos) Sala (Contencioso), Sec. 1ª, nº 164/18, de 22-06-2018, Rec. 67/18, FD 4; nº 178/17 de 22-09-2017, Rec. 119/17, FD 4 y nº 139/17 de 28-06-2017 Rec. 77/17, FD 6. STSJA (Sede Sevilla) Sala (Contencioso), Sec. 4ª, nº 1003/17 de 16-11-2017, Rec. 699/17, FD 5. STSJPV (Contencioso), Sec. 2ª, nº 8/16, de 15-01-2016, Rec. 796/15, FD 2.

¹⁷⁰⁰ Chinchilla Marín, M. C., (1991). *La tutela cautelar...*, op. cit., pp. 37-40.

Cuestión distinta es cuando dictada sentencia desestimatoria a los intereses del recurrente, recurrida en apelación o casación existiendo medida cautelar adoptada vigente da como resultado que se produzcan varias situaciones, i) que se mantenga el efecto suspensivo de la medida mientras se tramita el respectivo recurso impugnativo, prevaleciendo el principio de seguridad jurídica; ii) que se solicite ejecución provisional¹⁷⁰¹ de la sentencia desestimatoria por la Administración y tercero interesado. En este supuesto la solicitud de la ejecución provisional de la sentencia produce un desplazamiento de la medida vigente, ello por razones obvias, después del control jurisdiccional el juzgador ha considerado ratificar la legalidad del acto administrativo impugnado, pierden virtualidad los presupuestos del *periculum*, del *fumus* y la proporcionalidad de intereses se decanta por proteger el interés general. Junto a esta solicitud de ejecución provisional de sentencia se puede hacer uso por el demandante del art. 84.1 párrafo segundo LJCA y solicitar que se acuerden medidas que sean adecuadas para evitar o paliar perjuicios, es decir, dicho de otra forma, si el recurrente inicial ahora impúgnate de la sentencia considera que dicha ejecución provisional le pudiera causar perjuicios o daño irreversibles, podrá solicitar dichas medidas cautelares, evidentemente bajo los mismos presupuestos generales del art. 130 de la LJCA, pero atendiendo a las circunstancias ya descritas en la sentencia; iii) dentro de esta dinámica de sentencia desestimatoria, otra variante sería que la parte beneficiada con la sentencia, digamos la Administración, decida no solicitar la ejecución provisional de la misma.

En fin, la sentencia desestimatoria a las pretensiones del recurrente, impugnada por este, solicitada o no ejecución provisional, con existencia y vigencia de medida cautelar se convierte en la en la manzana de la discordia o en piedra filosofal antagónica del problema, es un choque frontal de mayor crudeza o de intensa hilaridad al recurrente extranjero, significa un importante y trascendente cambio de circunstancias respecto a las que se valoraron inicialmente cuando se adoptó la medida. En este sentido se ha de recordar lo señalado *ut supra*, la justicia cautelar no tiene efecto de cosa juzgada, esto relacionado con lo que aquí nos ocupa y con la doctrina del *fumus boni iuris*, hace señalar que la jurisprudencia del TS al respecto sea sostenible, -una vez reafirmada por sentencia la presunción de legalidad del acto administrativo, hace que el mismo se dote de más fuerza ejecutiva, fundándose así la ejecutividad de la Administración en una presunción

¹⁷⁰¹ Peces Morate, J. E., (1999). “Tutela cautelar y ejecución provisional de sentencias”..., op. cit., pp.163-165, señala el autor que el paralelismo y antagonismo entre tutela cautelar y ejecución provisional de sentencias son incompatible. Para ello se basa en abundante jurisprudencia de la época, señala que la ejecución provisional resulta incompatible con la vigencia de medidas cautelares, de manera que si ya existiesen o se hubiesen solicitado y acordado las medidas previstas en el art. 83.2 LJCA, deberán quedar sin efecto aquellas en el caso de accederse a la ejecución provisional de la sentencia y así lo habrá de decidir el juez en aplicación de lo establecido por el último inciso del art. 132.1 LJCA. No se trata ya de ejecutar el acto o la disposición impugnados, que la sentencia pudo declarar, en su caso, ajustado a Derecho, sino la propia resolución judicial, por lo que, en caso de recurso de apelación o casación, tan solo cabrá a quien se viera favorecido por la resolución, instar su ejecución provisional o anticipada del órgano jurisdiccional que la hubiera pronunciado. Reflejo del anterior artículo doctrinal es la STS, Sala 3ª, Sec. 6ª, nº 6245/99, de 9-10-1999, Rec. 9389/95, FD 3, en la cual el mismo es el Juez Ponente. ATS Sala 3ª, Sec. 3ª, nº 6952/97 de 08-07-1997, Rec. 6824/92, FD 4-5, más reciente STSJ Cat. Sala (Contencioso), Sec. 3ª, nº 937/18, Rec. 388/217, FD 2-3, dictado auto de suspensión después de decretada sentencia estimatoria apelada, con base exclusiva en la apariencia de buen derecho, dicho auto suspensivo sobre la ejecutividad de los actos administrativos es revocado, por su inadecuación a Derecho, pues al haber sentencia dictada y apelada es susceptible de ejecución provisional.

de validez reforzada contraria al recurrente¹⁷⁰²-. Afirmado lo anterior, toca acotar el problema: ¿si la Administración solicita o no ejecución provisional de la sentencia recurrida o se produce la autotutela ejecutiva? La respuesta ya se ha expuesto, se ha de solicitar la ejecución provisional, el problema continúa siendo cuando la Administración no solicita esa ejecución provisional¹⁷⁰³.

En todo caso, como se verá más adelante, la afirmación realizada en el párrafo anterior respecto a la doctrina jurisprudencial del TS, lleva sus matizaciones al considerar que la misma no es una doctrina acabada, ya que no agota el supuesto de no solicitud de ejecución provisional por parte de la Administración cuando la sentencia es favorable a la misma. Abra que diferenciar entre recurso de apelación y casación. Respecto del primero ha de prevalecer su efecto suspensivo y a su vez si se solicita ejecución provisional de la sentencia y se realizar la efectiva oposición a la misma, exponiendo los presupuestos del art. 130 LJCA, pero adecuados a la fase procesal donde nos encontramos, alegando los perjuicios o daños irreversible que se puedan causar, los argumentos van dirigidos sobre la base de la sentencia¹⁷⁰⁴. En el caso que fuera recurso de casación, por regla general atendido a su carácter extraordinario se tendrá que hacer uso del art. 91 LJCA (ejecución provisional)¹⁷⁰⁵. Esta posición, junto a la anterior es la predominante, es la que mantiene el TS¹⁷⁰⁶, reiterando que en los supuestos de haberse

¹⁷⁰² Cudero Blas, J., (2013). “Pérdida sobrevenida de objeto de los recursos de casación...”, op. cit. AATS, Sala 3ª Sec. 1, nº 150/93 de 12-07-1993, RJ 2 y nº 4127/93 de 12-07-1993, Rec. 3567/91 RJ 2, ambas resoluciones hacen recordar que la doctrina del *fumus boni iuris* pierde su virtualidad o no concurre en la apelación, por cuanto la decisión judicial sobre el fondo del asunto en principio la ha destruido al reafirmar la presunción de legalidad del acto administrativo dictado, dotando de más fuerza ejecutiva a éste, al fundarse la ejecutividad en su propia presunción de validez.

¹⁷⁰³ Vid. cita, 1697 y 1699. A su vez véase Santamaría Pastor, A., (2010). *La Ley reguladora de la Jurisdicción...*, op. cit., p. 1298. De la Cruz Mera, F., (2013). “Pérdida sobrevenida de objeto de los recursos de casación en materia de medidas cautelares...”, op. cit., y Requero Ibañez, J. L., (2005) “Ejecución de sentencias...”, op. cit., pp. 33-49. De no solicitarse la ejecución provisional por la Administración se debe hacer uso de lo señalado en la cita 374 y la jurisprudencia allí citada, indagar con las partes sobre el mantenimiento o no de las medidas cautelares previamente adoptadas, ha de prevalecer el principio de seguridad jurídica, en cuanto a la validez del Auto de la medida cautelar (art. 132.1 LJCA).

¹⁷⁰⁴ STSJCL (Valladolid) Sala (Contencioso), Sec. 3ª, nº 919/16 de 10-06-2016, Rec. 165/16, FD 3.

¹⁷⁰⁵ En este sentido me refiero también al efecto suspensivo del recurso de casación ante el TS. Aunque no se haga mención expresa de ello en la norma, ni sea una segunda instancia, incluso atendiendo a su nuevo carácter nomofiláctico, se interpreta que de la no interposición de la ejecución provisional del art. 91.1 de la LJCA, es decir, sino se hace uso de la facultad que brinda el citado art. 91 LJCA el recurso de casación produce efectos suspensivos al no haber adquirido firmeza. Este efecto suspensivo será sobre la resolución judicial, fundamentalmente aquellas sobre las que pesa un contenido de condena, no será ese efecto suspensivo sobre la ejecutividad del acto administrativo. En este sentido, Colomer Hernández, I., (2017) “Capítulo 3. El nuevo Recurso de Casación”, en A. Palomar Olmeda (Dir.). *Tratado de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, (T. II, 3ª Ed., pp. 367-368). Cizur Menor (Navarra), Aranzadi. Ruiz López, M. Á., (2016). *La reforma del recurso de casación contencioso administrativo* Valencia: Tirant lo Blanch, p. 77. Iglesias Canle, I. C., (2016). *Recursos en el proceso...*, op. cit., pp. 271. En todo caso, como señala el profesor Colomer, la ejecutividad del acto administrativo objeto del proceso no se verá afectado por la preparación del recurso de casación, sino que su régimen de ejecución seguirá las reglas generales de la ejecutividad de los actos o se estará en concreto al régimen de ejecutoriedad del acto, como es el caso del procedimiento preferente para la expulsión. En similares términos Sala Sánchez, P., Xiol Ríos, J. A. & Fernández Montalvo, R., (2013). *Derecho procesal...* (T. VI, pp. 987-988), los cuales señalan que de la interpretación de los arts. 83.2 en relación con art. 91.1 y 132.1 todos de la LJCA, nada impide que el tribunal *a quo* pueda adoptar medidas cautelares durante la tramitación del recurso de casación.

¹⁷⁰⁶ Córdoba Castroverde, D., (2018). “La pérdida sobrevenida del objeto del recurso en la jurisprudencia. Respuesta de los tribunales.” *RJD*, (nº 2). <https://online.elderecho.com>. Recuperado 26-07-2018. Sala

pronunciado sentencia desestimatoria de las pretensiones del recurrente, aunque ésta no sea firme por haber sido recurrida en casación, al ser susceptible de ejecución provisional, carece de significado la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado, pierde su efectividad la medida cautelar vigente, se produce de *facto* una modificación de la medida, desvirtuándose o dejándose sin efecto la misma, ya que no se está ante la ejecutividad de ésta, sino ante la ejecución de una sentencia recurrible en casación, de manera que, una vez pronunciada sentencia por la Sala de instancia, huelga cualquier consideración o resolución sobre la suspensión o no de la ejecución del acto, pues únicamente cabe solicitar la ejecución provisional al Tribunal de instancia que acuerde o no la misma.

Otra de las problemáticas de esta postura es que es acogida miméticamente por algunos TSJ¹⁷⁰⁷, aplicándolo directamente al recurso de apelación, obviando además lo relativo a la no solicitud de ejecución provisional por parte de la Administración, mientras que otros consideran que tal doctrina requiere matizaciones, la eficacia de las medidas cautelares se mantendrá durante la tramitación de cualesquiera de los recursos que se interpongan contra la sentencia, aun desestimatoria de las pretensiones, incluso dan paso a la adopción de medidas cautelares con posterioridad a la sentencia objeto de apelación, con ello se impide la aplicación mimética de la doctrina jurisprudencial anterior.

Al respecto como se ha expresado en la coordinación realizada por CÓRDOBA CASTROVERDE, en cuanto al artículo sobre la pérdida sobrevenida de objeto de los recursos en materia de medidas cautelares en los supuestos de sentencias desestimatorias recaídas en la instancia¹⁷⁰⁸, los allí ponentes (varios citados *ut supra*), consideran una posible modificación del criterio de la doctrina jurisprudencial que superpone y da preferencia a la aplicación del art. 91.1 LJCA, basada en los razonamientos antes

Sánchez, P., Xiol Ríos, J. A. & Fernández Montalvo, R., (2013). *Derecho procesal...*, op. cit., (T. VI, pp. 984-989).

¹⁷⁰⁷ STSJG (A Coruña), Sala (Contencioso), Sec. 1ª, nº 425/18 de 11-10-2018, Rec. 56/18, FD 2-3, ratifica su doctrina interpretativa (iniciada en el Rec. 230/14, nº 537/14 de 1-10-2014, FD 2), la circunstancia sobrevenida de haberse dictado sentencia desestimatoria en el asunto principal del que dimana la pieza separada, en la que se dictó el Auto que está siendo recurrido en apelación pierde su efectividad por dicha causa sobrevenida, dictado de sentencia, aunque la misma no sea firme. Ello lo fundamenta en la SSTS Sala 3ª, Sec. 3ª, nº 1249/14 de 1-04-2014, Rec. 2462/13, FD Único y nº 2578/14 de 18-06-2014, Rec. 2675/11, FD 3 y toda la jurisprudencia allí citada, ATS Sala 3ª, Sec. 3, nº 9420/10, Rec. 1923/09 FD 2, refiriéndose al caso de recurso de casación contra auto denegatorio de medida cautelar. Más reciente SSTS, Sala 3ª Sec. 3ª, nº 1897/16 de 20-07-2016, Rec. 40/16, FD 1 y nº 1979/16 de 26-07-2016, Rec. 43/16, FD 1 pérdida sobrevenida del recurso casación sobre autorización de entrada y permanencia en España. En similares términos se pronuncia las SSTSJ Madrid Sala (Contencioso), Sec. 10ª, nº 114/18 de 26-02-2018, Rec. 739/17, FD 2 y Sec. 2ª, nº 57/17 de 1-02-2017, Rec. 893/16, FD 2. En esencia estas sentencias señalan que la medida cautelar de suspensión de la ejecutividad de los actos administrativos, objeto de impugnación en un proceso contencioso-administrativo, constituye una medida precautoria establecida para garantizar la efectividad de la resolución judicial que pueda recaer en el proceso principal, según se desprende de los art. 129.1 y 132.1 LJCA, lo que determina que cuando en el recurso contencioso-administrativo examinado haya recaído sentencia carezca de sentido acordar una medida cautelar o revisar su procedencia. Es constante doctrina de la Sala 3ª del TS no discusión de vía cautelar, procedencia o improcedencia de la suspensión en examen a través de recurso de apelación cuando ha recaído sentencia resolviendo sobre el fondo en el recurso principal, sobrepasan y desplazan el incidente cautelar en toda su extensión, las cuestiones atinentes a la ejecución del acto o disposición impugnado van más allá propiamente de dichos actos, van y deben resolverse de conformidad a lo ordenado en el fallo.

¹⁷⁰⁸ Córdoba Castroverde, D., (2013). “Pérdida sobrevenida de objeto de los recursos de casación en materia de medidas cautelares en los supuestos de sentencias desestimatorias recaídas en la instancia”. Foro abierto. (Coord.). *RJD*, nº 2. <http://www.online.elderecho.com>, recuperado 14-12-2017.

expuestos, entendiendo que en la actualidad ello debe ser enriquecido y cambiado por el propio carácter nomofiláctico del nuevo recurso de casación. (Este aspecto se retomará más adelante en el Capítulo dedicado al Recurso Casación).

5.4-Existencia de cuestión prejudicial administrativa heterogénea/homogénea.

Se ha señalado en la primera parte de este trabajo lo relativo a la tutela cautelar y la cuestión prejudicial del art. 267 del TFUE, se enuncio allí, la relación de dicha cuestión prejudicial con la prevista en nuestro derecho interno desde el punto de vista procesal administrativo, art. 4.1 LJCA, así como la relación de esta última con el art. 42 y 43 LEC. También se ha expuesto lo referente a los tratados internacionales propiamente dichos, así como, los dictámenes, informes de organismos, relatores especiales, así como de los comités que conforman los mismos, los efectos visibles y vinculantes de dichas resoluciones a tener en cuenta como elementos o requisitos integradores del presupuesto del *fumus boni iuris*. A su vez se analizó lo referente a los tratados regionales y supranacionales (CEDH y CDFUE). Todo bajo el paraguas de los art. 10.2, 93 y 96 CE.

Así las cosas, me permite primeramente detenerme en la redacción del art. 4.1 LJCA en cuanto a la cuestión prejudicial interna en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo y de esta forma de suspensión, así como su relación con el incidente cautelar, ambos bajo la previsión del art. 137 LJCA (todas las cuestiones incidentales que se susciten en el proceso se sustanciarán en pieza separada y sin suspender el curso de los autos).

Señala concretamente el art. 4.1 LJCA, que la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo se extiende al conocimiento y decisión de las cuestiones prejudiciales e incidentales no pertenecientes al orden administrativo, directamente relacionadas con un recurso contencioso-administrativo. Realizando al final de la redacción del presente artículo una salvedad de heterogeneidad, consistente en que las jurisdicciones de carácter constitucional, penal y la relativa a lo dispuesto en los Tratados internacionales, conforman una excepción a la regla, la cuestión prejudicial heterogénea. No obstante, también pueden existir supuestos de cuestión prejudicial homogénea en relación con el art. 43 LJCA¹⁷⁰⁹. De la interpretación gramatical y jurisprudencial del art. 4.1 LJCA se desprende que la regla general en esta materia es que para el orden jurisdiccional administrativo le es dado conocer y pronunciarse sobre cuestiones ajenas a su competencia, sin necesidad de suspender el curso del proceso y esperar a que los órganos competentes emitan su resolución sobre las mismas, es decir, que se suspenderá cuando de ello dependa la correcta resolución del objeto procesal principal¹⁷¹⁰. Esta regla general de no prejudicialidad enunciada tiene las excepciones antes mencionadas,

¹⁷⁰⁹ González-Varas Ibáñez, S., (2020). “Primera Parte. Ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa. Capítulo IX. El conocimiento de las cuestiones prejudiciales e incidentales (artículo 4 LJCA)”. *Tratado de Derecho Administrativo*. (T. II, 4ª Ed. Comentarios a la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa). Cizur Menor: Civitas., Thomson Reuters (*e.book*). Córdoba Castroverde, D., (2015). “La suspensión de otros procesos basada en la prejudicialidad comunitaria”...op. cit. Sala Sánchez, P., Xiol Ríos, J. A., & Fernández Montalvo, R., (2013). *Derecho procesal...*, op. cit., (Vol. I, art. 4). pp. 1261-1285. Al respecto tener en cuenta los autos ya citados AJCA, nº 3 de Pontevedra de 11-11-2019, AJCA, nº 3 de Huelva S/N de 16-09-2020, PA 445/19.

¹⁷¹⁰ STS Sala 3ª, Sec. 2ª, nº 4268/05 de 28-06-2005, Rec. 6/04, FD 4. En este sentido, Bustillo Bolado, R. O., (2005). “A propósito de la STS de 28 de junio de 2005: un ejemplo de correcto entendimiento de la supletoriedad procesal civil en el contencioso-administrativo”. *Actualidad Jurídica Aranzadi* nº 691, Aranzadi Thomson Reuters <http://www.aranzadi.es/>, recuperado, 14-12-2017.

constitucional, penal y la relativa a lo dispuesto en los Tratados internacionales. Sin embargo, dentro de dichas excepciones y en especial en la última, no menciona expresamente las cuestiones prejudiciales de derecho supranacional como el DUE. A pesar de ello jurisprudencialmente¹⁷¹¹ se ha interpretado extensivamente la expresión Tratados internacionales a las cuestiones prejudiciales del art. 267 del TFUE. En estos casos, procede suspender el curso de las actuaciones, mientras no sea resuelta por el órgano competente, el TJUE.

Lo anterior permite sostener que la existencia de posibles cuestiones prejudiciales internas relativas al art. 4.1 LJCA en cuanto a los tratados internacionales o las cuestiones prejudiciales del art. 267 TFUE pueden ser argumentos sostenibles en una solicitud de suspensión o medida cautelar adecuada, ello por los propios efectos vinculantes de los dictámenes, informes, etc., de los organismos internacionales -art. 10.2 CE- y por el propio efecto directo y útil del DUE¹⁷¹².

Cuando un órgano jurisdiccional haya adoptado una medida cautelar motivada entre otros razonamientos en una cuestión prejudicial administrativa heterogénea presentada por otros órganos y que aún no esté resuelta, es un aspecto novedoso a tener en cuenta en lo relativo a los dos ordinales anteriores (la ejecución provisional del Auto de medida cautelar ante recurso apelación y la vigencia de la medida cautelar una vez dictada la sentencia desestimatoria que resuelve el fondo de su asunto).

En este sentido ratifico la argumentación dada en el ordinal 3.3.2, referente a la tutela cautelar y la cuestión prejudicial (primera parte del presente trabajo), esta circunstancia o presupuesto hace variar en cierta medida la actual doctrina y jurisprudencia antes expuesta en cuanto a la ejecución provisional del Auto de medida cautelar ante recurso apelación y la vigencia de la medida cautelar una vez dictada la sentencia desestimatoria que resuelve fondo del asunto, es decir, la denominada causa sobrevenida perdida de objeto del recurso en el sentido que como ha de ser en lógica jurídica hasta que no esté resuelta la cuestión prejudicial y el TJUE dicte sentencia sobre el contenido de la misma como legitimado supremo para interpretar el DUE, no se debe dictar sentencia por los órganos nacionales. Si ello no fuera así y aquellos órganos jurisdiccionales nacionales considerasen que no se encuentran vinculados a la cuestión prejudicial existente ante el TJUE, o a la medida cautelar adoptada en el derecho nacional bajo la motivación de una cuestión prejudicial administrativa homogénea o considerasen que el acto es claro o ya está aclarado y dictasen sentencia desestimatoria, a pesar de estar incumpliendo inicialmente el efecto útil del DUE, de ser recurrida dicha sentencia será un motivo que deberá ser analizado por el órgano jurisdiccional superior. Esto es otro motivo a tener en cuenta para sostener que la medida cautelar ha de perdurar hasta la firmeza de la sentencia de acuerdo con el art. 132 LJCA, por tanto, dicha firmeza no se deberá obtener hasta que no se dicte la sentencia por el TJUE y luego de resulta la cuestión prejudicial sea resuelto el asunto en el derecho interno.

¹⁷¹¹ ATS Sala 3ª, Sec. 1ª, nº 13735/19, Rec. 3565/19, FD 5, solicitud de suspensión prejudicial ante el TS por cuestión prejudicial ante TJUE. ATS Sala 3ª, Sec. 2ª, nº 15222/09 de 28-09-2009. Rec. 4432/06, cuestión prejudicial sobre reglamento europeo.

¹⁷¹² En este sentido considero se ha de tener en cuenta el recurso de casación, su naturaleza nomofiláctica y su vocación por la corrección de las infracciones que puedan existir respecto a la interpretación del DUE. Sobre este aspecto Cudero Blas, J., (2017). “La cuestión prejudicial...”, op. cit., destaca el autor la relevancia de la cuestión prejudicial del DUE y la previsión del legislador de incorporar el DUE como una cuestión de interés casacional en el art. 88.2- f).

Esto, entiendo a su vez matiza la doctrina jurisprudencial del TS respecto a que una vez dictada sentencia se pierde la virtualidad del recurso de casación por causa sobrevenida, pérdida de objeto. Lo antes planteado son cuestiones procedimentales que entiendo cumplen el presupuesto de admisibilidad del interés casacional objetivo suficiente, debido precisamente al nuevo carácter nomofiláctico del recurso de casación y los nuevos requisitos del recurso de casación del art. 86.3 en relación con el art. 88.2-a) f)¹⁷¹³, ambos LJCA, cuando el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o de la UE que sean relevantes y determinantes del fallo impugnado, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora, es decir, que si en el asunto principal y en la propia pieza de la medida cautelar han sido invocadas normas relacionadas con el DUE y sobre estas hay una cuestión prejudicial pendiente en el TJUE que son relevantes y determinantes para el fallo impugnado, aunque se haya dictado sentencia por el órgano jurisdiccional de instancia nacional preparado e interpuesto recurso, ya sea de apelación o casación, de existir medida cautelar adoptada la misma deberá mantener su vigencia.

Lo antes dicho se fundamenta en el propio contenido esencial del art. 24 CE, respecto de la tutela cautelar y la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a un recurso efectivo y eficaz, en la propia naturaleza jurídica del recurso efectivo y eficaz de acuerdo al art. 13 CEDH y en correspondencia con el art. 47 CDFUE al tratarse de un DUE por lo se deberá preservar el efecto útil de mismo.

5.5- Conclusiones parciales.

1.- La ejecución de las medidas cautelares en la disciplina en estudio cumplen los requisitos generales establecidos en la LJCA, por lo que son de aplicación los presupuestos del art. 103.1 y 134.1 de la norma citada. Su carácter ejecutivo inmediato materializa el principio de la efectividad de las medidas cautelares impidiendo así demoras y los posibles daños irreversibles, se aviene con el designio y función de evitar o atenuar el *periculum in mora*. Es decir, ha de ser una ejecución eficaz y efectiva, vista en esta fase judicial con el mismo rigor exigido de celeridad o rapidez, calidad, acceso real al control, no meramente formal, sin arbitrariedades o trabas por las autoridades intervinientes. Sin embargo, dichos requisitos no muestran toda su efectividad y eficacia en correspondencia con los presupuestos a tener en cuenta en las medidas cautelares en una ejecución judicial, incluida la provisional o forzosa según su caso de las medidas adoptadas.

2.- Las medidas cautelares adoptadas y vigentes hasta el momento de dictarse la sentencia pueden perder su efectividad o no en dependencia de resultado de dicha sentencia. En sentido general se produce un cierto desplazamiento de las medidas cautelares previamente adoptadas, debido a la existencia de una resolución de fondo. Aunque el dictado de la sentencia por sí solo, no constituye un cambio de las circunstancias en virtud de las cuales se hubieran adoptado las medidas cautelares.

3.- La no ejecución de la medida cautelar en los términos acordados y de acuerdo al art. 134.1 LJCA, trae como consecuencia la no efectividad y eficacia de la justicia cautelar,

¹⁷¹³ Calvo Rojas, E., (2019). Influencia del Derecho de la Unión Europea en la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo...”, op. cit., pp. 67-98. Cancer Minchot, P., (2019). “Recurso de casación e infracción del Derecho UE”, en R. Alonso García & J. I. Ugartemendia Eceizabarrena, (Dirs.), *La incidencia del Derecho de la Unión Europea en la jurisdicción contencioso-administrativa. European Inklings* (EUi), n° 20. IVAP, pp. 99-116.

su ineficacia, esto trae antagónicamente un debilitamiento de la propia naturaleza jurídica de la medida cautelar por la cual fue adoptada, evitar que no se pueda asegurar el cumplimiento efectivo de la sentencia, o que se pudieran hacer perder la finalidad legítima al recurso, o daños y perjuicios irreparables e irreversibles, en fin trae consigo todo lo contrario a lo que no se quería. Aquí no deben concurrir causas de imposibilidad material o legal para ejecutar la medida adoptada, como tampoco han concurrir causas de utilidad pública o de interés general, ya que dichas circunstancias se debieron haber analizado anteriormente. Lo que concurre en muchas ocasiones es un posicionamiento contumaz o de desidia administrativa.

Ante estas situaciones los órganos jurisdiccionales atendiendo a que en dicho *iter* procesal se han de ejecutar sus propias resoluciones, deberán hacer cumplir lo que señala el art. 108.1-a) LJCA, ejecutar en este caso la medida a través de sus propios medios o requiriendo la colaboración de las autoridades y agentes de la Administración condenada o, en su defecto, de otras Administraciones públicas o en su caso como señala el propio 108.1-b) LJCA, “*adoptar las medidas necesarias para que el fallo adquiera la eficacia..*” que, en su caso, sería inherente al acto omitido, en igual sentido podrá el Juez o la Sala imponer multas coercitivas, sin perjuicio de otras responsabilidades patrimoniales a que hubiere lugar y en su caso deducir el oportuno testimonio de particulares para exigir la responsabilidad penal que pudiera corresponder, todo ello en correspondencia con el art. 112 LJCA.

4.- De ser interpuesto recurso de apelación contra el auto que ha adoptado las medidas cautelares, las partes podrán solicitar ejecución provisional de las mismas, en dicho incidente se podrá alegar de contrario aquellos presupuestos análogos del art. 129 y ss. LJCA, destacando que puedan producir situaciones irreversibles o perjuicios de imposible reparación al interés general, todos ellos en correspondencia con el art. 84.3 LJCA. Tal incidente cautelar es adecuado en derecho ateniendo al art. 24 CE, al encontramos en fase de ejecución provisional de una resolución judicial, en el cual ya no se analiza el contenido del acto administrativo y su ejecutividad propiamente dicho, sino, que se analiza el propio contenido de la resolución judicial, cuya competencia corresponde exclusivamente a los jueces y tribunales. Por demás, pueden existir cambios de circunstancias.

5.- Análisis diferente requieren aquellas circunstancias consistentes en medidas cautelares adoptadas, ejecutadas y vigentes, existiendo recurso de apelación interpuesto contra las mismas y haberse dictado sentencia desestimatoria a las pretensiones del recurrente, interponiéndose a su vez contra esta última el correspondiente recurso al tribunal *ad quem*, en paralelo sea solicitada la ejecución provisional de la sentencia o la misma de acuerdo con las características del acto impugnado la Administración despliegue su propia autotutela ejecutiva. Este escenario obedece y responde a que el proceso ha superado todas las fases, desde la fase cautelar inicial, a la ejecución de la resolución de fondo, se ha entrado en fase de ejecución provisional de sentencia, queda así desplazada la primera, se superpone la fase ejecutiva de la sentencia, perdiendo la resolución de la medida cautelar su efectividad, sin embargo, ambas fases mantienen una convivencia permitida por, i) la literalidad del art. 132 LJCA, no es firme la sentencia, en relación con el art. 84.1 y 91.1 LJCA, ejecución provisional (aunque ambos omitan toda referencia a dicha convivencia), ii) por el contenido de fondo que lleva aparejado la propia ejecución provisional y las medidas cautelares que se han de adoptar al respecto para garantizar la ejecución de la sentencia y iii) debido al efecto suspensivo de los recursos, incluido como

se ha dicho el recurso casación. Por tanto, en la fase de ejecución provisional de sentencia interactúan los principios o presupuestos generales de las medidas cautelares, pero de forma diferente, no se trata ya de evitar la ejecución del acto administrativo o las disposiciones impugnadas, sino, ejecutar la sentencia propiamente dicha, en sus propios términos.

En dependencia de ese contenido de fondo de la sentencia y las pretensiones de las partes, se produce primeramente ese desplazamiento de fondo, hacia un lado u otro. Luego si se solicita ejecución provisional de la sentencia favorables al recurrente, con existencia previa de medida cautelar, se produce una homogeneidad reforzada de la ejecución provisional, consta una protección de validez reforzada por la propia decisión de fondo de la misma, lo cual hace que sea compatible con la vigencia de medidas cautelares adoptadas previamente (estás según art. 129 LJCA). A su vez entran en acción las medidas cautelares previstas bajo la perspectiva procesal del art. 84.1 párrafo segundo LJCA (ello con independencia, como veremos del tipo de recurso), debiéndose exponer en todo caso por el interesado o terceros intervinientes y los oponentes aquellos presupuestos del art. 130 LJCA, desde la perspectiva de la sentencia propiamente dicha, destacándose igualmente aquellos que puedan producir situaciones irreversibles o perjuicios de imposible reparación, (art. 84.3 LJCA).

Cuestión distinta es si la sentencia es desestimatoria a las pretensiones del recurrente, la jurisprudencia mayoritariamente vigente señala que bajo esta circunstancia pierde eficacia la tutela cautelar y el recurso que se haya interpuesto contra el Auto de las medidas ante el tribunal *ad quem* pierde su objeto por causa sobrevenida. En estos supuestos generalmente es admito que no es necesario realizar por la Administración ejecución provisional de la sentencia, aspecto que en la presente especialidad no tiene adecuado encaje. Esta compleja circunstancia procesal deja en estado de indefensión al extranjero recurrente, sin embargo, son varios los razonamientos y motivos que inducen a un cambio de dicha jurisprudencia por parte del TS, entre ellos precisamente, i) la no solicitud de ejecución provisional por parte de la Administración, ii) la propia literalidad del art. 132 LJCA, firmeza de la sentencia, ii) el actual carácter nomofiláctico del nuevo recuero de casación, iii) la existencia de cuestiones prejudiciales, los cuales reconducen a ratificar el principio de seguridad jurídica y de tutela judicial efectiva.

6.- En el caso concreto del *fumus boni iuris*, en un incidente de ejecución provisional de sentencia desestimatoria de las pretensiones del recurrente, frente a medidas cautelares favorables al mismo, hace que dicho presupuesto se vea debilitado, al reconocer la sentencia, aunque no sea firme, que el acto administrativo es ajustado a Derecho, se reafirma así una primera presunción de legalidad del mismo después del control judicial, dotando a dicho acto de más fuerza ejecutiva. Es decir, que en aquellos supuestos en que el *fumus boni iuris* fue un presupuesto decisivo para la adopción de la medida cautelar inicial, en un incidente de ejecución provisional de sentencias desestimatorias de las pretensiones del recurrente puede perder parte de su virtualidad.

7.- No existe unificación de doctrina a partir del nuevo recurso de casación en cuanto a la interpretación de la validez de las medidas cautelares adoptadas y ejecutadas a favor del recurrente cuando se ha realizado pronunciamiento de sentencia no firme desestimatorio de las pretensiones de fondo y se ha interpuesto recurso contra la misma ante el tribunal *ad quem*, no instándose ejecución provisional de la sentencia por parte de la Administración. No existe al respecto interpretación del art. 132 LJCA en relación con los art. 207.2 LEC (resoluciones firmes) y art. 731.1 de la misma norma (el no

mantenimiento de las medidas cautelares cuando el proceso o procedimiento principal haya terminado por cualquier causa, es decir su propia naturaleza jurídica).

En el supuesto antes descrito debe prevalecer como se expuso en el punto anterior las medidas cautelares adoptadas y ejecutadas a favor del recurrente, atendiendo al principio de seguridad jurídica, al propio efecto suspensivo de los recursos de apelación y casación y a la propia tutela judicial cautelar efectiva.

CAPITULO VI. - Recursos.

Para el presente capítulo sobre los recursos¹⁷¹⁴ contra los autos de medidas cautelares (arts. 79.1, 80.1, 87.1 todos de la LJCA) se ha de partir recordando la doctrina del TC respecto al acceso a los recursos en su vertiente a la tutela judicial efectiva, (art. 24.1 CE), como ha definido el mismo, es un derecho de configuración legal, surge de las leyes procesales que regulan dichos medios de impugnación, no siéndole aplicable el principio *pro actione* con la misma intensidad que corresponde referente al acceso a la jurisdicción. Una vez configurado el contenido legal de este derecho de acceso a los recursos, tiene como elemento esencial el de obtener del órgano judicial una resolución sobre el fondo de las pretensiones, aunque también se satisface con una decisión de inadmisión, por razones formales o materiales, siempre y cuando sea motivada, se funde en la existencia de una causa legal que resulte aplicada razonablemente, es decir, no tiene que existir correspondencia entre lo que se pretende y el resultado, la denominada doctrina del pretendido derecho al acierto judicial¹⁷¹⁵. Lo anterior está en estrecha conexión con el derecho a un proceso equitativo y a un recurso efectivo que garantizan los arts. 6.1 y 13 respectivamente, ambos del CEDH y el art. 47 CDFUE¹⁷¹⁶ y la jurisprudencia que generen los respectivos tribunales al respecto. Como cierre de este derecho de acceso al recurso se encuentra el principio de proporcionalidad, el cual ha de razonar entre los límites impuestos al derecho de acceso al recurso para que se examine el asunto y las consecuencias de su aplicación, la excesiva rigidez interpretativa de los requisitos de admisión del recurso¹⁷¹⁷.

¹⁷¹⁴ Colomer Hernández, I., (2017). “Capítulo 1. Recurso súplica, de apelación contra autos, de queja y recursos frente a resoluciones del Letrado de la Administración de Justicia, arts. 79, 80 y 102 bis”, en A. Palomar Olmeda (Dir.). *Tratado de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, (T. II, 3ª Ed., pp. 33-49, 80-152, 203-338). Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, en la misma obra “Capítulo 3. El nuevo Recurso de Casación”, pp. 343-596. Iglesias Canle, I. C., (2016). *Recursos en el proceso...*, op. cit., pp. 13-30, 60-63.

¹⁷¹⁵ STC Sala 2ª, nº 149/16 de 16-09-2016, BOE nº 263 de 31-10-2016, FD 3, recurriendo a la ya mencionada STC Pleno, nº 37/95, en igual sentido se han de tener presente SSTC Pleno, nº 7/15, de 22-01-2015, BOE nº 47 de 24-02-2015 FJ 2-A), 3; Sala 1ª, nº 145/12, FJ 2, 5-6; Sala 2ª, nº 258/00, de 30-10-2000, BOE nº 288 de 1-12-2000 FJ 2; Sala 1ª, nº 110/85, de 8-10-1985, BOE nº 265 de 5-11-1985, FJ 3 y la jurisprudencia en ellas citadas. En similares términos ATS Sala 3ª, Sec. 1ª, nº 7502/18 de 25-06-2018, Rec. 236/18. Todas ratifican una vez más la diferencia entre el derecho a la obtención de una resolución judicial razonada y fundada que goza de una protección constitucional en el art. 24.1 CE, principio *pro actione*, acceso a la jurisdicción, del derecho al acceso al recurso como revisión de las resoluciones, que es de configuración legal, siendo una vez configurado el mismo da derecho a la formulación y admisión ante nuevas instancias jurisdiccionales de las pretensiones desestimadas por el Tribunal *a quo*, siempre que se cumplan los requisitos exigidos.

¹⁷¹⁶ Hinojosa Martínez, E., (2018): *Los medios de impugnación en el proceso contencioso-administrativo*. Madrid: Las Rozas, Wolters Kluwer, pp. 78-79.

¹⁷¹⁷ En esta línea crítica Bouazza Ariño, O., (2013). *El recurso de casación contencioso-administrativo común*. Cizur Menor: Civitas, cuando señala que “*el Derecho de acceso a los recursos debe enmarcarse en el seno del artículo 24 CE y que, en ningún caso, una Ley puede configurarlo de tal manera que sea contrario al derecho del que es manifestación, en este caso, la tutela judicial efectiva.*” p. 214.

En el presente capítulo se retomaran algunos de los aspectos antes mencionados, como el referido al dictado de la sentencia resolviendo el fondo del asunto, en especial aquellas desestimatorias, su influencia y determinación sobre la virtualidad y mantenimiento de la medida, así como de la sostenibilidad del recurso impugnativo que se haya podido interponer contra el Auto de medidas, es decir, si se produce o no, la causa sobrevenida con el dictado de la misma y esta hace perder el efecto del recurso, devenido en carencia de objeto. Junto a este supuesto puede estar la ejecución provisional del auto de la medida, el cual es reforzado por las propias medidas adoptadas para asegurar el cumplimiento de la resolución judicial.

Otro aspecto sería, si resuelta la cuestión de fondo, dictada sentencia, esta es o no ejecutada provisionalmente, solicitándose en dicha ejecución medidas cautelares de acuerdo con los arts. 83.2 y 84. 1 LJCA.

A su vez se distinguirá la diferencia basada en el carácter extraordinario del recurso de casación, el derogado diseñado para tutelar intereses subjetivos concretos *ius litigatoris*¹⁷¹⁸ y su actual modelo¹⁷¹⁹ que integra los elementos fundamentales de los antiguos recursos de casación en interés de ley y para unificación de doctrina, su objetivo, interpretar las nuevas normas jurídicas y establecer criterios unificadores de doctrina, como instrumento por excelencia para asegurar la uniformidad en la aplicación judicial del derecho, “interés objetivo casacional para la formación de la jurisprudencia”, su carácter nomofiláctico, su *ius constitutionis*, piedra angular sobre la que se sostiene la nueva ordenación de este recurso extraordinario, en especial en lo que aquí nos interesa, en la aplicación del DUE, [art. 86.3 en relación con art. 88.2. a) y f), y 89.2 f) todos LJCA]¹⁷²⁰, tanto, en las cuestiones sustantivas, como procesales, que pueden influir en nuestro objeto de investigación, en este caso las cuestiones prejudiciales y la tutela cautelar, cuestión prejudicial administrativa homogénea.

Cuestión también a tratar sería lo referente al recurso en cuanto a las medidas cautelares del art. 135.1-a) y b), aspecto *ut supra* tratados.

6.1- Consideraciones previas.

Es necesario puntualizar para un mejor entendiendo que llegado a este momento del *iter* procesal, pudiésemos decir que las medidas cautelares han pasado por una clasificación de tres momentos, i) las iniciales y durante el proceso), ii) las que podrá adoptar el juez o tribunal para asegurar la sentencia (art. 83.2 LJCA)¹⁷²¹ y iii) las propiamente dichas del garbo de ejecución (ya sea provisional o definitiva, art. 84.1- párrafo segundo y art. 91.1 ambos LJCA), en todas, como señale al inicio, juega un papel en exclusiva el juez *a quo*. Se une a ello, lo insistido sobre la sentencia, si la misma es estimativa y dentro de esta, si

¹⁷¹⁸ Córdoba Castroverde, D., (2015). “El nuevo recurso de casación contencioso-administrativo”. Tribuna. *RJD*, <http://www.online.elderecho.com>, recuperado 14-12-2017.

¹⁷¹⁹ Ruiz López, M. Á., (2016). *La reforma del recurso de casación...*, op. cit., pp. 74-86.

¹⁷²⁰ Casado Casado, L., (2019). “Restricciones en los Recursos de los Procesos Contencioso-Administrativos”. en F. López Ramón, & J. Valero Torrijos, *Actas del XIV Congreso de la AEPDA: 20 años de la Ley de lo de lo Contencioso-Administrativo*. Congreso (14º/2019. Murcia), (pp. 79-107). Madrid: INAP.

¹⁷²¹ Vid. nota 1355, 1424 AATS Sala 3º, Sec. 3ª, nº 3259/99, Rec. 10012/97, FD 3 y nº 9420/10 Rec. 1923/09 FD 2.

es condenatoria o declarativa¹⁷²², o si es desestimatoria y las consecuencias antes narradas. Este juego determinará la forma o tipo de ejecución de la misma y dependiendo de ello influirá y definirá la caducidad de las medidas cautelares adoptadas durante el proceso. La conexión del art. 132.1 LJCA, firmeza o no de la sentencia y vida útil y efectiva de la medida cautelar no son fórmulas cerradas, sino circunstanciadas por los factores antes señalados.

La configuración legal antes mencionada, al no ser del todo precisa (el legislador en los aspectos referenciados ha dejado márgenes de apreciación e interpretación amplios), ha permitido que la doctrina y la jurisprudencia hayan desarrollado una labor interpretativa al respecto, aseverándose por unos, que el art. 129 LJCA en relación con el art. 132.1 faculta a mantener o solicitar medidas cautelares en apelación, (en cualquier estado del proceso para asegurar la sentencia), independientemente del art. 84.1 LJCA (ejecución provisional de la sentencia apelada) e incluso cuando la sentencia es desestimatoria para el interesado, pero que ha obtenido previamente medida cautelar a su favor¹⁷²³.

En cuanto a los recursos previstos por el legislador para impugnar las referidas resoluciones, autos medidas cautelares¹⁷²⁴ la LJCA señala en sentido general los recursos regulados en los arts. 79.1-2, los del art. 80.1. a), [recursos de apelación contra autos que pongan término a la pieza separada de medidas cautelares] y los del art. 87.1-b) [recurso de casación contra autos dictados por la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia que pongan término a la pieza separada de suspensión o de otras medidas cautelares]. Son de nuestro interés de estudio, los recursos de apelación y casación. En este sentido, se puede afirmar de manera general que en la especialidad en estudio si existe derecho en el proceso a una especie de segunda instancia universal¹⁷²⁵

¹⁷²² En ese sentido reviste significado lo que diga la sentencia estimatoria en cuanto a la existencia, mantenimiento o no, de las medidas cautelares adoptadas en el proceso, es decir, salvo que la sentencia disponga lo contrario, las medidas cautelares deberán continuar en vigor precisamente para garantizar la ejecución del fallo firme. Lectura diferente tiene como hemos visto la vigencia de las medidas cautelares cuando la sentencia es desestimatoria condenatoria. No obstante, de acuerdo con los arts. 132.1 LJCA en relación con los arts. 731 y 745 LEC las medidas se extinguirán automáticamente cuando el fallo de la sentencia haya ganado firmeza.

¹⁷²³ Ídem.

¹⁷²⁴ Los Autos resolutorios de solicitudes de medidas cautelares dictados por órganos judiciales unipersonales –Juzgados Contencioso-Administrativo y Juzgados Centrales Contencioso-Administrativo-cuantía inferior a 30.000 euros son susceptibles de recurso de reposición -según redacción dada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, que sustituye la denominación del recurso de súplica- o apelación en los términos previstos en los artículos 79.1 y 81.1 LJCA, siendo este último resuelto mediante sentencia (art. 85.9 LJCA).

¹⁷²⁵ No existe duda sobre ello en lo que respecta al recurso de apelación, pues la doctrina mayoritaria considera que la cuantía de las demandas en la materia en estudio es de cuantía indeterminada (art. 40 y 42.2 LJCA). En cuanto al recurso de casación ante el TS, como he señalado, no es una nueva instancia o en su caso una tercera instancia, máxime con su función nomofiláctica, pero en esencia continúa siendo un recurso contra resoluciones judiciales que no han adquirido firmeza. Como es conocido no se permite una nueva valoración de los hechos tenidos por probados en la instancia, sin perjuicio de la facultad de integrar los hechos cuando resulte necesario para apreciar la infracción alegada (art. 93.3 LJCA), manteniéndose la ejecutividad del acto administrativo de acuerdo con las normas generales previstas en la ley o aquellas que de manera específica que se regulan en determinadas especializaciones, como es lo referente al procedimiento preferente de expulsión en la presente materia, por lo que se ha de mantener la suspensión de la efectividad del acto si fue lograda mediante la medida cautelar de suspensión o aquella que sea más efectiva o en su caso como he tratado la ejecución provisional del auto.

en cuanto al acceso al recurso impugnativo de los autos aquí analizados, aunque como se verá limitado en su contenido, en sentido estricto al considerarse que no se abre una segunda instancia plena, en cuanto a que los efectos son devolutivos. Aunque ello no quiere decir que existan determinados supuestos relacionados con la determinación de la cuantía de la demanda inicial que hacen que se tenga una interpretación limitativa de la doble instancia¹⁷²⁶, incidiendo negativamente en el cauce procesal del recurso de apelación¹⁷²⁷.

Luego en lo que aquí nos interesa la LJCA también regula los recursos de apelación contra los autos recaídos en ejecución de sentencia, que como he señalado es de aplicación extensiva su art. 103.1 en cuanto expone “*La potestad de hacer ejecutar las sentencias y demás resoluciones judiciales...*”, es decir, a los Autos de las medidas cautelares, por tanto, dicho autos son objeto de recurso de apelación también en un solo efecto. En similares términos, pero relacionados con el recurso de casación el art. 87.1-d) los dictados en el caso previsto en el art. 91, ejecución provisional de la sentencia recurrida.

Los recursos contra los autos que ponen fin a la pieza de medidas cautelares no suspenden la ejecución de éstas, pues como se ha dicho son a un solo efecto. Así lo dispone expresamente para la apelación contra los autos dictados por órganos unipersonales en el art. 80.1 a) LJCA, según el cual estos autos resultan apelables en un solo efecto. El mismo principio rige para los autos dictados por Tribunales colegiados susceptibles de recurso de casación, no obstante, el silencio del art. 87 LJCA, se entiende así a partir de la interpretación sistemática que sobre ello se mantiene del art. 91 LJCA (ejecución provisional de la sentencia recurrida), en relación con lo expuesto sobre el art. 103.1 de la misma norma.

6.2.- Recurso de Apelación.

Notificada la resolución, auto de medida cautelar, si las partes entienden que el mismo es contrario a sus pretensiones podrán interponer recurso de apelación regulado en el art. 80.1-a) LJCA al ser dichos autos definitivos, que ponen término final a la pieza de medidas cautelares¹⁷²⁸. Al respecto se debe tener en cuenta lo dispuesto en la LEC art.

¹⁷²⁶ El concepto de segunda instancia no es un concepto unívoco, sino que admite una diversidad de significados según la amplitud con que se configure su objeto procesal, bien como un *novum iudicium*, es decir, como una nueva primera instancia o bien como una *revisio prioris instantiae*, es decir, como un control de lo decidido y resuelto en la primera instancia, siendo el legislador quien ha de optar por la configuración de uno u otro modelo.

¹⁷²⁷ Como botón de muestra tenemos aquellos supuestos relacionado con actos administrativos tales como, acceso al derecho de la educación o a autorizaciones de estudio, expulsiones, entre otros donde generalmente se interpreta cuantía indeterminada, sin embargo, existen interpretaciones diferentes, las cuales fijan la determinación de la cuantía del recurso contencioso-administrativo, la cual vendrá determinada por el valor económico de la prestación objeto del mismo, precisando el art. 42.1, fijando el valor económico de la pretensión. Para ello se tendrán en cuenta las normas de la legislación procesal civil, aunque con especialidades, remiando al art. 251 regla 11 LEC, el cual señala que cuando la demanda tenga por objeto una prestación de hacer, su cuantía consistirá en el coste de aquello cuya realización se inste o en el importe de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento. En este sentido SSTSJ Madrid, Sala (Contencioso), Sec. 10ª, Sec. 10ª, nº 154/18 de 6-03-2018, Rec. 348/17, FD 3; nº 79/10 de 15-04-2010, Rec. 139/10, FD 3, ambas sobre denegación entrada en España. AJCA nº 2 de Melilla, S/N de 22-07-2020, Rec. PA 30/20, inadmitiendo recurso de apelación contra sentencia por derechos fundamentales de acceso a la educación.

¹⁷²⁸ Colomer Hernández, I., (2017). “Capítulo 1. Recurso súplica, de apelación,...”, op. cit., pp. 80-152, 203-338, concretamente en cuanto al efecto suspensivo y el recurso de apelación, pp. 220-223.

455-467, con especial atención el art. 456 LEC (ámbito y efectos del recurso de apelación). Como señala la LJCA, dicho recurso es en un solo efecto, devolutivo¹⁷²⁹. El recurso se ha de presentar por escrito ante el Juzgado en el plazo de quince días, contados desde el siguiente a su notificación siguiendo la tramitación y procedimiento establecido en el art. 85 LJCA.

Dentro de los autos que están incluidos en el art. 80.1-a) LJCA en un solo efecto, se encuentran los que se señala el art. 131 LJCA, los cuales ponen fin a la pieza separada de medidas cautelares, por lo que comprende también el segundo auto dictado del art. 135.1-b) LJCA, así como estarían comprendidos los segundos autos del art. 135.1-a) LJCA, [no así el primero, de este mismo artículo, ni el primer auto del art. 135.1-b), aspecto que veremos más adelante], a su vez se incluye los autos del art. 136.2 LJCA.

En el *iter* procesal del recurso de apelación contra el auto de la medida el proceso avanza y puede ser resuelto el contenido de fondo del proceso, dictado de la sentencia. Como se ha señalado la misma puede ser desestimatoria de las pretensiones del recurrente, pudiendo está a su vez ser recurrida de acuerdo al art. 81.1-a) y 2-a) y b), teniendo este recurso doble efecto, suspensivo-devolutivo, (art. 83.1-2 LJCA). Cuestión que no se puede confundir con los recursos de los autos de los supuestos de ejecución de las sentencias, autos previstos en el art. 80.1-b)-e), (autos también a un solo efecto), en relación con el art. 84.1 LJCA¹⁷³⁰, por lo que los autos de ejecución de sentencias se llevarán a efecto pese a su eventual impugnación a través del presente recurso apelación. Esto último también se hace extensivo a la ejecución provisional de la sentencia (art. 103 LJCA), en relación con el art. 80.1-e) LJCA, referido a los autos recaídos en aplicación de los arts. 83 y 84 de la misma norma (medidas cautelares para asegurar la ejecución definitiva de la sentencia y medidas concretas para la ejecución provisional, respectivamente).

Como se ha dicho en el capítulo anterior se viene sosteniendo hasta la actualidad que bajo las circunstancias anteriores, el recurso de apelación contra el auto de la medida cautelar pierde su objeto por causa sobrevenida, pérdida de objeto, atendiendo al desplazamiento de la medida cautelar por la sentencia, dicho desplazamiento se potencializa si se acciona por la Administración la ejecución provisional de la sentencia. Sin embargo, como también se dijo allí parte de la jurisprudencia y la doctrina científica consideran una posible modificación del criterio del TS al respecto, doctrina jurisprudencial sobre la aplicación del art. 91.1 LJCA, que se traslada y superpone miméticamente al recurso de apelación, reforzando su análisis dicha corriente interpretativa del análisis del art. 83.2 LJCA en relación con el art. 132 LJCA, y art. 731.1 LEC, entrando en juego nuevamente

¹⁷²⁹ Es necesario recordar la diferencia entre este tipo de recurso de apelación contra el auto de medida cautelar, contra el recurso de apelación de sentencias. La función y efectos del primero es devolutiva, es como instrumento para lograr la depuración de eventuales vicios de esta clase de resoluciones, sin que en ningún caso pueda considerarse que se abre una segunda instancia en sentido estricto, ya que no hay doble conocimiento de fondo por el tribunal *ad quem*, sino que este último, sobre todo, corregirá las infracciones procesales. Lo que quiere decir que la resolución judicial dictada, en este caso el auto desestimatorio de la medida cautelar puede ser ejecutada, de lo contrario se estaría privando de la posibilidad de la tutela judicial efectiva de la parte contraria, en aquellos supuestos en que precisamente haga peligrar la posibilidad de la efectividad de la sentencia que pueda dictarse. En el caso del segundo, recurso de apelación de sentencias, tiene n como se ha dicho doble efecto.

¹⁷³⁰ Vid. notas 1355, 1424 y 1721, AATS Sala 3º, Sec. 3ª, nº 3259/99, Rec. 10012/97, FD 3 y nº 9420/10 de 21-07-2010, Rec. 1923/09 FD 2, refiriéndose ambos a la diferenciación de los arts. 83.2 y art. 84.1 ambos LJCA

las medidas cautelares, pero esta vez para asegurar la ejecución de la sentencia. Al respecto agregar que a partir del nuevo recurso de casación el propio carácter extraordinario adquiere una nueva matización por su propio carácter nomofiláctico, de *ius constitutionis*, cuestión de la que no participa el recurso de apelación.

No obstante, lo dicho por la jurisprudencia y doctrina científica antes enunciada, la cual se comparte, entiendo a su vez que el traslado que han realizado los TSJ citados de la doctrina ahora comentada del TS, ha sido como se ha dicho un traslado y aplicación mimética, de un tipo recurso a otro en los cuales sus naturalezas jurídicas poco tienen en común. El recurso de apelación se distingue precisamente del de casación porque la sentencia del juzgado de instancia cuando es recurrida en apelación se le impone al apelante la carga de criticar la resolución dictada por el órgano judicial *a quo* para que pueda prosperar su pretensión, ello no es un recurso extraordinario, sino un recurso ordinario, como principio general de doble instancia, que permite su interposición sin necesidad de que concurran motivos tasados, procede siempre que el asunto no ha sido resuelto en cuanto al fondo, en garantía del contenido normal del derecho a la tutela judicial efectiva, quiere esto decir, que el órgano jurisdiccional *ad quem* puede llegar a extender su función revisora, tanto a los elementos de hecho, como de derecho de la sentencia impugnada.

Por tanto, los arts. 83.2 LJCA en relación con el art. 132.1 LJCA y art. 731.1 LEC pasan a conformar la clave de bóveda interpretativa fundamental, como característica consustancial a la propia naturaleza de cualquier medida cautelar, esto es, su accesoriadad¹⁷³¹, lo que conlleva, a que ciertamente el no mantenimiento de las mismas es cuando el proceso o procedimiento principal haya terminado por cualquier causa o como también señala concretamente el art. 132.1 LJCA en relación con el art. 548 LEC, cuando haya adquirido firmeza, que ponga fin al procedimiento en el que se hayan acordado. Precisamente el recurso de apelación hace efecto contrario a lo anterior. Pudiera decirse inicialmente que el dictado de la sentencia es una causa sobrevenida que puede hacer perder la efectividad del recurso de apelación contra el auto de la medida cautelar, es decir, la pérdida sobrevenida de objeto del recurso, circunstancia que hace innecesario el examen de los motivos planteados en el mismo, pero es el propio recurso de apelación quien marca la diferencia, delimitando, frenando la adquisición de firmeza de la sentencia. Dicho de otra forma, si contra la sentencia se interpone el recurso de apelación evidentemente no es firme y el tribunal *ad quem* puede revocarla, por lo que la medida cautelar vigente recurrida, es una garantía para el cumplimiento de la propia sentencia que resuelva dicho tribunal *ad quem*. Una segunda cuestión sería el propio contenido de la sentencia, es decir, si la misma es condenatoria, como señala el art. 731 LEC “...en cuyo caso deberán mantenerse las medidas acordadas hasta que transcurra el plazo a que se refiere el artículo 548 de la presente Ley...”, (veinte días posteriores a aquel en que la resolución de condena sea firme).

En definitiva, como he señalado *supra* la jurisprudencia defensora de que en los procesos de enjuiciamiento de cuestión incidental cautelar en fase de recurso de apelación, en los que sobreviene sentencia no cabrá continuar su enjuiciamiento, sino que se superpone y da preferencia a la aplicación del art. 91.1 LJCA debe ser revaluada ya que al recurso de apelación no le es de aplicación las características del recurso extraordinario de casación.

¹⁷³¹ Vid. nota 1371.

En síntesis una aproximación a la reevaluación doctrinal criticada se debe sustentar tras un análisis axiológico, sistemático y hermenéutico del ordenamiento jurídico, i) en la propia efectividad de la tutela judicial efectiva, ii) el propio art. 132.1 LJCA, el análisis del citado artículo debe ir más allá, pues el mismo utiliza el adjetivo firme, es decir la sentencia debe ser firme, iii) el propio recurso de apelación de manera crítica contra la sentencia, evidentemente hace que no sea firme, por demás, dicho recurso tiene un doble efecto, iv) al propio recurso de casación y su propio carácter nomofiláctico, de *ius constitutionis*, téngase en que los autos de medidas cautelares de forma indirecta¹⁷³² también pueden ser llevados al TS a través de la casación a partir de las sentencias que dicten los TSJ (art. 86.1 LJCA), en unión del propio art. 86.3 cuando el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o de la UE que sea relevante y determinante del fallo impugnado, así como del art. 88.2 a) y f), relativo a la interpretación y aplicación del DUE en contradicción aparente con la jurisprudencia del TJUE o en supuestos en que aun pueda ser exigible la intervención de éste a título de cuestión prejudicial. Siendo en nuestro caso los de mayor interés los antes señalados debido a la alta influencia del DUE en la presente especialidad.

Lo cierto es que si se adopta la aproximación reinterpretativa expuesta nos llevaría a examinar la legalidad de la resolución cautelar emitida, bajo el prisma del derecho nacional y del DUE, ese examen seguirá siendo útil tras la sentencia de instancia, ello al menos cuando, exista una cuestión interpretativa del DUE en el seno de la pieza de medida cautelar o incluso en la sentencia y que no haya sido admitida por el juzgado de instancia e incluso que no sea apreciado por el TSJ, quedaría abierta la posibilidad de la cuestión prejudicial ante el TS como máximo órgano ordinario, tras el cual no hay ulterior recurso ordinario, ello fortalecería el propio efecto útil del DUE.

Por último, como se ha mencionado en fase de recurso de apelación del auto de la medida cautelar cabe también la adopción de medidas cautelares por el juez *a quo*, tal y como se ha señalado según lo dispuesto en el art. 83.2 LJCA, ello porque las partes interesadas pueden instar al dictado de las mismas para asegurar, en su caso, la ejecución de la sentencia atendiendo a los criterios establecidos en el capítulo II del Título VI, por tanto, se podrán adoptar cuantas medidas sean necesarias y pertinentes. En similares circunstancias como se ha señalado se puede también instar la solicitud de la ejecución provisional de la sentencia recurrida en apelación.

De constituirse el escenario anterior y solicitarse por la Administración medida cautelar para garantizar la sentencia dictada a su favor o instada por la misma la ejecución provisional facilitaría al justiciable según el supuesto sustantivo la oposición a dichas solicitudes y tener a través de los respectivos autos que se dicten la posibilidad de recurrirlos en apelación, también a un solo efecto ante el TSJ quien dictará sentencia, la cual también podrá ser recurrida en casación.

6.3- Recurso Casación.

¹⁷³² Quintana Carretero, J. P., (2017). “El nuevo y polémico recurso de casación...”, op. cit., p. 2. En este sentido se ha de tener en cuenta ATS Sala 3ª, Sec. 1ª, nº 1430/19 de 8-02-2019, Rec. Queja 2/19, FD 4-5.

La LO 7/15, de 21 de junio (apartado uno de la Disposición Final Tercera) modificó la LJCA, en su Sección 3ª del Capítulo III del Título IV, integrada por los artículos 86 a 93, dedicada al recurso de casación contencioso-administrativo¹⁷³³.

Del presente recurso de casación nos interesan en estos momentos aquellos que se puedan preparar contra los autos que pongan fin a la pieza de medidas cautelares de suspensión u otras medidas de acuerdo al art. 129 a 136 LJCA, (art. 87.1-b)¹⁷³⁴, este ordinal también comprende los autos de las solicitudes de modificación de medidas cautelares¹⁷³⁵. Son a su vez comprendidos como interés de estudio aquellos autos que se puedan dictar en la pieza o incidente de solicitud de ejecución provisional de sentencias art. 87.1-d) en relación con art. 91.1 LJCA¹⁷³⁶. Tenemos que decir que los autos antes relacionados son

¹⁷³³ La propia Exposición de Motivos de la LO 7/15 explica en su apartado XII que la finalidad del nuevo recurso de casación es intensificar las garantías en la protección de los derechos de los ciudadanos, como instrumento por excelencia para asegurar la uniformidad en la aplicación judicial del derecho, basado en un interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia. Destacando su función nomofiláctica, que no se convierta en una tercera instancia, no se permite una nueva valoración de los hechos tenidos por probados en la instancia, sin perjuicio de la facultad de integrar los hechos cuando resulte necesario para apreciar la infracción alegada (art. 93.3 de la LJCA), como sucede con frecuencia en la especialidad aquí tratada y expuesto en las últimas veintenas de STS después del nuevo recurso de casación donde ha tenido que acabar examinando hechos al existir infracciones jurídicas relacionadas con su acreditación o valoración, o que se vuelva sobre la apreciación probatoria realizada en la instancia en la aplicación de máximas de experiencia, reglas de la lógica o de la sana crítica, o con la determinación del contenido de los conceptos jurídicos indeterminados, así como utilización del DUE y de la jurisprudencia del TJUE, aunque no ha establecido ninguna cuestión prejudicial respecto a la materia aquí tratada. Aunque no sea una segunda, ni tercera instancia, el nuevo recurso de casación también está comprometido con la tutela judicial efectiva, la seguridad jurídica, es decir, cumplir con el *ius litigatoris* y a través del mismo cumplir su labor nomofiláctica y unificadora de la jurisprudencia (*ius constitutionis*). En este sentido, Huelin Martínez de Velasco, J., (2017). “La nueva casación contenciosa administrativa (primeros pasos). *RGDC* (nº 24), pp. 1-41, Hinojosa Martínez, E., (2016). *El nuevo recurso de casación contencioso administrativo*. Barcelona: Bosch, pp. 50.

¹⁷³⁴ Como se señala por la mayoría de la doctrina especializada los autos recurribles son los mismos que los contemplados en la regulación precedente, por tanto, las modificaciones introducidas por la reforma son mínimas, siendo una modificación continuista que tiene un carácter formal, en tanto que los motivos esgrimibles en estos recursos se reducen prácticamente a infracciones de la LJCA, por todos, Casado Casado, L., (2019). “Restricciones en los Recursos...”, op. cit., pp. 83-84. Colomer Hernández, I., (2017) “Capítulo 3. El nuevo Recurso de Casación”..., op. cit. pp. 391-399. Quintana Carretero, J. P., (2017). “El nuevo y polémico recurso de casación contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo”. *RJD*, (nº 1) <http://www.online.elderecho.com>. Recuperado 14-12-2017. Ruiz López, M. Á., (2016). *La reforma del recurso de casación...*, op. cit. pp. 124-138. Hinojosa Martínez, E., (2016). *El nuevo recurso de casación...*, op. cit., pp. 105-118. Iglesias Canle, I. C., (2016). *Recursos en el proceso...*, op. cit., pp. 97-107, 225-228, 231-232. Santamaría Pastor, J. A., (2015). “Una primera aproximación al nuevo sistema casacional”. *RAP*, (nº 198), pp. 11-42.

¹⁷³⁵ Hinojosa Martínez, E., (2016). *El nuevo recurso de casación...*, op.cit., pp. 111-112.

¹⁷³⁶ Colomer Hernández, I., (2017) “Capítulo 3. El nuevo Recurso de Casación”..., op. cit. pp. 391. Razquin Lizarraga, J. A., (2016). “El recurso de casación en la jurisdicción contencioso-administrativa tras la Ley Orgánica 7/2015”. *RVAP*, (nº. 104-I), pp. 135-178. Dicho recurso ha de cumplir la concurrencia de aquellos requisitos que, exigidos por el art. 88.2-3 LJCA que le sean aplicable en especial los que permiten apreciar el interés casacional objetivo. A través de la recurribilidad en casación de estos autos se persigue asegurar la tutela judicial efectiva, tanto en el acceso al proceso, como en la ejecución de sentencias, (p. 151). ATS Sala 3ª, Sec. 1ª, nº 9803/18 de 20-09-2018, Rec. 299/18, autos recaídos en ejecución de sentencia, siempre que resuelvan cuestiones no decididas, directa o indirectamente, en aquélla o que contradigan los términos del fallo que se ejecuta (art. 87.1-c) LJCA, FD 3 y STS, Sala 3ª, Sec. 2ª, nº 4391/15 de 21-10-2015, Rec. 2271/14, refiriéndose a las solicitudes de ejecución provisional de sentencias recurridas en casación deben solventarse por la vía del art. 91, pero sin ninguna duda el régimen de impugnación de los autos que

de carácter tasado¹⁷³⁷ y han de ser dictados por órganos judiciales colegiados -Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia y Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional- (art. 87.1 LJCA). Dicha preparación de los recursos han de fundarse en cualquiera de los motivos del art. 88.2 LJCA, pero en lo que aquí nos interesa me centro en los ordinales del art. 88.2-a-f LJCA, interpretación de las normas de Derecho estatal o de la UE¹⁷³⁸ y la interpretación y aplicación del DUE en contradicción aparente con la jurisprudencia del TJUE o en supuestos en que aun pueda ser exigible la intervención de éste a título prejudicial. Como no puede ser de otra forma dichos recursos han de tener relevancia e interés casacional objetivo. El recurso de casación contra estos autos es tanto, para el supuesto en el que se deniegue la suspensión o cualquier otra medida cautelar, como en el supuesto en el que se acceda a la misma¹⁷³⁹, sobre la base de las infracciones en que haya podido incurrir la medida cautelar respecto a los ordinales del art. 88.2. Para que pueda prepararse el recurso de casación es requisito necesario interponer previamente el recurso de reposición, (arts. 79.1; 87.2) todos LJCA¹⁷⁴⁰. Dicha preparación es ante la Sala de instancia en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución que se recurre, en escrito en el que se dé cumplimiento a los requisitos del art. 89 LJCA.

Existe con la nueva regulación del presente recurso de casación una segunda vía de dichos recursos contra los autos de medidas cautelares de suspensión u otras medidas, así como aquellos autos que se puedan dictar en la pieza o incidente de solicitud de ejecución provisional de medidas cautelares dictados por los juzgados de lo contencioso administrativo; es una vía que se realiza de forma indirecta. Sería la establecida a través del art. 86.1 LJCA, luego de dictada sentencia resolviendo el recurso de apelación interpuesto ante el TSJ correspondiente. Esta posibilidad indirecta en realidad se

resuelven los correspondientes incidentes es el previsto en la Ley de esta jurisdicción para tal clase de resoluciones en los arts. 79, 80 y 87, todos LJCA. Este último permite en su apartado 1.c) el recurso de casación, en los mismos supuestos previstos en el art. 86 para las sentencias, frente a los autos recaídos en ejecución de sentencia, siempre que resuelvan cuestiones no decididas por ésta, directa o indirectamente, o que contradigan los términos del fallo que ejecutan, sin distinguir si la ejecución es definitiva o provisional.

¹⁷³⁷ Como define la doctrina teniendo en cuenta el listado incluido en el art. 87.1 LJCA supone un *numerus clausus*. Núñez Jiménez, J. M. & Pérez García, M. L., (2017). *Estudio sobre el recurso de casación contencioso-administrativo*. Madrid: Ministerio de Justicia, p. 251. Ruiz López, M. Á., (2016). *La reforma del recurso de casación...*, op. cit. pp. 132-146. ATS Sala 3ª, Sec. 1ª, nº 9980/17 de 24-10-2017, RQ 343/17, RJ 2.

¹⁷³⁸ Calvo Rojas, E., (2019). “Influencia del Derecho de la Unión Europea en la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo...”, op. cit., pp. 67-98. Razquin Lizarraga, J. A., (2018). “Primer balance del nuevo recurso de casación contencioso administrativo”. *RVAP*, (nº110-I), pp. 239-282. Previamente en el año (2017): “El interés casacional objetivo según el Tribunal Supremo”. *REDA*, (nº. 188), pp. 175-200. Como señala el profesor Razquin Lizarraga al recurso de casación contra los autos contemplados en el art. 87.1 LJCA le es aplicable el régimen general de la casación: el recurrente debe cumplir los requisitos exigidos para el escrito de preparación y, en particular, justificar la relevancia de las infracciones denunciadas y su carácter objetivo.

¹⁷³⁹ Ruiz López, M. Á., (2016). *La reforma del recurso de casación...*, op. cit. pp. 130-132.

¹⁷⁴⁰ Cuando la resolución recurrida tuviera la forma de auto previo a la preparación del recurso de casación se ha de interponer previamente el recurso de reposición. Resuelto el preceptivo y previo recurso de reposición que exige el art. 87.2, LJCA se diera la circunstancia de que el auto recurrido en reposición se hubiera dictado antes de la entrada en vigor la reforma legal del recurso de casación -22-07-2016- y el auto resolutorio del indicado recurso se hubiera dictado con posterioridad a esa fecha, se aplicará al recurso de casación de que fuera susceptible el auto la normativa instaurada por la LO 7/15, sea cual fuere el sentido -estimatorio, desestimatorio o de inadmisión- del segundo auto. (AATS, Sala 3ª, Sec. 1ª nº 353 y 354 de 1-02-2017, Rec. 3238/16 y Rec. 2989/16).

convierte en la práctica en la especialidad aquí investigada en unas hipótesis, con varias variables negativas a superar, entre ellas:

a). - La ya analizada causa sobrevenida, pérdida de objeto de recurso por el dictado de la sentencia desestimatoria.

b). - La casación de los autos dictados por los juzgados de lo contencioso administrativo después de ser recurridos en apelación y dictada la sentencia por los TSJ, se hace poco efectivo y eficiente, entre otras razones, por el propio tiempo y por todo el entramado procesal de plazos para llegar al TS. En este sentido se ha de tener en cuenta la observación realizada por HUERTA GARICANO, quien señala que lo anterior se debe a “consecuencia de una defectuosa gestión, por inexistencia de un turno preferente para resolver esos recursos de casación contra los Autos dictados en las Piezas de Medidas”¹⁷⁴¹. Dicho de otra forma, el legislador configura el acceso a un recurso, existe la posibilidad de acceso, pero que en la realidad se hace inefectivo e ineficiente por las trabas procesales, disponibilidad real, y especialmente en el sentido de que su ejercicio se ve obstaculizado por omisiones, en este caso, la no existencia de un turno preferente de reparto para atender recursos de casación sobre piezas de medidas cautelares.

c).- Tanto el recurso de apelación interpuesto previamente contra los autos dictados en instancia, así como las propias solicitudes de dichas medidas han de estar desde su inicio permeados o con vocación de futuro que acredite interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia o que dicho auto inicial, su recurso de apelación, la sentencia sobre dicho recurso y el futuro recurso de casación, han de estar basados en infracciones de normas de Derecho estatal o de la UE¹⁷⁴² o interpretación y aplicación del DUE en contradicción aparente con la jurisprudencia del TJUE o en supuestos en que aun pueda ser exigible la intervención de éste a título prejudicial.

d).- Sobre el aspecto sustantivo y procesal de las medidas cautelares propiamente dichas y los autos de ejecución provisional existe una amplia jurisprudencia, que como he señalado está muy consolidada¹⁷⁴³ sobre determinados aspectos, por lo que se considera que no parece que el régimen de impugnación de los autos en sede casacional vaya a deparar novedades de gran calado¹⁷⁴⁴. Este aspecto ciertamente como he señalado *ut supra* requerirá un largo proceso para su transformación, pero el sistema está abocado a ello, por dos razones fundamentales, el dialogo con el TJUE a través de la cuestión prejudicial y el dialogo con el TEDH, por tanto, el recurso de casación deberá ir encausado en las características generales antes expuestas, es decir, de acuerdo con las

¹⁷⁴¹ Huerta Garicano, I., (2013). “Pérdida sobrevenida de objeto de los recursos de casación en materia de medidas cautelares en los supuestos de sentencias desestimatorias recaídas en la instancia. Foro abierto”. (Coord.). D. Córdoba Castroverde, *RJD*, nº 2, <http://www.online.elderecho.com>. Recuperado 14-12-2017.

¹⁷⁴² Quintana Carretero, J. P., (2017). “El nuevo y polémico recurso de casación...”, op. cit., p. 2.

¹⁷⁴³ Cancer Minchot, P., (2016). “La nueva casación contencioso-administrativa: sentencias y autos recurribles. El interés casacional objetivo”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, (nº 6), pp. 41-62. Ruiz López, M. Á., (2016). *La reforma del recurso de casación...*, op. cit. pp. 127.

¹⁷⁴⁴ Mestre Delgado, J. F., (2016). “La configuración del recurso de casación en torno al interés casacional”, en J. M. Baño León (Coord.). *Memorial para la reforma del Estado: Estudios en Homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado*, (Vol. 1, pp. 1011-1031). Madrid: CEPC, señalando el profesor Mestre Delgado que en cuanto a los autos no se prevé novedades de gran calado ya que dichas resoluciones particularmente están apegadas a unos supuestos de hecho, (1020-1022). En similares términos Iglesias Canle I. C., (2016). *Recursos en el proceso...*, op. cit., pp. 225-228.

infracciones en que haya podido incurrir la medida cautelar en cuanto al DUE¹⁷⁴⁵ y al Derecho Estatal y la interpretación y aplicación del DUE.

Definitivamente lo cierto es que tal posibilidad de recurso de casación está presente, siendo permitido dado que ninguna limitación ha establecido el legislador sobre la recurribilidad de las sentencias de las Salas de los TSJ dictadas en apelación contra los autos de medidas impugnados inicialmente, otra cosa es la efectividad y eficacia del mismo en el contexto en el que opera y su correspondencia teleológica con la finalidad descrita en el art. 13 CEDH y art. 47 CDFUE. Hasta estos momentos a pesar de lo dispuesto en el art. 87.1-b) LJCA han sido muy contadas las admisiones de recursos de casación frente a estos autos en la especialidad en estudio, entre ellos tenemos, ATS Sala 3ª, Sec. 1ª, nº 8/19 de 8-01-2019, Rec. 4798/18, admitiendo la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar, si el reenvío que efectúa el art. 25.2 Ley 12/09, protección internacional cursadas desde CIE- al régimen de las peticiones efectuadas en puestos fronterizos, contempladas en su art. 21, es integral o parcial y, en consecuencia, si transcurridos cuatro días desde la petición sin dictado de resolución administrativa, cabe entender que los efectos del silencio positivo se extienden más allá de la obligada tramitación urgente de la petición, a un otorgamiento provisional (hasta tanto, se dicte la resolución administrativa) de la autorización de entrada y, por tanto, a la suspensión de la devolución del extranjero internado en el CIE¹⁷⁴⁶.

En ambos casos, recurso casación a partir de resoluciones en primera instancia, tanto de los TSJ, como de la AN, así como la vía indirecta, el TS en la Sección creada para la determinación de admisión de los recursos se faculta para la admisión o inadmisión de los mismo de acuerdo con el interés casacional objetivo según el art. 88 LJCA, el cual señala concretamente que el recurso de casación podrá ser admitido a trámite cuando, invocada una concreta infracción del ordenamiento jurídico, tanto procesal como sustantiva, o de la jurisprudencia presente interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia. Como he señalado puede ser cualquiera de los ordinales del art. 88.2 LJCA, pero insisto en nuestro caso serían los ordinales del art. 88.2-a-f) LJCA.

La importancia de lo antes dicho entronca con la hipótesis con variables negativas antes señaladas, por tanto, al momento de valorar la pertinencia de este recurso casación hay que tener presente la relevancia que ostenta, a estos efectos, el TS como máximo órgano jurisdiccional ordinario, situado en la cúspide de la organización judicial española, cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial, aspecto este que a su vez encaja directamente con la importancia de la cuestión prejudicial¹⁷⁴⁷ y el carácter nomofiláctico y unificador de la jurisprudencia nacional desde una perspectiva *ius constitutionis*. Esto último y la interpretación de las normas de la UE, que sean normas claras, actos claros o aclarados¹⁷⁴⁸ en relación con la cuestión prejudicial son el aspecto central por lo que entiendo que a su vez la doctrina de la causa sobrevenida del dictado de la sentencia en

¹⁷⁴⁵ Moreno Molina, Á. M. (2018). “El "nuevo" recurso de casación en el orden contencioso administrativo y el Derecho de la Unión Europea”, en M. Vaquer Caballería, Á. M. Moreno Molina & A. Descalzo González (Coord.). Estudios de Derecho Público en Homenaje a Luciano Parejo Alfonso. (T I, pp. 561-591). Valencia: Tirant lo Blanch.

¹⁷⁴⁶ Resuelto por STS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 1211/19 de 23-09-2019, Rec. 4798/18, FD 4.

¹⁷⁴⁷ ATS Sala 3ª, Sec. 1ª, nº 2059/18 de 21-02-2018, Rec. 5941/17.

¹⁷⁴⁸ STJUE, asunto Cilfit c. Italia, C-283/81. SSTC, Sala 1ª, nº 27/13 y del Pleno, nº 37/19.

instancia ya no es motivo suficiente para vaciar de contenido y dejar sin objeto un recurso de casación contra un auto de una pieza separada de medida cautelar.

6.4- Recurso frente a los autos de las medidas cautelarísimas.

Análisis independiente lleva el sistema de los recursos contra los autos dictados en las medidas cautelarísimas del art. 135.1 LJCA. Recobra aquí especial mención la STC, Sala 1ª, nº 173/99 en cuanto a que una vez configurado por el legislador el derecho al recurso en los términos y con los requisitos establecidos legalmente, pasa a integrar, en principio, el derecho a la tutela judicial efectiva correspondiendo a los Tribunales ordinarios la interpretación y aplicación de los requisitos de acceso a los recursos previstos en las normas procesales.

Como se ha expuesto en Capítulos anteriores la interpretación del art. 135.1 LJCA lleva dos lecturas, i) la prohibición por un lado por mandato legislativo, el legislador así lo ha configurado, no recurribilidad, impugnabilidad del auto inicial, en el inciso a) del art. 135.1 LJCA, “...*contra este auto no se dará recurso alguno...*”, ii) mientras que, por otra dicha prohibición es fruto de la interpretación jurisdiccional del TS, art. 135.1-b). Esto en lo que aquí nos interesa nos llevara primeramente a ratificar y luego a profundizar en que ambas interpretaciones constituyen en sentido general una limitación de acceso al recurso impugnativo, como acceso general a los recursos y las garantías de la tutela cautelar. Ambas prohibiciones, luego son remediadas cuando en ambos incisos señala la norma que, dictados los segundos autos en cada supuesto, dichas resoluciones judiciales serán recurribles conforme a las reglas generales.

En el inciso a) del art. 135 LJCA desde su surgimiento en 1998 declara normativamente dicha prohibición (fue ratificado así en la modificación del 2010 y del 2011 LMAP). El inciso b) es omiso en cuanto a tal expresión prohibitiva de recurso impugnativo. El art. 135.1-b) LJCA se introduce por el legislador en la modificación del 2011. No se expone en dicha modificación que el auto inicial (no apreciación de la especial urgencia), no sea recurrible, es decir, el legislador no realizó ninguna prohibición expresa y categórica sobre la imposibilidad de recurso impugnativo, como sí lo hizo en el inciso a). Ante esta ausencia de pronunciamiento expreso limitativo, no existe argumento normativo impeditivo alguno para ello (aunque el propio fin de la reforma procesal en que se hizo, era precisamente la agilización procesal¹⁷⁴⁹). Como veremos ha sido la jurisprudencia del TS la que ha definido que el citado auto inicial no agota o termina la pieza (art. 80.1-a).

La sistemática interpretativa jurisdiccional del TS respecto del art. 135.1-a) LJCA, no recurribilidad del primer auto denegando la especial urgencia, amparado como es lógico en la propia expresión gramatical de la norma prevista por el legislador, lo ha aplicado de forma extensiva, analógica o miméticamente al inciso b) del citado artículo. Esto nos conduce al (art. 117.3 CE) el cual señala que le corresponde a los Tribunales ordinarios la interpretación y aplicación de los requisitos de acceso a los recursos previstos en las normas procesales. Dicho esto, nos remite a determinar cuáles han sido las razones de interpretación y aplicación judicial de tales requisitos legales que hacen que se trasladen del inciso a) al b) del art. 135. Señala el TS que entre ellos se encuentran, i) el carácter

¹⁷⁴⁹ No es que no se haya producido por el legislador una reforma de agilización procesal, sino que además también se ha producido una reforma limitativa del contenido esencial del derecho fundamental a la tutela cautelar efectiva, en su vertiente de acceso al recurso. Ello es así, pues acceso a la jurisdicción si existe, luego una vez accedida, se limita el acceso al recurso impugnativo.

perentorio del procedimiento de cautelarísimas que no consiente demoras, ni retrasos¹⁷⁵⁰, debido a que ordena remitir el proceso iniciado al trámite ordinario del art. 131 LJCA, ii) esta remisión hace que el mismo no agote o termine la pieza, por tanto, no es definitivo¹⁷⁵¹, iii) quiere esto decir que finalmente se reconduce y sostiene a través del art. 80.1-a) LJCA, son apelables en un solo efecto los autos que pongan término a la pieza separada de medidas cautelares.

Acotada la sistemática interpretativa del TS, toca ahora someter a análisis crítico la misma de acuerdo con la jurisprudencia del TC, determinar si la argumentación antes dicha resulta arbitraria, irrazonable o manifiestamente infundada, excesivamente rigorista o fundada en un error patente.

Comenzado por el art. 135.1-a) LJCA es entendible en parte que el legislador haya señalado la limitación de impugnabilidad del primer auto sobre la apreciación de la especial urgencia, que no se produzca contra el mismo recurso impugnativo alguno. Ello se entiende debido a que la especial urgencia es apreciada, son apreciados los presupuestos del art. 130 LJCA, se acoge la pretensión del recurrente, por tanto, el acto administrativo es suspendido y se realiza *inaudita parte*, no hay parte para oponerse o recurrir algo que no se conoce o no ha tenido acceso. Cuestión distinta es que el resto de las medidas que se puedan solicitar unidas a la urgencia sean admitidas, en todo caso, si ello fuera así, no apreciadas inicialmente, la parte tiene una nueva oportunidad en la audiencia o en la comparecencia para alegarlas nuevamente y las medidas iniciales puedan ser modificadas incorporando esas nuevas medidas.

De no ser apreciada la especial urgencia, no es necesario apreciar o valorar los presupuestos del art. 130 LJCA y por tanto tampoco sería necesaria, ni la audiencia o comparecencia, pues estas tienen por objeto decidir sobre levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada inicialmente. Lo cual lleva al siguiente silogismo jurídico, no apreciada la especial urgencia, no es necesario valorar los presupuestos del art. 130 LJCA, por tanto, no se adopta medida, al no adoptarse esta, no es necesaria ni la audiencia o comparecencia debido al objetivo que persiguen las mismas, es mantener, modificar o revocar la medida inicial, la cual no se adopta. Esto nos conduce al inciso b), no apreciada las circunstancias de especial urgencia se ordenará la tramitación del incidente cautelar conforme al art. 131 LJCA.

La imposibilidad de impugnación del auto inicial en el inciso b) del art. 135.1 LJCA como se ha dicho es una construcción jurisprudencial. Ahora desde la perspectiva del sistema de recursos establecido por el legislador que vincula a los Juzgados y Tribunales, tendríamos que preguntarnos ¿qué si el legislador no prohibió de forma expresa el recurso impugnativo del art. 135.1.b) LJCA entonces porque se construye la jurisprudencia elaborada al respecto por el TS? ¿Existe o no arbitrariedad, irrazonabilidad, manifestaciones infundadas o excesivamente rigorista o un error patente en la interpretación del TS?

¹⁷⁵⁰ Teso Gamella, M. P., (2007). Medidas Cautelares..., op. cit., p. 175, señala la autora que ello se debe sobre todo a que la tramitación del incidente cautelar acaba de comenzar, faltando para su sustanciación la citación de las partes la comparecencia.

¹⁷⁵¹ SSTs Sala 3ª, Sec. 3ª, nº 2318/11, Rec. 5007/10, FD 2-6; nº 2485/11, Rec. 6037/10, FD 2-3. Esta jurisprudencia del TS tiene plena vigencia, en lo que aquí nos interesa tómesese como ejemplo, SAN Sala (Contencioso), Sec. 3ª, nº 4849/19 11-12-2019, Rec. 942/2019, FD 3; STSJC (Sede Valladolid) Sala (Contencioso), Sec. 2ª, nº 435/18 de 8-05-2018, Rec. 579/17, FD 2; STSJCL (Sede Burgos) Sala (Contencioso), Sec. 1ª, nº 111/16 de 27-05-2016, Rec. 61/16, FD 2.

De forma general la respuesta debería ser no, sin embargo, individualizando los criterios dados por el TS, la respuesta ha de ser sí. Señalar que el carácter perentorio del procedimiento de cautelarísima no consiente demoras, ni retrasos es teóricamente cierto, pero en la práctica es irreal, se conocen perfectamente los retrasos y dilaciones judiciales, estos son notorios y verificables de forma clara e incontrovertible a partir de las propias actuaciones judiciales, de los propios principios elementales de la estadística y de la experiencia. Como se señaló *ut supra* el plazo oscilaría en 17 días hábiles, tiempo más que suficiente para la ejecutoriedad de un acto administrativo en la presente especialidad. Dichas demoras y retrasos son determinantes para que la decisión cautelar sea efectiva y no se produzcan efectos negativos para el justiciable. Lo expuesto debilita la sostenibilidad del argumentario del TS, debido a que es una simple apariencia formal, teórica, no siendo real en la práctica, o en contradicción con la equidad del proceso y con la proporcionalidad. Por tanto, la remisión que pueda hacer el art. 135.1-b) LJCA al art. 131, podrá significar según criterio del TS que el mismo no agote o termine la pieza, por tanto no es definitivo y no cumpliría los requisitos del art. 80.1-a) LJCA, pero a su vez atenta contra la proporcionalidad de los bienes en conflicto, principio de no devolución o la propia dignidad de las personas o el interés superior de menor, entre otros, incluso con la propia imparcialidad objetiva de acumulación funciones enjuiciamiento o conocimiento previo.

No obstante, lo dicho, el criterio del TS también puede ser interpretado críticamente desde otro punto de vista, interpretación de hermenéutica gramatical. La redacción del art. 135.1-b) señala –“no apreciar las circunstancias de especial urgencia”- “y” -“ordenar”-; esto se puede interpretar de la siguiente manera: se produce una finalización de la pieza inicial, por no apreciación de la especial urgencia, contraria a las pretensiones del recurrente, además en este caso la “y”, constituye una conjunción copulativa, coordinante, consecutiva, de dos acciones independientes, en un sentido de mandato positivo de hacer, después de agotado, terminado, finalizado algo realizado previamente, en este caso, la terminación del trámite inicial (el auto no apreciando las circunstancias de especial urgencia), se procede así a hacer el mandato, la obligación, (en este caso, el cauce del trámite ordinario del art. 131 LJCA). Entre esas dos etapas del *iter* procesal se establece una relación de jerarquía, donde un elemento depende del otro, aquí el elemento principal es “no apreciar las circunstancias de especial urgencia”, la “y” conjuga coordinada y consecutivamente remitiendo al segundo elemento, introducido por el mandato de “ordenar”, esta última depende de la primera. Es decir que, si no se agota, termina o finaliza la primera etapa, dictado el auto no apreciando la especial urgencia, no se termina o finaliza la pieza de solicitud inicial en esa precisa etapa y no en otra, por tanto, no se podrá dar paso al procedimiento siguiente, el trámite ordinario del art. 131 LJCA.

Otro razonamiento crítico a la doctrina del TS sería desde el punto de vista combinado de los sistemas interpretativos sistemático, teleológico y axiológico respecto del art. 135 en su integralidad. El fin de las medidas cautelarísima en los supuestos del apartado segundo es garantizar de forma rápida y ágil, (fin de la ley de agilización procesal), a través de la tutela cautelar efectiva, la finalidad legítima al recurso, (en la materia en estudios garantizar que los derechos y situaciones donde están en juego derechos fundamentales y principios de derechos, como los de no devolución, interés superior del menor, entre otros, que a su vez están directamente relacionados con otros principios y valores fundamentales, tales como la dignidad humana y el desarrollo libre de la personalidad, se garanticen, no se esfumen). Entonces como va a ser posible interpretar que se remita a un

proceso ordinario (art. 131 LJCA), que por rápido que sea, prevé plazos, mínimos según ley de 17 días.

Se puede decir de contrario que el recurso de apelación o casación, que son los que hoy existen de acuerdo con la configuración que ha dado el legislador, pueden ser más dilatados en el tiempo y con más requisitos procesales y sustantivos. La respuesta sería afirmativa, evidentemente es así, es de *lege data*, pero cuando analizo la imposibilidad del recurso y su aproximación de solución no parto de ellos, sino desde una perspectiva de *lege ferenda*, la solución de los recursos en cuestión estarían en otros tipos de recursos o sistemas de recursos también urgentes, que pueden ser de reposición u otros ante otro órgano jurisdiccional del mismo nivel pero con funciones independientes que constituya una especie de doble instancia¹⁷⁵² generalizada para el control de la primera decisión no apreciando al especial urgencia o incluso como se ha dicho la creación de un turno preferente de reparto para atender estos recursos sobre piezas de medidas cautelarísimas.

A partir de lo dicho el criterio del TS de que no exista posibilidad de un recurso contra el auto inicial del inciso b) del art. 135 LJCA, trae como resultado que se vacía parcialmente el contenido mínimo/esencial del derecho fundamental del art. 24 CE¹⁷⁵³, pues como he dicho, se tendría acceso a la jurisdicción, pero no acceso a un recurso contra una resolución desestimatoria, (es cierto que se cumple así lo señalado por el TC en cuanto a la valoración de la intensidad el principio hermenéutico *pro actione*, de acceso a la jurisdicción y acceso al recurso, los cuales no operan de la misma manera, STC Sala 1ª, nº 173/99 y STC, Pleno, nº 37/95), pero como también he señalado, parte de la doctrina especializada está en contra de dicha interpretación. Siendo así, como es hasta el presente, se ejecutaría el acto administrativo por la Administración, atendiendo a su autotutela ejecutiva, pudiéndose causar daños irreversibles y luego se diría que no es efectivo el recurso por causa sobrevenida¹⁷⁵⁴.

En fin, estos razonamientos nos conducen teóricamente a sostener que i) el auto que no aprecie las circunstancias de especial urgencia del art. 135.1-b) LJCA no puede ser recurrido en apelación de acuerdo al art. 80.1-a), y llegado su momento en casación de acuerdo al art. 87.1-b), ambos LJCA, pues dicho auto no pone fin o término a dicho trámite, ii) porque el legislador en su propia labor configurativa de los requisitos de acceso a los recursos no lo regulo y iii) porque la labor interpretativa del TS al respecto no es acabada e integradora, es algo arbitraria y tiene manifestaciones de error patente, que la hacen a la vez desproporcionada, restrictiva, limitativa de un derecho de acceso a un recurso no prohibido por ley, ha trasladado analógicamente y miméticamente el contenido del

¹⁷⁵² En este caso como un *novum iudicium*, es decir, como una nueva primera instancia con efectos *ex tunc*.

¹⁷⁵³ En este sentido hay autores como Sala Sánchez, P., Xiol Ríos, J. A. & Fernández Montalvo, R., que consideran que existen determinados supuestos, como aquellos casos en que aunque el justiciable haya utilizado la institución cautelar de mala fe, abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal, requiere una desestimación de la pretensión cautelar motivada en el art. 11 LOPJ, lo que conlleva la denegación de la medida de forma directa, será este auto susceptible de recurso conforme a las reglas generales, (2013). *Derecho procesal...*, op. cit., (T. VI, pp. 1044). Este criterio es contrario a otra parte de la comunidad y doctrina científica en este caso Palomar Olmeda, A., (2017). “Medidas Cautelares...”, op. cit. p. 909, que señala que tales conductas generan cierta desfiguración del esquema y fines de la misma por lo que no son merecedoras de protección legal.

¹⁷⁵⁴ STSJM Sala (Contencioso), Sec. 6ª, nº 520/14, de 26-09-2014, Rec. 660/14. ATSVJ Sala (Contencioso), Sec. 2ª, de 14-05-2014, Pieza de medidas Cautelarísimas 223/14.

inciso a) del art. 135.1 al inciso b)¹⁷⁵⁵, más que una agilización procesal, entiendo es una limitación en relación con el art. 24.1 CE, en su vertiente de acceso a un recurso efectivo y eficaz, contraria, como he señalado, a la propia naturaleza jurídica del recurso efectivo y eficaz de acuerdo al art. 13 CEDH, (téngase en cuenta las Recomendaciones de Copenhague de 2018, en su punto 20-a), tener un sistema de recursos efectivos y eficaces, así como acogerse a los puntos 25 y 26, señalados en esas mismas recomendaciones, los cuales en esencia señalan, que los tribunales nacionales son los que deberán respetar, evaluar, interpretar y aplicar la legislación nacional, la que no debe ser arbitraria o manifiestamente irrazonable, deben contar con procedimientos internos eficaces, que estos procedimientos funcionan de manera justa y de acuerdo con el debido proceso, que cumplan el deber/obligación, principio/derecho fundamental de buena administración, con respeto a los derechos humanos), en correspondencia con el art. 47 CDFUE, así como de las Cien Reglas de Brasilia. Considerando que dicho contenido se puede adicionar de forma positiva a partir de sentencias prospectivas que tengan en cuenta los derechos fundamentales aquí estudiados.

6.5- Conclusiones parciales.

1.- El derecho de acceso a los recursos impugnativos contra los autos de las medidas cautelares como derecho de configuración legal se encuentra regulado en la LJCA en sus arts. 79.1, 80.1, 87.1, estos a su vez en estrecha relación con los arts. 83.2, 84.1 y 91.1 todos de la LJCA. Dentro de la configuración general de estos recursos se presentan en la materia investigada puntos de discordancia con la jurisprudencia del TEDH sobre art. 13 CEDH, así como con el art. 47 CDFUE y el propio art. 24 CE, dicha discordancia se muestra en cuanto a la efectividad y eficacia de los mismos, esto fundamentalmente en lo relativo al art. 135.1 LJCA

2.- El recurso de apelación configurado en el art. 80.1-a) LJCA en un solo efecto abarca todos aquellos autos que señala el art. 131 LJCA, los cuales ponen fin a la pieza separada de medidas cautelares, por lo que comprende también el segundo auto dictado del art. 135.1-b) LJCA, así como estarían comprendidos los segundos autos del art. 135.1-a) LJCA, [no así el primero, de este mismo artículo, ni el primer auto del art. 135.1-b), a su vez se incluye los autos del art. 136.2 LJCA.

3.- El dictado de la sentencia durante el *iter* procesal del recurso de apelación contra el auto de medidas cautelares no se puede interpretar como causa absoluta sobrevenida de pérdida de efectividad dicho recurso. La eficacia de las medidas cautelares se puede mantener durante la tramitación del citado recurso, si concurren determinadas circunstancias, como que se interponga a su vez recurso de apelación contra la sentencia, aun desestimatoria de las pretensiones de recurrente. En similares circunstancias se han de mantener las medidas cautelares si incluso se solicitase la ejecución provisional de la sentencia. Estas circunstancias pueden dar lugar a la adopción de medidas cautelares del arts. 83.2 y 84.1 LJCA sobre la base de las circunstancias existentes y las nuevas generadas por la sentencia. Ello impide la interpretación y aplicación mimética de la doctrina jurisprudencial del TS sentada en relación con el recurso de casación trasladada al recurso de apelación.

¹⁷⁵⁵ Sobre esto último no es necesario señalar y reiterar las condenas que ha recibido el Reino de España por parte del TEDH sobre la labor interpretativa restrictiva del TS sobre el acceso a los recursos.

Son los arts. 83.2 en relación con el art. 132.1 ambos LJCA y los arts. 731.1 y 548 ambos LEC los pasan a conformar la clave de bóveda interpretativa fundamental de lo antes expuesto. La accesoriedad de las medidas cautelares se mantiene hasta que la sentencia o resolución en cuestión haya adquirido firmeza. El recurso de apelación hace efecto contrario a lo anterior.

Una aproximación a la reevaluación doctrinal señalada se debe sustentar tras un análisis axiológico, sistemático y hermenéutico del ordenamiento jurídico, i) en la propia efectividad de la tutela judicial efectiva, ii) el propio art. 132.1 LJCA, señala el adjetivo firme, es decir la sentencia debe ser firme, iii) el propio recurso de apelación de manera crítica contra la sentencia, evidentemente hace que no sea firme, por demás, dicho recurso tiene un doble efecto, iv) el propio carácter nomofiláctico y de *ius constitutionis* del recurso de casación, así como la nueva forma indirecta de que se tenga conocimiento de los autos de medidas cautelares dictados por los juzgados contencioso administrativo (art. 86.1 LJCA) hacen que en unión del propio art. 86.3 (cuando el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o de la UE que sea relevante y determinante del fallo impugnado), así como art. 88.2 a) y f), (relativo a la interpretación y aplicación del DUE en contradicción aparente con la jurisprudencia del TJUE o en supuestos en que aun pueda ser exigible la intervención de éste a título de cuestión prejudicial), son motivos para el mantenimiento de las medidas cautelares debido a su utilidad tras la sentencia de instancia, ello al menos cuando, exista una cuestión interpretativa del DUE en el seno de la pieza de medida cautelar o incluso en la sentencia y que no haya sido admitida por el juzgado de instancia e incluso que no sea apreciado por el TSJ, quedaría abierta la posibilidad de la cuestión prejudicial ante el TS como máximo órgano ordinario, tras el cual no hay ulterior recurso ordinario, ello fortalecería el propio efecto útil del DUE, por tanto, hace sostenible el mantenimiento de la medida cautelar.

4.- La disponibilidad real de casación indirecta de una medida cautelar dictada por un juzgado de lo contencioso administrativo se convierte en la práctica de la presente especialidad en una hipótesis, con varias variables negativas a superar, entre ellas: a) la ya analizada causa sobrevenida, pérdida de objeto de recurso por el dictado de la sentencia desestimatoria; b) inexistencia de un turno preferente para resolver esos recursos de casación contra los Autos dictados en las Piezas de Medidas, c) tanto las solicitudes de las medidas cautelares, como el recurso de apelación interpuesto contra los autos desestimatorios han de estar desde su inicio permeados o con vocación de futuro, que acrediten interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia o que dicho auto inicial, su recurso de apelación y la sentencia sobre dicho recurso, así como el recurso de casación, han de estar basados en infracciones de normas de Derecho estatal o de la UE o en la interpretación y aplicación del DUE en contradicción aparente con la jurisprudencia del TJUE o en supuestos en que aun pueda ser exigible la intervención de éste a título prejudicial; d) superación de la reticencia al dialogo con el TJUE a través de la cuestión prejudicial y con el TEDH.

5.- Concretamente en cuanto al art. 135.1 LJCA y su sistema de recursos impugnativos configurado por el legislador se ha de señalar:

a). - Existe en el caso del art. 135.1-a) LJCA en cuanto al primer auto apreciando la circunstancia de especial urgencia una prohibición de no recurribilidad por mandato legislativo. Mientras que en el art. 135.1-b) dicha prohibición es fruto de la interpretación jurisdiccional del TS, dicho auto no agota o termina la pieza (art. 80.1-a) LJCA, el carácter perentorio del procedimiento de cautelarísimas no consiente demoras, ni retrasos,

b). - En el supuesto del art. 135.1-a) LJCA es entendible en parte que el legislador haya señalado la limitación de impugnabilidad del primer auto sobre la apreciación de la especial urgencia. Ello se entiende debido a que la especial urgencia es apreciada, son tenidos en cuenta los presupuestos del art. 130 LJCA, es decir, se acoge la pretensión del recurrente, por tanto, el acto administrativo es suspendido y se realiza *inaudita parte*, por tanto, no hay parte para oponerse o recurrir algo a lo que no conoce o no ha tenido acceso,

c).- En cuanto al art. 135.1-b) LJCA se debilita el argumentario que se sostiene en la jurisprudencia del TS, señalar que el carácter perentorio del procedimiento de cautelarísima no consiente demoras, ni retrasos, ello teóricamente es cierto, pero en la práctica es irreal, se conocen perfectamente los retrasos y dilaciones judiciales, estos son notorios y verificables de forma clara e incontrovertible a partir de las propias estadísticas judiciales, el plazo desde el dictado del auto desestimatorio de la especial urgencia al procedimiento ordinario del art. 131 LJCA oscila en 17 días hábiles, tiempo más que suficiente para la ejecutoriedad de un acto administrativo en la presente especialidad.

A su vez dicho inciso puede llevar otra interpretación gramatical partiendo de su propia redacción, señala –“no apreciar las circunstancias de especial urgencia”- “y” - “ordenar”-; esto se puede interpretar de la siguiente manera: se produce una finalización de la pieza inicial, por no apreciación de la especial urgencia, contraria las pretensiones del recurrente, además en este caso la “y”, constituye una conjunción copulativa, coordinante, consecutiva, de dos acciones independientes, en un sentido de mandato positivo de hacer, después de agotado, terminado, finalizado algo realizado previamente, en este caso, la terminación del trámite inicial (el auto no apreciando las circunstancias de especial urgencia), se procede así a hacer el mandato, la obligación, (en este caso, el cauce del trámite ordinario del art. 131 LJCA). Entre esas dos etapas del *iter* procesal se establece una relación de jerarquía, donde un elemento depende del otro, aquí el elemento principal es “no apreciar las circunstancias de especial urgencia”, la “y” conjuga coordinada y consecutivamente remitiendo al segundo elemento, introducido por el mandato de “ordenar”, esta última depende de la primera. Es decir, que si no se agota, termina o finaliza la primera etapa, dictado el auto no apreciando la especial urgencia, no se termina o finaliza la pieza de solicitud inicial en esa precisa etapa y no en otra, por tanto, no se podrá dar paso al procedimiento siguiente, el trámite ordinario del art. 131 LJCA.

Existe otro razonamiento sustentando el anterior, una interpretación sistemática, teleológica y axiológica del art. 135 LJCA. El fin de las medidas cautelarísimas en los supuestos del apartado segundo es garantizar de forma rápida y ágil, (fin de la ley de agilización procesal), a través de la tutela cautelar, la finalidad legítima al recurso, que puede comprender garantizar los derechos subjetivos y situaciones que estén en juego, (derechos fundamentales, principios de derechos, como los de no devolución, interés superior del menor, entre otros, que a su vez están directamente relacionados con otros principios y valores fundamentales, tales como la dignidad humana y el desarrollo libre de la personalidad), es decir, que no se esfumen, los mismos, que se tenga acceso de esa forma rápida y ágil a un recurso eficaz y efectivo. Por ello, de remitirse a un proceso ordinario (art. 131 LJCA), sin poder ser recurrido ese auto, por muy rápido y ágil que sea, harían perder la eficacia y eficiencia de la tutela cautelarísima, haría perder la finalidad legítima al recurso. Por tanto, estas denegaciones *a limine litis* deben ser declaradas inconstitucionales, declarado nulo la interpretación dada por la jurisprudencia del TS del inciso b) del art. 135 LJCA al no existir prohibición legal configurada por el legislador,

esto a través de sentencias prospectivas. Ello en tanto el legislador se pronuncie al respecto, generando un recurso efectivo y eficaz que combata inicialmente aquellas decisiones.

d).- En definitiva sostener que el auto que no aprecie las circunstancias de especial urgencia del art. 135.1-b) LJCA no puede ser recurrido en apelación de acuerdo con el art. 80.1-a), y llegado su momento en casación de acuerdo al art. 87.1-b), ambos LJCA, pues dicho auto no pone fin o término a dicho trámite, es arbitrario y tiene manifestaciones de error patente, que hacen a su vez que sea un criterio desproporcionado, restrictivo, limitativo de un derecho de acceso a un recurso no prohibido por ley, donde se traslada de forma analógica y mimética el contenido del inciso a) del art. 135.1 al inciso b). Más que una agilización procesal, entiendo es una limitación en relación con el art. 24.1 CE, en su vertiente de acceso a un recurso efectivo y eficaz, contraria, a la propia naturaleza jurídica del recurso efectivo y eficaz de acuerdo al art. 13 CEDH, (téngase en cuenta las Recomendaciones de Copenhague de 2018, en su punto 20-a), tener un sistema de recursos efectivos y eficaces, así como acogerse a los puntos 25 y 26, señalados en esas mismas recomendaciones, los cuales en esencia señalan, que los tribunales nacionales son los que deberán respetar, evaluar, interpretar y aplicar la legislación nacional, la que no debe ser arbitraria o manifiestamente irrazonable, deben contar con procedimientos internos eficaces, que estos procedimientos funcionan de manera justa y de acuerdo con el debido proceso, que cumplan el deber/obligación, principio/derecho fundamental de buena administración, con respeto a los derechos humanos), en correspondencia con el art. 47 CDFUE, así como de las Reglas de Brasilia. Considerando que dicho contenido se puede adicionar de forma positiva a partir de sentencias prospectivas que tengan en cuenta los derechos fundamentales aquí estudiados.

e). - Lo dicho genera otra cuestión distinta, que configuración, tipo de recurso o ante quien se interpone o soluciona el recurso impugnativo. La solución aproximativa no está en el recurso de apelación o casación, estos son más dilatados en el tiempo y con más requisitos procesales y sustantivos. La solución de los recursos en cuestión estarían en otros tipos de recursos o sistemas de recursos también urgentes, que pueden ser de reposición u otros ante otro órgano jurisdiccional del mismo nivel pero con funciones independientes y con efectos *ex tunc*, que constituya una especie de doble instancia generalizada para el control de la primera decisión no apreciando la especial urgencia o incluso como se ha dicho la creación de un turno preferente de reparto para atender estos recursos sobre piezas de medidas cautelarísimas.

CONCLUSIONES GENERALES:

En el estado de la cuestión se señaló que la presente investigación pretendía superar los límites de la ciencia del derecho estático e ir al reexamen o nueva aproximación del instrumento jurídico en estudio: las medidas cautelares en el Derecho de Extranjería. Ello ha sido logrado tras un análisis holístico de dicha institución jurídica, determinando su influencia en posibles soluciones a la problemática migratoria dentro del procedimiento administrativo y, luego, jurisdiccional contencioso-administrativo. Los objetivos generales han sido cumplidos, debiéndose plasmar las conclusiones generales en correspondencia con los mismos y con las preguntas de investigación realizadas. Previamente se han formulado conclusiones parciales en cada capítulo del trabajo las cuales también permiten arribar a las siguientes conclusiones generales:

1.- El estatuto jurídico de los extranjeros en nuestro derecho interno ha sido ratificado por la STC Pleno nº 172/20, el mismo tiene especial relevancia y conexión con las normas de carácter internacional (DIDH). El contenido de los derechos del DIDH se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia nuestra Constitución, hacen que su interpretación y aplicación por los órganos administrativos y jurisdiccionales ordinarios deba ser al alza. El estatuto jurídico del extranjero y su condición sociojurídica se convierten así en un elemento determinante *prima facie* en la tutela cautelar. Dicha determinación ha de alcanzar todos los derechos y garantías de defensa en un debido proceso/equitativo que conforme el sistema de recursos cautelares y suspensivos. En este diseño amplio e integral de garantías de los derechos humanos y fundamentales, los derechos económicos, sociales y culturales en la presente especialidad pasan a constituir elementos esenciales conformadores del *periculum in mora*, del *fumus boni iuris* y del principio de proporcionalidad de los intereses en conflicto directamente relacionados a la condición humana, a su dignidad y al desarrollo de su personalidad.

2.- La marcada influencia del sistema multinivel de derechos fundamentales existente en la región –CEDH y DUE- repercuten directamente en la institución procesal de las medidas cautelares en nuestro derecho interno. Esta influencia multinivel determina la previsibilidad del daño -evitar daños irreversibles- y satisfacer el derecho de los justiciables que han manifestado un interés en la demanda sobre el procedimiento de fondo. Esto nos conduce a que el juez nacional como juez del DUE, al momento de estar aplicando las normas de derecho interno, está aplicando el DUE -la CDFUE- a través de la LO 1/08, debiendo comprobar de forma vinculante la existencia de equivalencia y conexión armónica de ese contenido mínimo de los derechos fundamentales con nuestro sistema de derechos y libertades fundamentales, así como de la jurisprudencia de los tribunales correspondientes –TEDH y TJUE-. Este triple análisis deberá estar presente al momento de la adopción de las medidas cautelares en la presente especialidad. En el orden procesal, los órganos jurisdiccionales actuarán en correspondencia con los contenidos de los arts. 6 y 13 CEDH, art. 47 CDFUE, así como del art. 24 CE, todos en relación con el sistema administrativo de medidas cautelares de la materia estudiada y luego con los arts. 129 y ss. LJCA, debiendo realizar en su actuar de control una interpretación al alza del sistema de garantías y protección de los derechos.

3.- Las medidas cautelares previstas en el art. 61 LO 4/00 -procedimiento administrativo sancionador-, a pesar de cumplir los cánones, presupuestos y características de las medidas cautelares, no cumplen los requisitos de los estándares mínimos exigidos por el art. 13 CEDH y el art. 47 CDFUE, así como del propio contenido del art. 24 CE. Adolecen

en la práctica de efectividad y eficacia respecto a los más vulnerables, teniendo un desarrollo reglamentario inacabado donde no se regula un procedimiento con garantías y principios del debido proceso-equitativo, generando una proclive interdicción de la arbitrariedad de la administración e inseguridad jurídica, agravándose dichas situaciones ante supuestos como los de enfermos graves –enfermedades contagiosas y psiquiátricas en CIE-. El sistema de recursos contra las medidas impuestas no tiene efecto suspensivo, ni efecto suspensivo automático, por demás que no lo resuelve una autoridad independiente e imparcial, sino que es un recurso de control jerárquico. Se presentan serias dificultades de acceso real al recurso, produciéndose obstaculizaciones por omisión o por acciones arbitrarias. Dos muestras de ello como expresiones patentes son: i) ausencia de un procedimiento respecto al RD 240/07 en cuanto a las medidas de su art. 15; ii) los retornos coactivos en frontera -Régimen especial de Ceuta y Melilla-, que a pesar de ser reconocidos constitucionalmente (STC Pleno, nº 172/20, FJ 8-C y punto 3º del fallamos) continúan teniendo ausencia de procedimiento. No obstante, esto último lleva a reconocer el cambio interpretativo del TC o por lo menos deja interpretar claramente que se han de “respetar las garantías” de la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional [FJ 8- C-b (i), último párrafo], sometiendo a control judicial la actuación material de la Administración a través de los recursos que se interpongan, dicha actuación material a su vez ha de llevarse a cabo con las garantías que a las personas extranjeras reconocen las normas, acuerdos y tratados internacionales [FJ 8- C-b (iii)]. Es decir, mientras no existan esas disposiciones que se adopten para cumplir de un modo real y efectivo con las normas internacionales de derechos humanos se tendrá que realizar una aplicación directa de los cánones y estándares del DIDH, lo que generará la adopción de resoluciones (tanto administrativas como jurisdiccionales) prospectivas evolutivas, de lo contrario dichos planteamientos serían ilusorios.

4.- El derecho fundamental a la buena administración tiene consecuencias jurídico-procesales-sustantivas como derecho subjetivo de los extranjeros en los procedimientos administrativos de solicitud y adopción de medidas cautelares. Dicho derecho conforma en grados la efectividad de la tutela administrativa efectiva (art. 24 CE), siendo un derecho que corresponde por igual a españoles y extranjeros, debido a su estrecha vinculación o conexión con la condición personal o dignidad –derecho de defensa- sin posibilidad alguna de distinción, modulación o atemperación en su ejercicio respecto de los extranjeros con independencia de su situación administrativa, regular o irregular. Se integraría así dentro de la clasificación *iuspositivista* respecto del estatuto jurídico el extranjero en el grupo primero de los derechos fundamentales inherentes a las personas, conformando la tutela administrativa efectiva y eficaz.

5.- La aproximación configurativa multinivel de los intereses generales/terceros e individuales en la presente especialidad genera un cumplimiento general al principio de identidad entre los mismos. La intensidad de los intereses particulares, sus derechos humanos y sus derechos y libertades fundamentales son el principal interés general en una sociedad democrática. Así las cosas, ambos intereses - generales e individuales- están impregnados de un contenido esencial común, la dignidad humana y el desarrollo de la personalidad. No se produce una desnaturalización o transformación de dicho interés general, sino todo lo contrario: una identidad con un denominador común -la dignidad humana- cuyo efecto es superior. En similares términos se encuentran los intereses de terceros. Producida esta identidad de intereses pasan a conformar los mismos un presupuesto muy importante para la toma de la decisión de la medida que adopte.

6.- El *periculum in mora* en la especialidad en estudio es interpretado como el concepto general tradicional heredado de la inercia de la regulación común y resultado de la elaboración pretoriana de la justicia cautelar en sede contencioso-administrativa, donde lo fundamental es el recurso y la preservación del resultado de la resolución judicial o administrativa. Esta transmisión lineal no tiene en cuenta lo transversal y heterogéneo de la presente especialidad, así como el contenido de los actos administrativos estrechamente relacionados con los derechos y libertades fundamentales, con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad. Esta omisión cualitativa no permite el análisis de la previsibilidad del riesgo real o plausible, inminente, urgente, daño irreparable e irreversible de las situaciones especiales que se generan en la materia. Estas limitaciones repercuten para la determinación de la medida cautelar y sus garantías de efectividad (calidad, rapidez y efecto suspensivo) y eficacia (requisitos de accesibilidad real y disponibilidad, especialmente en el sentido de que su ejercicio no debe ser obstaculizado de manera arbitraria, ni por actos ni por omisiones de las autoridades estatales). No deben existir trabas administrativas o procesales.

7.- El *fumus boni iuris* como criterio, principio, presupuesto de construcción jurisprudencial en la jurisdicción contenciosa administrativa, es un presupuesto que en la presente especialidad adquiere un *plus* en sus características, haciéndolo aún más *sui generis* para la adopción de una medida cautelar. El mismo tiene una marcada reticencia a su apreciación, tanto en vía administrativa como jurisdiccional. El presente presupuesto está unido estrechamente al análisis o *test* multinivel de los derechos fundamentales. Ello determina que se tenga un nuevo enfoque interpretativo integral, tanto por la Administración como por los órganos jurisdiccionales. En este análisis ha de primar el canon, el estándar de garantías superior, debiendo tener en cuenta los principios *pro personae*, *favor libertatis* o *in dubio pro libertate*. A su vez, las obligaciones positivas adquiridas por los Estados, así como los informes, condenas y dictámenes de organismos internacionales, unido a un control de convencionalidad efectivo y eficaz conforman el presente presupuesto haciendo del mismo un elemento de intensidad suficiente para poder determinar la adopción de la medida cautelar. Esta intensidad o especial intensidad con que concurre el *fumus boni iuris* puede hacer perder las exigencias del *periculum in mora* (ante un mal actuar de la Administración, un *fumus mali iuris*, tendría el *fumus boni iuris* autonomía propia).

8.- La proporcionalidad/razonabilidad de intereses concurrentes -interés general, de terceros e individuales- es un presupuesto directo, necesario y determinante en la presente especialidad. Está marcado por lo antes dicho: la identidad; de concurrir estos se produce un *plus* reforzado del interés individual. La consecuencia de lo anterior está dado en que dicha proporcionalidad/razonabilidad no estaría dirigida a determinar la relevancia de los intereses respectivos, ni a la determinación de un “balance” o “jerarquización” entre los derechos fundamentales en conflictos (regla de ponderación o *balancing test*, que puede traer indirectamente fórmulas rígidas o posturas excesivamente categóricas no adecuadas a la presente materia, conducentes al sacrificio de uno de los derechos fundamentales que estén en conflicto). La proporcionalidad/razonabilidad de intereses concurrentes dentro de la solución *ad casum* estaría dirigida a la determinación de una nivelación, de una igualdad de perjuicios/beneficios proporcionales y razonables de esos derechos fundamentales, en una razonabilidad axiológica y teleológica que nos mostraría lo que se ajusta o es conforme en el caso enjuiciado.

9.- La concepción doctrinal y jurisprudencial predominante respecto de la determinación, valoración y cuantificación de los daños individuales, incluidos aquellos que sean irreversibles e irreparables en las medidas cautelares, adquieren en la presente especialidad un *plus* negativo. Las circunstancias intervinientes en los supuestos aquí sometidos a decisión cautelar reúnen condiciones cualitativas y cuantitativas diferentes al resto de otras especialidades, no permitiendo que prime la definición dineraria, indemnizables. La irreversibilidad e irreparabilidad del daño ha de relacionarse *prima facie* a la dignidad de la persona y al desarrollo de la personalidad. Ello se complejiza cuando se está ante supuestos donde los interesados vulnerables son MENAS o personas víctimas de tratas, entre otros, los cuales previamente han estado protegidos por las obligaciones positivas adquiridas por el Estado.

La perturbación grave de los intereses generales o de terceros generalmente no es determinada, ni acreditada, ni cuantificada por la Administración, ni por los terceros, quienes también están obligados en igualdad de parte a ello. Se emplean fórmulas generales, rituales, vacías de contenido para justificar dicha perturbación. Esto, a su vez, repercute negativamente en aquellos supuestos donde haya que adoptar una caución.

De manera general en la presente especialidad, dentro de la valoración proporcional y razonable de los intereses en conflicto, unido a la determinación de la cuantificación de los daños irreversibles e irreparables no se tienen en cuenta las consecuencias sobre los derechos económicos sociales y culturales de los interesados vulnerables.

10.- El sistema de recursos cautelares concebido y configurado por el legislador en el art. 129 y ss. LJCA en su aplicación concreta a la especialidad presenta disfunciones procesales y sustantivas de orden público. Ello es ostensible, concretamente en las medidas del art. 135.2 LJCA, las cuales en su configuración legal no recogen literalmente determinados principios provenientes del DIDH y del DUE (como el principio de no devolución), repercutiendo negativamente en el contenido de configuración y grado del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y, dentro de ella, la cautelar. No cumplen los estándares mínimos de efectividad/eficacia previstos en el art.13 en relación con el art. 6 ambos del CEDH, así como en lo previsto en el art. 47 CDFUE, todos ellos en relación con el art. 24 CE.

La inefectividad en el procedimiento jurisdiccional se manifiesta en la no existencia de un proceso equitativo, con igualdad de parte, con calidad (empleo de fórmulas rituales, formales en lo relativo a la motivación), con ausencia de efecto suspensivo directo, falta de efectos suspensivos automáticos. A pesar de los plazos señalados en la LJCA, los mismos no son cumplidos por los propios órganos jurisdiccionales. Se prohíbe la solicitud de nueva medida cautelarísima (art. 135.1-b) LJCA). Se limita tanto por configuración legal como por interpretación jurisdiccional el establecimiento de recursos impugnativos contra determinados autos iniciales (art. 135. 1-a)- b) LJCA). Se presentan disfunciones interpretativas (arts. 83.2 en relación con el art. 132.1 ambos LJCA y los arts. 731.1 y 548 ambos LEC) en cuanto a la efectividad de la vigencia de las medidas cautelares adoptadas (la accesoriedad de las medidas cautelares se mantienen hasta que la sentencia o resolución en cuestión haya adquirido firmeza) cuando se producen causas sobrevenidas –sentencia desestimatoria al recurrente-, interposición de recursos impugnativos sin que se solicite y tramite una ejecución provisional de sentencia.

La ineficacia se hace visible al presentar requisitos de accesibilidad real complejos, existiendo obstáculos tanto sustantivos como procesales, siendo muchos de ellos realizados de manera arbitraria, tanto por actos como por omisiones de los órganos

jurisdiccionales. Un reflejo de lo anterior puede ser en el acceso/admisión a trámite del incidente cautelar: que no sea dictado el auto sobre la apreciación o no de las circunstancias de especial urgencia, sino que se dicte otro tipo de auto o, incluso, una providencia no admitiendo la medida cautelar, o que no se ordena el trámite de acuerdo al art. 131 LJCA. Otro ejemplo claro de lo anterior es el Reglamento 1/05 del CGPJ del año 2005 modificado en el 2007, en cuanto a su art. 42.5 respecto a las medidas cautelares en el orden contencioso-administrativo (concretamente en cuanto las medidas del art. 135 LJCA).

11.- Concretamente en cuanto al art. 135.2 LJCA, al remitir al procedimiento que se regula en apartado 1 inciso a) y b) del mismo se produce una limitación del derecho de acceso a la tutela cautelar efectiva y eficaz atendiendo a la configuración jurisprudencial del concepto jurídico indeterminado *especial urgencia*. Se materializan así defectos procesales de orden público -entre otros, el de su no admisibilidad-, incumplándose el mandato legal que corresponde por ley (art. 725.2 LEC y art. 11.1 y 12.1 LOCJ). Estas limitaciones se agravan cuando están presentes prohibiciones legales de impugnabilidad de la resolución judicial. En igual sentido se presentan situaciones complejas, como las relativas a los MENAS (determinación de la edad, conflicto de intereses entre Fiscal y MENAS), en las cuales se debe designar defensor judicial, no existiendo una previsión de solución procesal clara al respecto. Los defectos procesales de orden público citados generan un alto grado de indefensión e inseguridad jurídica.

12.- Existe una limitación de configuración legal sustantiva y procesal al órgano jurisdiccional de lo contencioso administrativo en cuanto al conocimiento para el mantenimiento, modificación o levantamiento de la medida cautelar de internamiento en CIE cuando el juez de dicha jurisdicción tiene conocimiento de la misma a partir de la medida cautelarísima de suspensión de ejecutoriedad del acto administrativo principal (art. 135 LJCA). Tal limitación no permite a los órganos jurisdiccionales de lo contencioso administrativo realizar o ejercitar un control sobre la solicitud inicial de internamiento realizada por la Administración o realizar un examen completo y *ex tunc*, de acuerdo con las circunstancias de hecho y derecho, valorando entre otros aspectos, las perspectivas razonables de expulsión, tiempo del internamiento, riesgo de fuga, así como si se han presentado otras circunstancias tales como solicitudes de asilo, entre otras. Esta configuración procesal es propicia para que se puedan materializar rasgos de imparcialidad objetiva por acumulación de funciones, enjuiciamiento o conocimiento previo del asunto por parte de los juzgados de instrucción, conculcándose los principios de seguridad jurídica del art. 9.3 CE, al no superar el “*test*” respecto al principio de equivalencia y efecto útil del DUE.

13.- Las medidas cautelares positivas en la presente especialidad están catalogadas con una fuerte reticencia a su no concesión. Sin embargo, las mismas pueden ser perfectamente admitidas y adoptadas, pues existe todo un soporte normativo que está configurado de forma antiformalista para ello (los propios presupuestos exigidos en el art. 129 y 130 LJCA, así lo recogen). Atendiendo al derecho a la tutela judicial efectiva y eficaz y dentro de ella la cautelar, se podrán adoptar las mismas, ya se refieran a actos negativos puros o a aquellos actos negativos en apariencia, al existir situaciones jurídicas preexistentes que están relacionadas directamente con la dignidad de la persona y su desarrollo de la personalidad. Con las medidas cautelares positivas no se sustituye a la Administración ni se excede o abusa jurisdiccionalmente, sino que se cumple con la evolución del carácter revisor del acto administrativo al carácter protector de la

jurisdicción, se cumple con el propio amparo normativo vigente con el mandato constitucional del art. 106 y art. 117.3 ambos CE; en fin, se cumple con la previsibilidad de daños irreversibles y con el aseguramiento del cumplimiento de la sentencia.

14.- La medida cautelar de anotación preventiva de la demanda o de la medida cautelar propiamente dicha es una medida cautelar que puede ser adoptada en los procedimientos administrativos y judiciales de la presente disciplina. La misma tiene un amparo y soporte normativo que la sustenta al cumplir con los presupuestos del art. 130 LJCA. No implica por sí misma, en ningún caso, perturbación grave al interés general. No produce ninguna resolución anticipada o satisfacción de la pretensión deducida. No es necesario que el acto sea declarado nulo. No afecta que el acto sea de contenido negativo. No existe una extralimitación de la jurisdicción contencioso-administrativa, pues no se subroga el juez en el papel de la Administración, ni tampoco se proyecta sobre el análisis de fondo del principal. Es una medida que estaría dirigida a respetar los derechos fundamentales, como el propio derecho a la tutela judicial efectiva. Está en correspondencia con la doctrina y la jurisprudencia que sostiene que mientras se está recurriendo (ya sea en vía administrativa como jurisdiccional) no se debe ejecutar el acto. Con ella se evitarían detenciones y solicitudes de medidas cautelares de internamientos innecesarios. Esta medida garantiza el proceso principal, el recurso y el cumplimiento de la sentencia; da una mayor seguridad jurídica, lealtad institucional, confianza legítima y garantías de protección. Esta medida puede ser perfectamente anotable tanto en el RCE como en el RMENA, al tener ambos una función mixta con efectos propios del sistema registral electrónico (actualización tecnológica de la Administración) y de garantía de la constancia registral, de los principios de fe pública y coordinación para asegurar la obligatoriedad de armonización entre la Administraciones con plenas garantías de interoperabilidad. La presente medida permitirá a la propia Administración en sentido general, a los órganos jurisdiccionales de lo contencioso administrativo y al Fiscal ser más efectivos, eficientes y garantistas.

15.- La prueba en las medidas cautelares de extranjería presenta unas características muy específicas. Se comporta y aplica de forma contraria a lo dispuesto en la teoría cautelar. Ello porque en la práctica se requiere o exige en fase cautelar (ya sea administrativa o jurisdiccional) una prueba plena que demuestre la conexión entre el derecho vulnerado, el daño que se causaría y la pretensión cautelar que permita presumir la verosimilitud del hecho. Se realiza en dicha fase cautelar una razonabilidad de la misma con el mismo nivel o grado que se realiza para solucionar la cuestión de fondo, esto es, una prueba que convenza objetivamente a la Administración, al juez o tribunal más allá de la propia fase cautelar. No bastará una prueba semiplena, indiciaria o invocación genérica. Esta exigencia de prueba de intensidad plena, de una calidad del mismo nivel y grado que la que va dirigida al fondo del asunto genera contradicciones antagónicas desde el punto de vista procesal, pues, a pesar de ello y de su libre valoración, se es restrictivo en su apreciación o valoración. En igual sentido se ha de concluir respecto a la prueba, exponiendo que existen un grupo de pruebas documentales consistentes en informes, dictámenes o recomendaciones emitidas por organismos internacionales o nacionales que son fuentes de pruebas objetivas públicas, notorias que se han de tener presentes para determinar la intensidad, tanto del *periculum in mora* como del *fumus boni iuris*, pero que no son apreciadas con intensidad al considerarse que no son vinculantes. A su vez, puede ser una prueba útil y necesaria la medida cautelar de anotación preventiva de la demanda o de la medida cautelar propiamente dicha.

16.- Se incumple con las líneas estratégicas respecto de la efectividad y eficacia de los recursos para la protección de los derechos humanos de los extranjeros establecidas en la Declaración de Copenhague (creación y mejora de recursos internos efectivos, ya sean de naturaleza específica o general, para presuntas violaciones de los derechos y libertades), especialmente ante situaciones de graves problemas estructurales o sistémicos de los sistemas de derecho internos de los Estados; así como con las Cien Reglas de Brasilia respecto al acceso a la justicia, creación y mejora de recursos internos efectivos de las personas en condición de vulnerabilidad.

Como resultado final de lo investigado me ha permitido realizar una aproximación de definición teórica general del concepto de medidas cautelares en el Derecho de Extranjería. Esta definición enuncia que estas medidas son aquellas que se adoptan por la Administración, los órganos extrajudiciales independientes u órganos jurisdiccionales, de oficio o a instancia de parte o de los demás legitimados por la ley, teniendo en cuenta el tipo de acto administrativo, su fin y efecto útil, los derechos y libertades indivisibles con alcance multinivel, así como el actuar de la Administración en cumplimiento de las garantías del debido proceso, la intensidad multinivel de los derechos concurrentes, la previsibilidad del daño y las consecuencias irreversibles. Todo esto valorando de forma proporcional los intereses en conflicto, siendo la adopción de las medidas más adecuadas motivadas, incluida la suspensión automática, en correspondencia con la pretensión de las partes y según las pruebas aportadas, garantizando el cumplimiento de la ejecutividad/ejecutoriedad de la resolución administrativa y/o asegurando en su momento la efectividad del recurso contencioso administrativo y la sentencia.

RECOMENDACIONES

A partir del estado de la cuestión y de las anteriores conclusiones, las presentes recomendaciones permiten, en primer lugar, profundizar en futuras investigaciones sobre la institución jurídica de las medidas cautelares en temas como los desplazamientos poblacionales climáticos o las migraciones medioambientales, o la responsabilidad patrimonial de la Administración. En igual sentido, también en investigaciones sobre las medidas cautelares de internamiento de extranjeros en CIE, con enfermedades psiquiátricas u otras enfermedades. A su vez, permite desde el punto de vista académico el desarrollo en la presente Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia líneas de investigación, programas de Máster o especialización más concretos relacionados con el DUE y la problemática migratoria y su regulación en nuestro derecho interno, la jurisprudencia del TJUE y del TEDH y el diálogo entre tribunales.

En segundo lugar, se recomienda al Gobierno: i) finalizar el estudio de propuesta de reconocimiento y firma de la CIPDTMF a partir de los propios señalamientos realizados por Relatores Especiales de las Naciones Unidas; ii) proceda a proponer a la Comisión de Justicia del Congreso un proyecto de modificación de la LO 4/00 regulando el vacío normativo en cuanto al internamiento de extranjeros enfermos –enfermedades graves contagiosas y psiquiátricas-, garantizando un debido procedimiento equitativo de adopción de la medida cautelar de internamiento en centro especializado al respecto; iii) en igual sentido, una propuesta de modificación de la LO 4/00 en cuanto a un desarrollo reglamentario para la creación de Tribunales administrativos en materia de extranjería, los cuales tengan independencia funcional, imparcialidad y neutralidad, iv) desarrollar un reglamento o modificar el RD 240/07, a fin de establecer el procedimiento sancionador correspondiente para las conductas tipificadas en el art. 15 del mismo, en relación con los art. 27 y siguientes Directiva 38/04, así como de acuerdo con los derechos y garantías

recogidos en los art. 6 y 13 CEDH, arts. 41, 47 y 48 CDFUE y el art. 24 CE; v) en dichas propuestas deben estar presentes las recomendaciones de la Declaración de Copenhague y de las Cien Reglas de Brasilia respecto a la creación de recursos suspensivos y cautelares efectos suspensivos y efectos suspensivos automáticos.

En tercer lugar, se recomienda al CGPJ: i) que priorice la especialización dentro de la jurisdicción contencioso-administrativa de jueces y magistrados en la materia del Derecho de Extranjería; ii) realice una propuesta de estudio y actualización del Acuerdo del Pleno del CGPJ de 28-11-2007 por el que modifica el art. 42.5 del Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales respecto a las medidas cautelares en el orden contencioso-administrativo, adaptándolo a las actuales circunstancias, fundamentalmente en cuanto a la adopción de las medidas cautelares de internamiento de extranjeros y las medidas cautelarísimas del art. 135 LJCA -en ambos casos la recomendación va encaminada a que ambas medidas deben ser adoptadas por jueces especializados en la jurisdicción contencioso-administrativa y de ser posible por jueces especializados en materia de Derecho Extranjería-; iii) que proceda a la formulación de una regulación de un procedimiento uniforme de la audiencia para el internamiento del extranjero; iv) que proceda, a su vez, a realizar una propuesta de regulación de un procedimiento uniforme o propuesta de ley donde se defina el procedimiento de designación de defensor judicial de los MENAS ante los conflictos de intereses con el Ministerio Fiscal y sus tutores, respecto a determinación de la edad, repatriación, etc.

En cuarto lugar, se recomienda al Ministerio del Interior en cuanto a la medida cautelar de presentación periódica ante las autoridades competentes del art. 61.1, a) LO 4/00, atendiendo a la introducción de las nuevas tecnologías en la actividad administrativa y al existir el RCE, que esta medida se pueda cumplir y controlar desde cualquier Brigada de Extranjería a nivel nacional, al estar estas más cercanas al domicilio del ciudadano extranjero y contar con el auxilio de los medios telemáticos.

BIBLIOGRAFÍA

- Abad Castelos, M., (2002). “Efectos jurídicos de las medidas provisionales adoptadas por el Tribunal Internacional de Justicia: el antes y el después del asunto Lagrand”. *RAFDUC* (nº 6). Universidade da Coruña, pp. 53-74.
- Abad Castelos, M., (2002). *El tribunal internacional de justicia y la protección cautelar de los derechos de los Estados*. España: Dykinson, pp. 48-58, 113-151.
- Abad Castelos, M., (2017). “La protección internacional de los derechos y libertades de la persona principales instrumentos regionales convencionales”, en F. M. Mariño Menéndez. (Dir.). C. Pérez González & A. Cebada Romero. (Coords.). *Instrumentos y regímenes de Cooperación Internacional*, (2ª Ed., pp. 63-83). Madrid: Trotta.
- Acosta Gallo, P., (2016). “El interés general como principio inspirador de las políticas públicas”. *RGDA*, Iustel. (nº 41), pp. 1-22.
- Agirreazkuenaga Zigorra, I., & García de Enterría Martínez-Carande, E., (1990). *La Coacción Administrativa Directa*. Madrid: Civitas, p. 205,
- Agudo González, J., (2018). *La función administrativa de control. Una teoría del control orientada a la configuración de un sistema de justicia administrativa*. Cizur Menor: Civitas/ Thomson, pp. 24-37, 68-120, 219-312, 578-592, 610-614, 706-714.
- Ágüelo Navarro, P., & Granero Sánchez, H.V., (2017). “Los muros fronterizos desde la perspectiva jurídica del *ius migrandi*”. *Revista Modulema: Revista científica sobre diversidad cultural*, pp. 61-94.
- Aguiar De Luque, L., (1983). "Dogmática y teoría jurídica de los derechos fundamentales en la interpretación de éstos por el Tribunal Constitucional Español". *RDP/UNED*, (nº 18-19), pp. 17 y ss.
- Akandji-Kombé, J-F., (2014). “La aplicación de la Carta Social Europea por los órganos jurisdiccionales de los Estados parte”, en M. Terol Becerra, & L. Jimena Quesada, (Dir.). *Tratado Sobre Protección de Derechos Sociales* (pp. 269-295). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Alarcón Sotomayor, L., (2007). *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*. Madrid: Thomson-Civitas, pp. 451-455, 469-487,
- Alegre Martínez, M. A., (1996). *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*. León: Universidad de León.
- Alexy, R., (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: CEC, (E. Garzón Valdés, R. Zimmerling, Trads.). pp. 39- 48, 70-72, 81-89, 106-109, 254-352 y ss.
- Alguacil González-Aurioles, J., (2010). “El Tribunal Constitucional, la ley y el principio de proporcionalidad”. *RGDC*, (nº 10), pp. 5-36.
- Almeida, C., Ríos, J., Cuesta, S., Santos E., (2020) *Invisibles en la “Última frontera”*. *Manual jurídico para la defensa de las personas extranjeras en los centros de internamiento (CIE)*. Caritas, pp. 20-26.

- Almeida Herrero, C., Carretero Trigo, M., (2019). “Extranjeros en prisión. El papel de la expulsión” *Revista Crítica Penal y Poder*, nº 18, OSPDH. Universidad de Barcelona, pp. 94-102.
- Alonso García, R., (2014). *Sistema Jurídico de la Unión Europea*. (4ª Ed.). Cizur Menor: Thomson-Civitas, pp. 132-187, 264-326.
- Alonso García, R., (2014). *El Juez Nacional en la Encrucijada Europea de los Derechos Fundamentales*. Cizur Menor: Aranzadi, Thomson Reuters, pp. 23, 31, 38, 62-69, 76 y 144.
- Alonso García, R., (2018). “Un otoño prejudicial francés para la historia”. *REDE*, (nº 68), pp. 9-17.
- Alonso García, R., (2019). “La incidencia del Derecho de la Unión Europea en el proceso contencioso-administrativo español”, en R. Alonso García & J. I. Ugartemendia Eceizabarrena, (Dir.) *La incidencia del Derecho de la Unión Europea en la jurisdicción contencioso-administrativa. European Inklings* (EUi), nº 20. IVAP, pp. 7-19.
- Álvarez Carreño, S. M., (2019). “El reto del Juez Nacional como Juez Europeo”, en F. López Ramón , & J. Valero Torrijos, *Actas del XIV Congreso de la AEPDA: 20 años de la Ley de lo de lo Contencioso-Administrativo*. Congreso (14º/2019. Murcia), (pp.247-287). Madrid: INAP.
- Álvarez Rodríguez, A., (1999). “Contenido jurídico de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y sus Familias, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante la Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990”. *Migraciones, Revista del Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones*, (nº 5), pp. 121-160.
- Álvarez Rodríguez, A., (2003). “Análisis crítico del RD 178/2003: algunas de sus deficiencias y su necesaria reforma”. *RDME*, (nº 3), pp. 29-59.
- Álvarez Rodríguez, A., (2003). “La entrada en vigor de la convención internacional sobre la protección de todos los trabajadores migratorios y sus familiares, de 18 de diciembre de 1990”. *RDME*, (nº 2), pp. 9-51.
- Álvarez Rodríguez, A., (2006). *La transposición de directivas de la UE sobre inmigración: Las directivas de reagrupación familiar y de residentes de larga duración*. Documentos CIDOB. Migraciones, (nº 8), pp. 19-24, 46-58, 68-70.
- Álvarez Rodríguez, A., (2012). “Artículo 25. Requisitos para la entrada en territorio español”, “Artículo 25 bis. Tipos de visado”, y “Artículo 27. Expedición del visado”, en J. L. Monereo Pérez, J. A. Fernández Avilés & L. Á. Triguero Martínez. (Coords). *Comentario a la Ley y al Reglamento de extranjería, inmigración e integración social*. (LO 4/2000 y RD 557/2011), (pp. 381-428 y pp. 437-450 respectivamente). Granada: Comares.
- Álvarez Rodríguez, A., Fernández Fernández, R., (2016). “La exigencia de residencia legal para acceder a las prestaciones de seguridad social. ¿Retroceso para la libre circulación de nacionales de la UE? *Unión Europea Aranzadi*, nº 8-9, pp. 75-94.
- Álvarez Rodríguez, A., Carrizo Aguado, D., (2017). “El fenómeno migratorio en el contexto de la Unión Europea: el silencio ensordecedor que apaga el grito de los

- más vulnerables”. Unión Europea Aranzadi, (Ejemplar dedicado a: La inmigración de la UE: pocas luces y muchas nubes negras), pp. 35-39.
- Álvarez Rodríguez, I., (2018). “España y el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: Un Balance”. *Teoría y Realidad Constitucional*. (nº 42). UNED, pp. 591-608.
- Álvarez Rodríguez, I., (2019). *España y el Convenio Europeo de Derechos Humanos en tres actos*. Madrid: Universidad Complutens, <https://eprints.ucm.es/>. Recuperado 14-11-2019, pp. 11-33.
- Alzaga Villamil, O., (2016). *Comentario sistemático a la Constitución Española de 1978*, (2ª ed.). Madrid: Marcial Pons. pp. 136-146.
- Andrés Sáenz de Santa María, M. P., (2006). “La protección diplomática y consular de los ciudadanos de la UE en el exterior”. *REDUE*, (nº 11), pp. 11-25.
- Antón Guardiola, C., (2007). “TEDH. Sentencia de 30.06.2005, Bosphorus Airways, 45036/98. Derecho Comunitario y Convenio Europeo de Derechos Humanos”. *RDCE*, (nº 28), pp. 943-957.
- Añón Roig, M. J., (2014). “Integración, discriminación y acceso a la justicia”, en Á. Solanes Corella & E. La Spina, E., (Coords.). *Políticas migratorias, Asilo y Derechos Humanos. Un cruce de perspectivas entre la Unión Europea y España*. (pp. 81-119). Colección Drets humans. Valencia: Universitat de València, Servei de Publicacions.
- Arango Vila-Belda, J., (2006). “Derechos sociales, ciudadanía e integración”, en VV.AA *Inmigración y derechos de ciudadanía. III Seminario Inmigración y Europa*. G. Pinyol. (Coord.), (pp. 118-125). Barcelona: CIDOB.
- Arango Vila-Belda, J., Moya Malapeira, D., Oliver i Alonso, J. & Sánchez-Montijano, E., (2015). “La inmigración en 2014: atonía y quietud internas en un contexto agitado”, en VV.AA, J. Arango Vila-Belda, J., (et al. Dirs.). *Flujos cambiantes, atonía institucional. Anuario de la Inmigración en España 2014*. (pp. 13-24). Barcelona: CIDOB.
- Arango Vila-Belda, J., Moya Malapeira, D., Oliver i Alonso, J. & Sánchez-Montijano, E., (2017). *La inmigración en el ojo del huracán*, en J. Arango Vila-Belda, (et al. Dirs.). *La inmigración en el ojo del huracán*. Anuario CIDOB de la Inmigración. (pp. 13-28). Barcelona: CIDOB.
- Arango Vila-Belda, J., Mahía Casado, R., Moya Malapeira, D., & Sánchez-Montejano, E. (2018). *Inmigración y Asilo, en el centro de la arena Política*, en Arango Vila-Belda, J., (et al. Dirs.). *Inmigración y Asilo, en el centro de la arena Política*. Anuario CIDOB de la Inmigración 2018. (pp. 15-26). Barcelona: CIDOB.
- Arenas Hidalgo, N., (2017). “Derecho Internacional y europeo de las personas refugiadas”, en F. M. Mariño Menéndez. (Dir). C. Pérez González & A. Cebada Romero. (Coords.). *Instrumentos y regímenes de cooperación internacional*. (2ª ed., pp. 177-202). Madrid: Trotta.
- Arlettaz, F., (2014). “Extranjeros, migrantes y trabajadores migrantes en la jurisprudencia interamericana”. *RDME*, (nº 36), pp. 247-260.

- Arlettaz, F., (2015). *Expulsión de Extranjeros y Derecho de Asilo en el Sistema Interamericano*, México: Colección Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, pp. 25-29.
- Armenteros León, M., (2011). “La regulación del procedimiento de repatriación de los menores extranjeros en el nuevo reglamento de extranjería”. *Diario La Ley (Estudios doctrinales)*, (nº 7679), p. 5.
- Arnold, R., Martínez Estay, J., & Zúñiga Urbina, F., (2012). “El Principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. *Centro de Estudios Constitucionales de Chile*. (Año 10, nº. 1, pp. 65-116).
- Arrese Iriondo, M.N., (2010). “El derecho a la reagrupación familiar tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 2/2009”, *RVAP*, nº (87- 88), pp. 79-107.
- Arrese Iriondo, M.N., (2011). “El derecho a la reagrupación familiar de las personas extranjeras”. UPV-EHU, Bilbao.
- Arrese Iriondo, M.N., (2014). “La nueva dimensión de la ciudadanía de la Unión y su repercusión sobre el derecho de residencia”. *RAP*, (nº. 194), pp. 179-208.
- Arrese Iriondo, M. N., (2015). “Artículo 5. Derecho a la libertad y a la seguridad”, en I. Lasagabaster Herrarte. (Dir.). *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, (3ª Ed., pp. 113-202), Pamplona: Civitas.
- Arrese Iriondo, M. N., (2015). “Artículo 12. Derecho a contraer matrimonio”, en I. Lasagabaster Herrarte. (Dir.). *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, (3ª. Ed., pp. 688- 716) Pamplona: Civitas.
- Arrese Iriondo, M. N., (2015). “Artículo 13. Derecho a un recurso efectivo”, en I. Lasagabaster Herrarte. (Dir.). *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, (3ª. Ed., pp. 717-757), Pamplona: Civitas.
- Arrocha Olabuenaga, P. A., (2009). “Caso Medellín vs. Texas. Comentarios al fallo de la Suprema Corte de los Estados Unidos, así como a la solicitud de interpretación del fallo Avena del 31 de marzo de 2004, presentada a la Corte Internacional de Justicia por México en junio de 2008”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, (nº 9), pp. 677-705.
- Arroyo Jiménez, L., (2016). *Empatía constitucional. Derecho de la Unión Europea y Constitución española*, (p. 11 y ss.), Madrid: Marcial Pons.
- Arzoz Santisteban, X., (2013) “Métodos de transposición y requisitos jurídicos europeos e internos” en X. Arzoz Santisteban (Dir.). *Transposición de directivas y autogobierno. El desarrollo normativo del Derecho de la Unión Europea en el Estado autonómico*. (pp. 75-146). Barcelona: Institut d’Estudis Autònomic.
- Arzoz Santisteban, X., (2013). “La autonomía institucional y procedimental de los Estados miembros en la Unión Europea: mito y realidad”. *RAP*, nº 191, pp. 159-197.
- Arzoz Santisteban, X., (2014). *La concentración y actualización de los derechos fundamentales*. CEPC, pp. 35, 79.
- Arzoz Santisteban, X., (2015). *La tutela de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea por el Tribunal Constitucional*. INAP, pp. 23-39, 67-132, 151-154.

- Arzoz Santisteban, X., (2015). “Artículo 8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar”, en I. Lasagabaster Herrarte. (Dir.). *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*. (3ª Ed., pp. 338-438). Pamplona: Civitas.
- Arzoz Santisteban, X., (2019). *El silencio administrativo. Análisis constitucional y administrativo*. Madrid: La Ley Wolters Kluwer, pp. 52-56, 74-80, 213-280, 432-449.
- Arzoz Santisteban, X., (2019). “La resiliencia del procedimiento administrativo español ante la ejecución del Derecho de la Unión”, en R. Alonso García & J. I. Ugartemendia Eceizabarrena, (Dir.) *La incidencia del Derecho de la Unión Europea en la jurisdicción contencioso-administrativa. European Inklings* (EUi), nº 20. IVAP, pp. 20-66.
- Asensi Sabater, J., (2001). “Encuesta sobre la Ley de Extranjería y la Constitución”. *Teoría y Realidad Constitucional*, (nº 7), pp.7-64.
- Azpitarte Sánchez, M., (2014). “Derecho constitucional y derecho europeo”, en J. Alguacil González-Aurilloles, e I. Gutiérrez Gutiérrez, *Constitución: norma y realidad. Teoría constitucional para Antonio López Pina*. (pp. 87-96). Madrid: Marcial Pons.
- Azpitarte Sánchez, M., (2015). “Los derechos fundamentales de la Unión en busca de un nuevo equilibrio (Acerca del Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia, sobre la compatibilidad con los Tratados constitutivos del Proyecto de acuerdo internacional de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”. *REDC*, (nº 104), pp. 243-268.
- Bacigalupo Saggese, M., (1992). “El sistema de tutela cautelar en el contencioso administrativo alemán tras la reforma de 1991”, *RAP*, (nº 128), pp. 413-452.
- Bacigalupo Saggese, M., & Fuentetaja Pastor, J.A., (1997). “*Fumus boni iuris, periculum in mora* y equilibrio de intereses como presupuestos de la tutela cautelar comunitaria”. *REDA*, (nº 94), pp. 287-306.
- Bacigalupo Saggese, M., (1999). *La nueva tutela cautelar en el contencioso-administrativo* (Antecedentes, alcance y límites de la reforma operada por la Ley 29/1998). Madrid: Marcial Pons pp. 13 y ss., 42-43, 64-71.
- Bacigalupo Saggese, M., (2008). “Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo: clases de medidas cautelares y criterios para su adopción en las distintas modalidades del recurso contencioso administrativo”, en VV.AA. *Legislación contencioso-administrativa 2005-2007: análisis crítico*. Colección Estudios de Derecho Judicial, (nº 144), pp. 13-66. Madrid: CGPJ
- Bacigalupo Saggese, M., (2012). “El sistema jurisdiccional de la Unión Europea”, en J.Á Fuentetaja & E. Linde Paniagua, *Principios de Derecho de la Unión Europea*. (5ª Ed. pp. 554 y ss.). (Madrid: Colex
- Balaguer Callejón, F., (2002). “El Estado social y democrático de derecho. Significado, alcance y vinculación de la clausura del Estado social”, en C. Molina Navarrete, J. L. Monereo Pérez & M. N. Moreno Vida. (Coords.). *Comentario a la Constitución socio-económica de España*. (pp. 89-114). Granada: Comares.

- Balaguer Callejón, F., (2007) “Los Tribunales constitucionales en el proceso de integración europea”. *ReDCE*, (nº 7), pp. 277-294.
- Balaguer Callejón, F., (2008). El contenido esencial de los derechos constitucionales y el régimen jurídico de la inmigración. Un comentario a la STC 236/2007 de 7 de noviembre. *ReDCE*, (nº 10), pp. 481-501, <https://www.ugr.es/redce/>. Recuperado 20-03-2018.
- Balaguer Callejón, F., (2008), “Constitucionalismo multinivel y derechos fundamentales de la Unión Europea”, en *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces Barba*. (Vol. II, 1ª Ed., pp. 133-158). Madrid: Dykinson.
- Balaguer Callejón, M.L., (2010). *Igualdad y Constitución española*, Madrid: Tecnos, pp. 46 y ss.
- Banacluche Palao, J., (1996). *La libertad personal y sus limitaciones. Detenciones y retenciones en el Derecho Español*. Madrid: Hill Mcgraw, pp. 145 y ss.
- Baño León, J. M., (2015). “La reforma del procedimiento. Viejos problemas no resueltos y nuevos problemas no tratados”. *DA, Nueva Época*, (nº 2), <https://doi.org/10.24965/da.v0i2.10259>, recuperado 5-02-2018, p. 3.
- Baño León, J. M., (2016). “Los excesos de la llamada autotutela administrativa”. *REDA*, (nº 181), pp. 69-86.
- Baño León, J. M., (2017). “Los excesos de la llamada autotutela administrativa”, en J. C. Laguna de Paz, Í. Sanz Rubiales, & I. M. De los Mozos y Touya. (Coords). *Derecho Administrativo e Integración Europea. Estudios en homenaje al profesor José Luis Martínez López-Muñiz*. (Vol. II, *El actuar de la Administración Pública y garantías de su efectiva legalidad*, pp. 825-841). Madrid: Reus.
- Baquero Cruz, J., (2009). “Cooperación, competencia, deferencia: la interacción entre el Tribunal de Justicia y los tribunales constitucionales en el ámbito de los derechos fundamentales”, en J.M. Beneyto Pérez, (Dir.). J. Maillo González-Orús & B. Becerril Atienza. (Coords.). *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea. Derechos Fundamentales* (Vol. II, pp. 119-160). Navarra: Aranzadi Thomson Reuter.
- Barbero González, I., Fernández de Valderrama, C. B., Arrese Iriondo, M. N., & González Murua, A. R. (2017). *Defensa de los Derechos Fundamentales ante la Detención, Internamiento y Expulsión de Personas Extranjeras*, (pp. 23-32 y 141-283), Valencia: Tiran lo Blanch.
- Barcelona Llop, J., (1993). “¿Pero de verdad existe la tutela judicial cautelar en el orden contencioso-administrativo?”, en VV.AA. *Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez*. (Vol. I, pp. 89-122). Universidad de Cantabria: Facultad de Derecho.
- Barcelona Llop, J., (2015). “Cuestiones sobre la ejecutividad de los actos administrativos en la doctrina del Tribunal Constitucional”, en M. Rebollo Puig, E. Carbonell Porras, & M. López Benítez. *Régimen Jurídico básico de las Administraciones Públicas. Libro Homenaje al profesor Luis Cosculluela*. (pp. 374-377, 386). Madrid: Iustel.
- Barcelona Llop, J. (2016). “Protección internacional y tutela cautelar en el orden contencioso administrativo”. *REDA*, (nº 181). pp. 87-121.

- Barcelona Llop, J. (2016). “Las vías administrativas de recurso: panorama desde la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en F. López Ramón (Coord.). *Las vías administrativas de recurso a debate*. (pp. 30-36). Madrid: INAP.
- Barcelona Llop, J., (2017). “El artículo 135 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en J. C. Laguna de Paz, Í. Sanz Rubiales, & I. M. De Los Mozos y Touya. (Coords). *Derecho Administrativo e Integración Europea. Estudios en homenaje al profesor José Luis Martínez López Muñiz*. (Vol. II, *El actuar de la administración pública y garantías de su efectiva legalidad*, pp. 1495-1511). Madrid: Reus.
- Barnés Vázquez, J., (2008). “Reforma e innovación del procedimiento administrativo”, en *La transformación del procedimiento administrativo*. VV. AA, J. Barnés Vázquez (Editor, pp. 11-69). Sevilla: Global Law Press.
- Barnés Vázquez, J., (2010). “El procedimiento administrativo y el gobierno electrónico”. *Fundación Democracia y Gobierno Local*, pp. 83-95.
- Barnés Vázquez, J., (2011). “Tres generaciones del procedimiento administrativo”. *Derecho PUCP*, (nº 67), pp. 77-108.
- Barnés Vázquez, J., (2012). “Algunas respuestas del Derecho Administrativo contemporáneo ante las nuevas formas de regulación: fuentes, alianzas con el Derecho Privado, procedimientos de tercera generación”, en J. Barnés Vázquez, E. Schmidt-Assmann, A. Vosskuhle, R. Pitschas & L. J Parejo Alfonso, *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*. (Vol. II, 2ª Ed., Capítulo IV, pp. 251-377). Sevilla: Global Law Press, Derecho Global. INAP.
- Barnés Vázquez, J., (2017). “Un Marco para el Método del Análisis Comparado en el Derecho Administrativo”, en J. C. Laguna de Paz, Í. Sanz Rubiales, & I. M. De los Mozos y Touya. (Coords). *Derecho Administrativo e Integración Europea. Estudio Homenaje al profesor José Luis Martínez López-Muñiz*. (Vol. I. *El ser de la Administración pública*, pp. 31-57). Madrid: Reus.
- Barnés Vázquez, J., (2018). “Procedimiento administrativo y organizaciones globales”, en L. Parejo Alfonso & M. Vaquer Caballería, (Dir) *Estudios sobre el Procedimiento Administrativo I Derecho comparado*, (pp. 261-303). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Barnés Vázquez, J., (2019). “Buena administración, principio democrático y procedimiento administrativo”. *Revista digital de Derecho Administrativo*, (nº 21), pp. 77-123. doi: <https://doi.org/10.18601/21452946.n21.06>, recuperado 25-08-2019.
- Barona Vilar, S., (2019). “El Proceso Cautelar. Las medidas cautelares”, en J. Montero Aroca, J. L. Gómez Colomer, S. Barona Vilar, I. Esparza Leibar, & J. F. Etxeberria Guridi. *Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal*. (Vol. III, 27ª Ed., pp. 276-318). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Barona Vilar, S., (2019). “Los Procesos ordinarios. El procedimiento abreviado”, en J. Montero Aroca, J. L. Gómez Colomer, S. Barona Vilar, I. Esparza Leibar, & J. F. Etxeberria Guridi. *Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal*. (Vol. III, 27ª Ed., pp. 577-584). Valencia: Tirant lo Blanch.

- Barranco Escañuela, D., (2011). “Las nuevas medidas de agilización procesal en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa”. *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, (nº 22). Wolters Kluwer. La Ley, pp. p. 2610 y ss.
- Barreiro Carril, B., (2013). “Informe sobre los centros de internamiento de extranjeros: la normativa española y de la Unión Europea y su aplicación” en *AEDIDH*.
- Barrero Ortega, A., (2016). “Una aproximación (europea) al control difuso de convencionalidad”. *REDA*, nº 181, pp. 297-317.
- Bea Pérez, E., (2013). *Conversación con António Augusto Cançado Trindade. Reflexiones sobre la Justicia Internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 16-19, 35.
- Beladiez Rojo, M., (2015). “La función constitucional del incidente de nulidad de actuaciones del art. 241 LOPJ”, en L. Arroyo Jiménez, M. Beladiez Rojo, C. Ortega Carballo y J. M. Rodríguez de Santiago. *El juez del derecho administrativo. Libro homenaje a Javier Delgado Barrio* (pp. 439-453). Madrid: Marcial Pons.
- Belando Garín, B., (2008). “Los actos administrativos retroactivos por naturaleza”. *REDA*, (nº 137), pp.81-99.
- Belgrano Ledesma, M., (2014). “Nuevo Reglamento de los CIE. Una oportunidad perdida”, <http://www.abogacia.es/2014/03/27/>. Recuperado 20-03-2015.
- Belgrano Ledesma, M., Puig Pellicer, J. R., Adam Muñoz, M. D., & Gutiérrez Castillo, V. (2013). Régimen jurídico de los extranjeros. De la entrada y salida de territorio español”, en VV.AA., P. Águelo Navarro (Dir.). *Comentarios a la Ley de Extranjería. Referencias normativas, jurisprudencia, comentarios*. (pp. 166-203). Madrid: Colex.
- Bellido Penadés, R., (2019). “El derecho de acceso al recurso no penal en el proceso español a la luz de la CE y del CEDH”, en F. J. Matia Portilla & L. E. Delgado Del Rincón (Dir.), *Las problemáticas dimensiones del derecho al proceso debido en España a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, (pp. 117-169). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Bello Reguera, G., (2010). “Alteridad, vulnerabilidad migratoria y responsabilidad asimétrica”. *Dilemata*. (nº 3), pp. 119-127.
- Bello Reguera, G., (2011). *Emigración y ética. Humanizar y deshumanizar*. Madrid: Plaza y Valdés.
- Bello Reguera, G., (2012). “Emigración e ilegalización: una mirada ética”. *Dilemata*. (nº 8), pp. 83-97.
- Benedicto XVI. (2018). Vaticano II, Benedicto XVI ante la Asamblea General de la ONU, 18-04-2008. ONUBIB.UV.
- Benito López, R., (2011). “Centros de Internamiento para Extranjeros, privación de libertad sin garantías”. *Corintios XIII*, (nº 137-138), pp. 299-322.
- Berberoff Ayuda, T. D., (2011). “La regulación de las medidas cautelares”. *Actualidad Administrativa. La Ley*. (nº 21), pp. 2620-2634.

- Berberoff Ayuda, T. D., (2013). “Pérdida sobrevenida de objeto de los recursos de casación en materia de medidas cautelares en los supuestos de sentencias desestimatorias recaídas en la instancia”. Foro abierto. (Coord.). D. Córdoba Castroverde, *RJD* <http://www.online.elderecho.com>. Recuperado 14-12-2017.
- Berberoff Ayuda, T. D., (2020). “Intervención judicial en la ejecución de sentencias desestimatorias”. Foro abierto. (Coord.). D. Córdoba Castroverde, *RJD* nº 2, <http://www.online.elderecho.com>, recuperado 22-06-2020.
- Bertelsen Simonetti, S., (2010). “Métodos de solución de conflictos entre derechos fundamentales”. *Cuadernos del Tribunal Constitucional*. (nº 42), pp. 13-108.
- Bidart Campos, G., (1994). “La interpretación del sistema de derechos humano”. *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*. (nº 19), pp. 11-47.
- Binder, C. & Schobesberger, T., (2015). “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los derechos sociales ¿Nuevas tendencias en la jurisprudencia?”, en M. Morales Antoniazzi, J. I., Ugartemendia Eceizabarrena, & A. Saiz Arnaiz. *La garantía jurisdiccional de los Derechos Humanos. Un estudio comparado de los sistemas regionales de tutela: europeo, interamericano y africano*. (pp. 102-111). Oñati: IVAP
- Blanes Rodríguez, E., (2002). “Reflexiones sobre las sanciones a la estancia ilegal y entrada ilegal de los extranjeros, previstas en la LO 4/2000 y el principio de legalidad, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, el derecho de audiencia y tutela judicial cautelar”, en J. E. Peces Morate. (Dir.). *Inmigración y Derecho. Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial*. (nº 41), pp. 295-304.
- Bobbio, N., (1991). *El tiempo de los derechos*. Madrid: Sistema, pp. 53-62.
- Bocanegra Sierra, R., & Huergo Lora, A., (2001). “Un paso atrás en el control judicial de la discrecionalidad: su confusión con los conceptos jurídicos indeterminados y la dispensa del deber de motivar”. *REDA*, (nº 111), pp. 405 y ss.
- Bocanegra Sierra, R. E., (2009). “La coacción administrativa. Ejecutoriedad forzosa de los actos administrativos. La coacción directa”, en T. Cano Campos, *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo. La actividad de las administraciones públicas: la forma* (Vol. III, T- I, pp. 215-235). Madrid: Iustel.
- Bonet i Pérez, J., (2004). “La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares”, en F. Gómez Isa (Dir.) & J.M. Pureza (Coord.). *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*. (pp. 309-350). Bilbao: Universidad de Deusto.
- Bonet i Pérez, J., (2008). “Los convenios internacionales aplicables a la regulación jurídica de las migraciones y del régimen jurídico de extranjería”, en M. Balado. (Dir.) *Inmigración, Estado y Derecho. Perspectivas desde el siglo XXI*. (pp.731-752). Barcelona: Bosch.
- Bonet i Pérez, J., (2016). “La protección indirecta como instrumento de exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ante el Tribunal Europeo de derechos humanos.” *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. (nº 35), pp. 137-183.

- Borrás Pentinat, S., (2016). “La migración ambiental: entre el abandono, el refugio y la protección internacional”. *Revista papeles de relaciones ecosociales y cambio global*. (nº 132), pp. 31-49.
- Bouazza Ariño, O., (2013). *El recurso de casación contencioso-administrativo común*. Cizur Menor: Civitas, pp. 213-216.
- Bouazza Ariño, O., (2017). “De nuevo sobre el control judicial de la discrecionalidad de la administración. Al hilo de la infracción en el ejercicio de la jurisdicción como fundamento del recurso de casación”. *RAP*, (nº 202), pp. 169-203.
- Bouazza Ariño, O., (2019). “Garantía y protección de los Derechos Humanos de los presos y personas con libertad restringida en la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *RGDA*, Iustel, (nº 52), recuperado, 28-01-2020, pp. 2-33.
- Boza Martínez, D., (2012). “La expulsión de residentes de larga duración como consecuencia de condena penal y la jurisprudencia del TEDH”, en VV. AA. *VI Encuentro Internacional de Investigadores en Derecho de Inmigración y Asilo*, organizado por el Institut de Drets Humans y la Universitat de Valencia. Valencia: Facultad Derecho.
- Boza Martínez, D., Martínez Liboreiro, M. F., & Rodríguez Candela, J. L., (2014). “El caso Albarracín la vida familiar como límite a la expulsión derivada de sentencia penal y su aplicación en España”. *RDME*. (nº 37), pp. 237-252.
- Boza Martínez, D., (2016). *La expulsión de personas extranjeras condenadas penalmente el nuevo artículo 89 CP*. Cizur Menor: Thomson Reuters/Aranzadi.
- Boza Martínez, D., (2019). “Expulsiones. Cifras y su Interpretación”. *Revista Crítica Penal y Poder*. (nº 18), (pp. 309-318). OSPDH. Universidad de Barcelona.
- Brandariz García, J. A., & Fernández Bessa, C., (2010). "La construcción de los migrantes como categoría de riesgo: fundamento, funcionalidad y consecuencias para el sistema penal español", en S. Palidda & J. Á. Brandariz (Dir.), A. Iglesias Skulj, J. A. Ramos Vázquez & J. A. Brandariz García. (Coords). *Criminalización racista de los migrantes en Europa*. (pp. 271-289). Granada: Comares.
- Briones González, J., (2012). *La reparación por daños derivados de la justicia cautelar en el Derecho administrativo*. Pamplona: Thomson Civitas, pp. 125-138, 155-180.
- Brown, W., (2015). *Estados amurallados, soberanía declinante*. (A. Martínez Riu, Trad.). Barcelona: Herder, pp. 20-ss, 190- ss.
- Brunella, M., (2016). *Estudio sobre las políticas migratorias en la Unión Europea y en el Mediterráneo, en particular las políticas de integración ¿Existe un papel para la UpM?* Tesis Doctoral. Universidad Autónoma de Barcelona, pp. 172-177.
- Burgogue-Larsen, L., (2014). “Los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos”, en M. J. Terol Becerra, & L. Jimena Quesada. *Tratado Sobre Protección de Derechos Sociales*. (pp. 469-490). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Bustillo Bolado, R. O., (2005). *La aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el contencioso administrativo*. Cizur Menor: Aranzadi, pp. 47 y ss.

- Bustillo Bolado, R. O., (2005). “A propósito de la STS de 28 de junio de 2005: un ejemplo de correcto entendimiento de la supletoriedad procesal civil en el contencioso-administrativo”. *Actualidad Jurídica Aranzadi* nº 691, Aranzadi Thomson Reuters <http://www.aranzadi.es/>, recuperado 14-12-2017.
- Bustillo Bolado, R. O., (2012) “La desviación de poder en el Derecho Comunitario y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos” *RAP*, nº 188, pp. 65-97.
- Bustos Gisbert, R., (2012). “Elementos constitucionales en la red global”. *Revista Estudios de Deusto*. (nº 60), pp. 21-44.
- Bustos Gisbert, R., (2012). “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos Judiciales”. *REDC*, (nº 95), pp. 13-63.
- Bustos Gisbert, R., (2017). “La aplicación judicial de la CDFUE; un decálogo a partir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”. *Teoría y Realidad Constitucional*. (nº 39), pp. 333-359.
- Caballol Angrill, M., (1990). “El reconocimiento constitucional de la potestad sancionadora de la administración. Límites establecidos en el artículo 25.1 de la Constitución”. *Autonomies Revista catalana de dret públic*. (nº 11), pp. 115-130
- Cabañas García, J. C., (1999). *El recurso contencioso-administrativo*. Madrid: Trivium, pp. 28, 29- 65.
- Calamandrei, P., (1945). *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. (S. Sentís Melendo. Trad). Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, pp. 31-45, 65, 94.
- Calderón Cuadrado, M. P., (1992). *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civitas*. Madrid: Civitas, pp. 40 y ss.
- Calonge Velázquez, A., (1999). “Primera decisión jurisprudencial sobre medidas cautelares “provisionalísimas”. Un paso más en la crisis de la ejecutividad de los actos administrativos. Comentario al Auto del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 1993, Sala Tercera”. *Poder Judicial*, (nº 33), pp. 465-477.
- Calonge Velázquez, A., (1999). “Medidas cautelares de urgencia. Algunos problemas de interpretación del artículo 135 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”. *La Ley*, (T. V, pp. 1847-1850).
- Calvo Miranda, J. L (1999). “Reflexiones sobre la jurisprudencia en materia de medidas provisionalísimas: Ejecutividad del acto administrativo y extranjería”. *RAP*, (nº 148), pp. 227-248.
- Calvo Rojas, E., (1994). “Medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo. Medidas provisionalísimas y medidas cautelares positivas. Últimos avances en esta materia y algún exceso”. *REDA*, (nº 83), pp. 465-476.
- Calvo Rojas, E., (2001). “El procedimiento administrativo sancionador. Especial referencia a las medidas cautelares”, en J.M. Álvarez-Cienfuegos Suárez, (Coord.). *Reflexiones sobre la nueva Ley de Extranjería. Cuadernos de Derecho judicial*, (nº 8, pp. 175-212). Madrid: CGPJ.
- Calvo Rojas, E., (2019). “Influencia del Derecho de la Unión Europea en la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo: una visión de conjunto”, en R. Alonso García & J. I. Ugartemendia Eceizabarrena, (Dirs.) *La incidencia del Derecho de*

la Unión Europea en la jurisdicción contencioso-administrativa. European Inklings (EUi), nº 20. IVAP, pp. 67-98.

- Camisón Yagüe, J. A., (2011). “La Sentencia del Bundesverfassungsgericht sobre el Tratado de Lisboa, como hoja de ruta constituyente de la Unión Europea”. *Revista Universitaria Europea*. (nº 14), pp. 95-128.
- Camós Victoria, I., & Rojo Torrecilla, E., (2004). “La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migrantes y de sus Familias”. *Migraciones: Revista del Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones*. (nº 16), pp. 7-40.
- Campos Sánchez-Bordona, M., (2010) “Comentario Artículo 130”, en S. Martínez-Vares García. (Coord.). *Contencioso-Administrativo. Comentarios y Jurisprudencia*. L 29/1998, 13 julio. Madrid: Editorial Jurídica Sepin. SP/DOCT/5240, recuperado 5-04-2018.
- Campos Sánchez-Bordona, M., (1999). “La tutela cautelar de los derechos con origen en el ordenamiento comunitario”, en M. Campos Sánchez-Bordona. (Dir.). *Medidas cautelares en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. (pp. 67-108). Madrid: CGPJ.
- Cançado Trindade, A. A. (1998). “Reflexiones sobre la interacción entre el Derecho internacional y el Derecho interno en la protección de los derechos humanos”, en VV. AA. *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. (1ª, Ed. pp. 107-136). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas/Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. UNAM.
- Cançado Trindade, A. A., (2004), “Reflexiones sobre el desarraigo como problema de Derechos Humanos frente a la Conciencia jurídica Universal”, en A. A. Cançado Trindade & J. Ruiz de Santiago. *La nueva dimensión de las necesidades de protección del ser humano en el siglo XXI*. (3ª Ed., pp. 34-46). ACNUR, CIDH.
- Cançado Trindade, A. A., (2005). “El nuevo Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000) y su proyección hacia el futuro: la emancipación del ser humano como sujeto del Derecho Internacional”, en A. A. Cançado Trindade, M. E. Ventura Robles. *El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. (3ª. Ed. pp. 11-108). San José C. R.: CIDH/UNHCR/ACNUR.
- Cançado Trindade, A. A., (2006). “*El Derecho Internacional de los derechos humanos en el Siglo XXI*”. Santiago de Chile: Ed. Jurídica de Chile, p. 24.
- Cançado Trindade, A. A., (2007). “La persona humana como sujeto del derecho internacional: avances de su capacidad jurídica internacional en la primera década del siglo XXI”. *RIIDH*, (nº 46), pp 273-329.
- Cancer Minchot, P., (2016). “La nueva casación contencioso-administrativa: sentencias y autos recurribles. El interés casacional objetivo”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, (nº 6), pp. 41-62.
- Cancer Minchot, P., (2019). “Recurso de casación e infracción del Derecho UE”, en R. Alonso García & J. I. Ugartemendia Eceizabarrena, (Dir.) *La incidencia del Derecho de la Unión Europea en la jurisdicción contencioso-administrativa. European Inklings* (EUi), nº 20. IVAP, pp. 99-116.

- Candela Talavero, J. E., (2019). “El procedimiento del recurso especial y sus consecuencias”. *Revista Gabilex*, (nº 20), <http://gabilex.castillalamancha.es>, pp.101-180, recuperado 22-06-2020.
- Cano Campos, T., (2015). “La potestad sancionadora de la administración: una regulación fragmentaria incompleta y perniciosa”. *DA, Nueva Época* (nº 2), <http://dx.doi.org/10.24965/da.v0i2.10256>, recuperado 05-02-2018.
- Cano Campos, T., (2017). “La vuelta del “Administrado”, en J. C. Laguna de Paz, Í. Sanz Rubiales, & I. M. De los Mozos y Touya. (Coords) *Derecho Administrativo e Integración Europea. Estudios en homenaje al profesor José Luis Martínez López-Muñiz*. (Vol. II. *El actuar de la Administración Pública y garantías de su efectiva legalidad*, pp. 929-931). Madrid: Reus.
- Cano Campos, T., (2017) “El laberinto de la invalidez: algunas pistas para no perderse”. *Indret, Revista para el Análisis del Derecho*, nº 4, www.indret.com, recuperado 22-10-2018.
- Cano Linares M^a Ángeles., (2019). “El pacto mundial para una migración segura, ordenada y regular. Luces y sombras”, en M. Á Cano Linares & A. J. Muro Castillo. (Coords). *Algunas reflexiones en torno al pacto mundial por una migración regular, segura y ordenada*. (pp. 9-38). Madrid: Dykinson.
- Cano Mata, A., (1982). “La Ley de Protección de los Derechos Fundamentales de la Persona y sus garantías contencioso-administrativas. Deseable ampliación de algunas de sus innovaciones a la vía judicial ordinaria”. *RAP*, (nº. 98), pp. 47-77.
- Canosa Usera, R., (2015). *El control de convencionalidad*. Madrid: Civitas/Thomson Reuters, pp. 15-32 ss. 72-84, 92-100, 118, 134.
- Caponi, R., (2016). “Piero Calamandrei y la tutela cautelar: 80 años después”. *Revista de la Maestría de Derecho Procesal*, (Vol. 6, nº 1), pp. 175-189.
- Cara Fuentes, E. I., (2014). *Medidas cautelares y jurisdicción contencioso administrativa (Problemática y Soluciones)*. Colección: El Derecho Práctico. Málaga: Fundación Asesores Locales., pp. 37 y ss, 111.
- Carmona Cuenca, E., (2014). “El derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional. Problemas interpretativos (art. 13 CEDH)”, en P. Santolaya Machetti & F. J. García Roca. (Coords.). *La Europa de los Derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*. (3^a Ed., pp. 565-586). Madrid: CEPC.
- Carmona Cuenca, E., (2017). “Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *RDP/UNED*, (nº 100), pp. 1209-1238.
- Carretero Sánchez, S., (2004). *El cambio de los derechos sociales y su justiciabilidad (Impacto jurídico de la inmigración en la teoría tradicional de los derechos humanos)*. Madrid: Universidad Complutense. Facultad de Derecho, pp. 35-46, 77, 104, 129, 159 y ss.
- Carrillo Donaire, J. A., (2010). “Buena administración, ¿un principio, un mandato o un derecho subjetivo?”, en J. A. Santamaría Pastor, (Dir.). *Los principios jurídicos del derecho administrativo*. Madrid: La Ley, pp. 1137-1165.

- Carrillo Salcedo, J. A., (2001). “Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”. *RDCE*, (nº 9), pp. 7-26.
- Carrillo Salcedo, J. A., (2008). “Hacia una mayor efectividad del mecanismo de garantía instituido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en I. Agirreazkuenaga Zigorruga. (Coord.). *Derechos Fundamentales y otros estudios en homenaje al profesor Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*. (Vol. I. *Derechos fundamentales. Aspectos generales, Garantías*, pp. 229-248). Zaragoza: El Justicia Aragón.
- Carro Fernández-Valmayor, J. L., (2008). “Derechos fundamentales socioeconómicos y prestaciones esenciales”, en I. Agirreazkuenaga Zigorruga. (Coord.). *Derechos Fundamentales y otros estudios en homenaje al profesor Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*. (Vol. I. *Derechos fundamentales. Aspectos generales*, pp. 373-394). Zaragoza: El Justicia Aragón.
- Casadevall, J., (2012). *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su Jurisprudencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 35-36, 91-102, 144-154 y 393-399.
- Casado Casado, L., (2019). “Restricciones en los Recursos de los Procesos Contencioso-Administrativos”, en F. López Ramón, & J. Valero Torrijos, *Actas del XIV Congreso de la AEPDA: 20 años de la Ley de lo de lo Contencioso-Administrativo*. Congreso (14º/2019. Murcia), (pp. 63-107). Madrid: INAP.
- Casado Raigon, R., (1987). *La jurisdicción contenciosa de la Corte Intemacional de Justicia. Estudio de las reglas de su competencia*. Córdoba: Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones, p. 27.
- Casas Baamonde, M. E., (2008). “El Tribunal Constitucional ante el fenómeno de extranjería”, en VV. AA. *XXIX Jornadas de estudio. Derecho, Inmigración e Integración. 21-23 de noviembre de 2007*. (pp. 483-498). Madrid: Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica.
- Casares Marcos, A., (2019). “Eficacia de las medidas cautelares en lo contencioso-administrativo”, en F. López Ramón & J. Valero Torrijos, *Actas del XIV Congreso de la AEPDA: 20 años de la Ley de lo de lo Contencioso-Administrativo*. Congreso (14º/2019. Murcia), (pp. 355-404). Madrid: INAP.
- Castilla Juárez, K. A., (2017). "La protección de los derechos de las personas migrantes extranjeras en treinta y cinco años de jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en A. Saiz Arnaiz (Dir.), J. Solanes Mullor, & J. Ernesto Roa Roa, (Coords). *Diálogos Judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. (pp. 357-381). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Castilla Juárez, K.A., (2018). *¿Detención por motivos migratorios? Respuestas desde los derechos humanos para España y México*. México-Valencia: Tirnat lo Blanch, pp. 95-118, 143-252.
- Castillo Blanco, F. A., (1998). “La nueva regulación de las medidas cautelares en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998”. *Poder Judicial*, (52), 281-320.
- Cebada Romero, A., (2008). *La Unión Europea: ¿una acción exterior inteligente?* Madrid: Iustel, pp. 77-89, 117-139, 146-180.

- Ceriani Cernadas, P., (2007). *Políticas migratorias y garantías procesales ante la Corte Europea de Derechos Humanos. Una crítica a la no aplicación del artículo 6 CEDH en los procesos de admisión, residencia y expulsión de extranjeros* (Trabajo realizado en el marco del Doctorado en Derechos Fundamentales). Valencia: Universidad de Valencia.
- Ceriani Cernadas, P., (2009). “Control migratorio Europeo en territorio Africano: La omisión del carácter extraterritorial de las obligaciones de Derechos Humanos”. *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*. (nº 10), pp. 189-216
- Chamorro González, J. M., (2013). “La Tutela Cautelar en el Proceso Contencioso-Administrativo”. Discurso Ingreso en la Academia Asturiana de Jurisprudencia. Sesión Plenaria y Solemne 20-03-2013.
- Charro Baena, P., (2017). “Derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a protección y asistencia. (Artículo 19)”, en C. Monereo Atienza & J. L. Monereo Pérez. (Dir/Coords). *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de los Derechos Humanos y la Carta Social Europea. (Parte II. Carta Social Europea. Derechos en la Carta)*. (pp. 745-758). Granada: Comares.
- Chaves García, J. R., (2020). *Derecho Administrativo mínimo*, Salamanca: Ed. Amarante, pp. 504-532.
- Chaves García, J. R., (2018). *El arte de la guerra en la justicia administrativa*. Madrid: Wolters Kluwer, pp. 105 y ss.
- Chinchilla Marín, M. C., (1991). *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*. Madrid, Civitas. pp. 37-40, 43-47, 51-63.
- Chinchilla Marín, M. C., (1993). “El Derecho a la Tutela Cautelar como garantía de la efectividad de las Resoluciones Judiciales”. *RAP*, (nº 131), pp.167-189.
- Chinchilla Marín, M. C., (1999). “Los criterios de adopción de las medidas cautelares en la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”, en M. Campos Sánchez-Bordona. *Medidas cautelares en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. (pp. 15-65). Madrid: CGPJ.
- Chinchilla Marín, M. C., (2014). “Las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo en España”, en F. Balaguer Callejón & E. Arana García. (Coords.) *Libro homenaje al profesor Rafael Barranco Vela*. (Vol. I, pp. 93-134). Cizur Menor: Thomson Reuters-Civitas.
- Chinchilla Peinado, J.A., (2016). “Validez y eficacia. Avances y retrocesos en la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Su incidencia en la Administración local”. *Cuadernos de Derecho Local*, (nº 41), pp. 86-121.
- Chiovenda, G., (1936). “Instituciones de derecho procesal civil” (trad. Gómez Orbaneja). *Revista de Derecho Privado: serie C*, (nº 16).
- Chiovenda, G. (1977). *Principios de derecho procesal civil*. (T. II). Madrid: Reus, p. 6
- Chocrón Giráldez, A. M., (2015). “La demanda de medidas provisionales ante el tribunal de justicia de la Unión Europea”, en D. Ramírez Bendala (Coord.). *Buenas*

prácticas jurídico-procesales para reducir el gasto social (III), (pp. 181-200). Murcia: Laborum.

- Chueca Sancho, Á. G., (2002). “El Derecho Internacional prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros”. *RDME*. (nº 1), pp. 9-36.
- Chueca Sancho, Á. G., (2002). “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería”. *RDME*. (nº 1), pp. 233-256.
- Chueca Sancho, A. G., (2002). “Los derechos humanos de los extranjeros en Europa: entre el respeto y la discriminación”, en J. M. Alemany Briz. *La inmigración, una realidad en España*. (pp. 237-262). Zaragoza: Centro Pignatelli, Seminario de Investigación para la Paz.
- Chueca Sancho, Á. G., & Ágüelo Navarro, P., (2004). “El novísimo derecho humano de las personas a migrar”. *RDME*. (nº 5), pp. 291-292.
- Chueca Sancho, Á. G., (2005). “Los derechos fundamentales en la Constitución para Europa: las principales carencias de su Constitucionalización”. *REDUE*, (nº 8), pp. 85-102.
- Chueca Sancho, Á. G., & Ágüelo Navarro, P., (2005). “La Constitución Europea y los extranjeros”. *RDME*. (nº 8), pp. 215-225
- Chueca Sancho, Á. G., (2005). “Un análisis de las migraciones internacionales a través de cinco mitos”. *RDME*. (nº 9), pp. 45-63.
- Chueca Sancho, Á. G., (2006). “*Ius migrandi* y el derecho humano al desarrollo”. *Congreso Codesarrollo y Migraciones. El papel de la cooperación*, del 6 al 10 de noviembre. Instituto de Estudios para la Paz, Oviedo.
- Chueca Sancho, Á. G., (2007). “*Ius migrandi* y el derecho humano al desarrollo”. *Eikasía: Revista de filosofía*. (nº 8), pp. 191-207.
- Chueca Sancho, Á. G., (2007). “La Carta de Derechos Fundamentales, la inmigración y el asilo en la reforma del Tratado de la Unión Europea: un breve apunte”. *RDME*. (nº 15), pp. 185-194.
- Chueca Sancho, Á. G., (2008). “El *ius migrandi* en el Derecho Internacional de las migraciones”, en M. Balado Ruiz-Gallegos. (Coord.). *Inmigración, Estado y Derecho. Perspectivas desde el siglo XX*. (pp. 753-778). Barcelona: Bosch.
- Chueca Sancho, Á. G., (2009). “La política de inmigración de la UE en el mediterráneo o el síndrome de las tres "R", en Á. G. Chueca Sancho, V. L. Gutiérrez Castillo, & I. Blázquez Rodríguez. (Coords.). *Las migraciones internacionales en el Mediterráneo y Unión Europea*. (pp. 23-46). Barcelona: Huygens: Fundación Tres Culturas del Mediterráneo.
- Chueca Sancho, Á. G., (2010). “Aproximación a la política de inmigración de la UE en el Mediterráneo”. *ReEI*, (nº 19) <http://www.reei.org>, recuperado 11-06-2018.
- Chueca Sancho, Á. G., & Ágüelo Navarro, P., (2013). “Contenido y límites del “*Ius migrandi*””. *REIB*. (Vol. 7, nº 2, pp. 6-15). <http://www.urjc.es/ceib/>, recuperado el 22-04-2015.
- Chueca Sancho, Á. G., & Ágüelo Navarro, P., (2014). “La libertad de circulación de trabajadores en el EEE”. *RDME*. (nº 35), pp. 83-111.

- Cienfuegos Mateo, M., (2014). “La cuestión prejudicial comunitaria (Artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea)”. *Colección the Jean Monnet/Robert Schuman Paper Series*. (Vol. 14, nº 1, pp. 10-11). Miami-Florida European Union Center of Excellence, <https://eucenter.as.miami.edu>, recuperado el 16-01-2016.
- Cierco Seira, C., (2008). “Derecho a la de la libertad personal y protección de la salud pública: el internamiento forzoso por razón de enfermedad contagiosa. Reflexiones a propósito de la STEDH de 25 de enero de 2005, Enhorn contra Suecia”, en, I. Agirreazkuenaga Zigorraga. *Derechos Fundamentales y otros estudios en Homenaje al Prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*. (Vol. I. *Derechos fundamentales. Aspectos sectoriales*, pp. 805-834). Zaragoza: El Justicia de Aragón.
- Collado García-Lajara, E., (1998). “Las medidas cautelares en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”. *La Ley*, (nº 6), 2181-2194.
- Colomer Hernández, I., (2017) “Capítulo 1. Recurso súplica, de apelación contra autos, de queja y recursos frente a resoluciones del Letrado de la Administración de Justicia, art. 79, 80 y 102 bis”, en A. Palomar Olmeda (Dir.). *Tratado de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, (T. II, 3ª Ed, *Recursos, Ejecución de Sentencias y Disposiciones Comunes*, pp. 33-49, 80-152). Cizur Menor (Navarra), Aranzadi.
- “Capítulo 3. El nuevo Recurso de Casación”, en A. Palomar Olmeda (Dir.). *Tratado de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, (T. II, 3ª Ed, *Recursos, Ejecución de Sentencias y Disposiciones Comunes*, pp. 343-596). Cizur Menor (Navarra), Aranzadi.
- Concellón Fernández, P., (2018). *Dialogando con Luxemburgo: los órganos jurisdiccionales españoles y la cuestión prejudicial (1986-2017)*. Tesis Doctoral, Universidad de Oviedo.
- Conde Martín de Hijas, V., (1998). “La dimensión constitucional de la jurisdicción contencioso administrativa”, en E. A. Alcubilla & R. Fernández Valverde. (Dir.). *Comentarios a la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. (pp.3-186). Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados.
- Conde Martín de Hijas, V., (1999). “Las medidas cautelares”, en C. Picó Lorenzo. (Dir.). *La nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. (pp. 531-608), Madrid: *Estudios de Derecho Judicial*. (nº 11). CGPJ.
- Córdoba Castroverde, D., (2013). “Pérdida sobrevenida de objeto de los recursos de casación en materia de medidas cautelares en los supuestos de sentencias desestimatorias recaídas en la instancia”. Foro abierto. (Coord.). D. Córdoba Castroverde. *RJD nº 2*. <http://www.online.elderecho.com>. Recuperado 14-12-2017.
- Córdoba Castroverde, D., (2014). “El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador. Excepciones según la jurisprudencia del TJUE”. Respuesta de los tribunales. *RJD* <http://www.online.elderecho.com>, recuperado 14-12-2017.

- Córdoba Castroverde, D., (2015). “El nuevo recurso de casación contencioso-administrativo”. Tribuna. *RJD* <http://www.online.elderecho.com>, recuperado 14-12-2017.
- Córdoba Castroverde, D., (2015). “La suspensión de otros procesos basada en la prejudicialidad comunitaria”. Foro abierto. (Coord.). D. Córdoba Castroverde, *RJD* n° 2, <http://www.online.elderecho.com>, recuperado 14-12-2017.
- Córdoba Castroverde, D., (2016). “La ejecución de sentencias confirmatorias de actos administrativos. La autorización judicial de entrada de domicilio ¿a quién ha de pedirse? Foro Abierto *RJD* <http://www.online.elderecho.com>, recuperado 14-12-2017.
- Córdoba Castroverde, D., (2016). “Algunos problemas que plantea la legitimación activa en la jurisprudencia”. Respuesta de los tribunales. *RJD* n° 2, <http://www.online.elderecho.com>, recuperado 14-12-2017.
- Córdoba Castroverde, D., (2017). “El derecho de circulación y residencia de los padres de ciudadanos de la Unión Europea”. Lefebvre, *RJD*: <http://www.online.elderecho.com>, recuperado 14-12-2017.
- Córdoba Castroverde, D., (2017). “Las actuaciones previas de investigación en la jurisprudencia”. Respuesta de los tribunales. *RJD* n° 2, <http://www.online.elderecho.com>, recuperado 14-12-2017.
- Córdoba Castroverde, D., (2018). “La jurisprudencia sobre los requerimientos a las Administraciones Públicas. Respuesta de los tribunales”. *RJD*. (n° 2). <https://online.elderecho.com>. Recuperado 26-07-2018.
- Córdoba Castroverde, D., (2018). “La pérdida sobrevenida del objeto del recurso en la jurisprudencia. Respuesta de los tribunales.” *RJD* (n° 2). <https://online.elderecho.com>. Recuperado 26-07-2018
- Cordón Moreno, F., (1979). “Anotaciones acerca de la legitimación”. *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, (n° 1), pp. 310 y 313.
- Cordón Moreno, F. (1997). “De nuevo sobre la legitimación”. *Revista de Derecho Procesal*, (n° 1), p. 66.
- Coscolluela Montaner, L., (2017). “Influencia del Derecho de la Unión Europea en el Procedimiento Administrativo español”, en J. C. Laguna de Paz, Í. Sanz Rubiales & I. M. De los Mozos y Touya. (Coords). *Derecho Administrativo e Integración Europea. Estudios en homenaje al profesor José Luis Martínez López Muñiz*. (Vol. II, *El actuar de la administración pública y garantías de su efectiva legalidad*, pp. 935- 950). Madrid: Reus.
- Coscolluela Montaner, L., (2019). *Manual de Derecho Administrativo. Parte General*. (30° Ed. *Título Cuarto. Potestades de la administración pública y actos administrativos*). Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters, pp. 343-344, 350-355, 380 y ss.
- Cruz Ortiz de Landázuri, M.L., (2010). “La reparación a las víctimas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.” *REDI*. (Vol. LXII, n° 1), pp. 89-117)
- Cruz Villalón, P., (1992). “Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros; las personas jurídicas”. *REDC*, (n° 35), pp. 63-84.

- Cruz Villalón, P., (1993). “Derechos fundamentales y legislación”, en U. Gómez Álvarez, *Estudios de derecho público en homenaje a Ignacio de Otto*. (pp. 407-424). Oviedo: Universidad de Oviedo, Servicio de Publicaciones.
- Cruz Villalón, P., (2006). “Unos derechos, tres tribunales”, en M. E. Casas, P. Villalón Cruz & F. Durán. (Coords.). *Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución española: estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*. (pp.1005-1025). Madrid: Wolters Kluwer, La Ley.
- Cruz Villalón, J., (2010). “La política comunitaria de inmigración”, en R. Escudero Rodríguez. (Coord.). *Inmigración y movilidad de los trabajadores*. pp. 59-107. Madrid: Wolters Kluwer.
- Cruz Villalón, P., (2013). “La identidad constitucional de los Estados miembros: dos relatos europeos”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Ejemplar dedicado a Identidad, Derecho y Política*. (nº 17), pp. 501-514.
- Cuadrón Ambite, S., (2018). *Extranjeros en frontera. Un estudio jurídico-práctico del reconocimiento, protección y límites del derecho de entrada en España*. Madrid: Dykinson, pp. 41-190.
- Cudero Blas, J., (2013). “Pérdida sobrevenida de objeto de los recursos de casación en materia de medidas cautelares en los supuestos de sentencias desestimatorias recaídas en la instancia”. Foro abierto. (Coord.). D. Córdoba Castroverde. *RJD* <http://www.online.elderecho.com>. Recuperado 14-12-2017.
- Cudero Blas, J., (2017). “La cuestión prejudicial: algunas cuestiones sobre el derecho/deber del juez nacional de plantearla”. *Tribuna*. *RJD* <http://www.online.elderecho.com>. Recuperado 14-12-2017.
- De Asís Roig, R. F., (2002). “La apertura constitucional. La dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del orden político y de la paz social”, en J. L. Monereo Pérez, C. Molina Navarrete & M. N. Moreno Vida. (Coords.). *Comentario de la constitución-socioeconómica de España*. (pp. 153-175). Granada: Comares.
- De Figueiredo Caldas, R., (2017). “Estructura y funcionamiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Sus herramientas para un efectivo diálogo judicial”, en A. Saiz Arnaiz (Dir.). J. Solanes Mullor, & J. Ernesto Roa Roa, (Coords). *Diálogos Judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. (pp. 27-44). Valencia: Tirant Lo Blanch
- Delgado Martín, J., (2019). “Guía comentada de las Reglas de Brasilia, Comentarios a las Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad”. *Herramientas Eurosocial, Cohesión Social en la práctica*, nº 23, pp. 51-55, 74-75, 91-92.
- De la Cruz Mera, F., (2013). “Pérdida sobrevenida de objeto de los recursos de casación en materia de medidas cautelares en los supuestos de sentencias desestimatorias recaídas en la instancia”. Foro abierto. (Coord.). D. Córdoba Castroverde, *RJD* <http://www.online.elderecho.com>. Recuperado 14-12-2017.

- De la Oliva Santos, A., & Díez-Picazo Giménez, I., (2004). *Derecho Procesal Civil, El proceso de declaración*. (3ª Ed.). Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, pp. 125 y ss.
- De la Oliva Santos, A., (2007). “La protección de los derechos fundamentales en la Constitución Europea: a propósito del derecho a un recurso efectivo, del artículo 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas”, en VV.AA. *Garantías fundamentales del Proceso Penal en el Espacio Judicial Europeo*. (pp. 255-272). Madrid: Colex.
- De la Quadra-Salcedo, J. T., (2015). “El papel del Tribunal Constitucional y de los tribunales ordinarios en un contexto de tutela multinivel de los derechos fundamentales”. *IDEIR*. (nº 23), pp. 1-37. Universidad Complutense. Facultad de Derecho.
- De la Serna Bilbao, M. N., (1999). “Las medidas cautelares”. *DA*. (nº 254-255). INAP. Dedicado a: La Reforma del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, pp. 179-196.
- De la Sierra Morón, S., (2004). *Tutela cautelar contencioso-administrativa y Derecho europeo. Un estudio normativo y jurisprudencial*. Cizur Menor: Aranzadi, pp. 127 y ss., 225 y ss.
- De Lucas Martín, J. F., & Torres Pérez, F., (2002). *Inmigrantes: ¿cómo los tenemos? Algunos desafíos y (malas) respuestas*. Madrid: Talasa, pp. 23-73.
- De Lucas Martín, J. F., (2003) “Sobre las políticas de inmigración en un mundo globalizado”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM*, (nº 7), pp. 23-52.
- De Lucas Martín, J., (2016). *Mediterráneo: el naufragio de Europa*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 75-96, 103-126.
- De Lucas Martín, J., (2016). “Déficits y falacias de la democracia liberal ante la gestión de la diversidad: el caso de las políticas migratorias y de asilo”. [Http: //revista-derechoshumanos.deusto.es.](http://revista-derechoshumanos.deusto.es), pp. 17-35, recuperado el 6-07-2017.
- De Lucas Martín, J. F., (2017). “Fronteras y Derechos: Sobre algunas incoherencias y falacias en las respuestas de la(s) democracia(s) liberal(es) al desafío de las migraciones forzadas”, en J. Cerdio, P. De Larrañaga Monjaraz & P. Salazar Ugarte. (Coords.). *Entre la Libertad y la igualdad. Ensayos críticos sobre la obra de Rodolfo Vázquez*. (T. II, pp. 29-53). Instituto de Investigaciones Jurídicas. (nº 807). UNAM.
- De Lucas Martín, J. F., (2019). “Migración y derechos humanos. Una perspectiva jurídica”, en VV. AA. *El fenómeno migratorio en España. Reflexiones desde el ámbito de la seguridad nacional*. Comité especializado Inmigración. (pp. 207-219). Madrid: Presidencia del Gobierno.
- De Lucchi López-Tapia, Y., (2017). “Derecho al efectivo (artículo 13)”, en C. Monereo Atienza & J. L. Monereo Pérez. (Dir/Coords). *La garantía multinivel de los Derechos Fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea. (Parte I. Convenio Europeo de Derechos Humanos. Derechos en el texto*, pp. 161-176). Granada: Comares.

- De Miguel Beriain, I., (2009). “Globalización e Inmigración”, en A. M. Marcos del Cano. (Coord.). *Inmigración, Multiculturalismo y Derechos Humanos*. (pp. 325-348). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Del Río Fernández, L. J., (2001). “Detención e internamiento de extranjeros: Estatuto jurídico”. *Diario La Ley* (nº 5422 y 5423).
- Desdentado Daroca, E., (2009). “La motivación de los actos administrativos y su control. Reflexiones críticas sobre las últimas orientaciones”. *RVAP*. (nº 84), pp. 85-133.
- Di Pascale, A. & Nascimbene, B., (2012). “La Sentencia del Tribunal de Justicia el Dridi y la inmigración irregular. Problema y perspectivas en el Derecho de la Unión Europea y en el Derecho Italiano”. *REDE*, (nº 42), pp. 107-128.
- Díaz Barrado, C. M., (2008). “Los derechos humanos en el plano internacional: balance a los inicios de un nuevo siglo”, en VV.AA. *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*. (Vol. III, pp. 481-502). Madrid: Dykinson.
- Díaz Barrado, C. M., (2016). “La Política Común de Inmigración en la Unión Europea: Algunas reflexiones”. *Pliegos de Yuste. Revista de cultura, ciencia y pensamiento europeo*. (nº 17), pp. 153-161.
- Díaz Barrado, C. M., (2018). “La erradicación de la pobreza y los derechos humanos un laberinto sin salida”. *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. (nº 38), pp. 17-52.
- Díaz Crego, M., (2012). “Derecho de extranjería y jurisprudencias del Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en E. Aja Fernández, J. Arango Vila-Belda & J. Oliver i Alonso. (Dirs.). *La hora de la integración. Anuario de la inmigración en España 2011*. (pp. 402-452). Barcelona: CIDOB.
- Díaz Crego, M., & García Vitoria, I., (2017). “Los derechos de los migrantes”, en F. J. García Roca & E. Carmona Cuenca. (Eds.) *¿Hacia una globalización de los derechos?: El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*. (pp. 363-404). Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- Díaz Crego, M., (2018). “¿Tomando la Justicia Cautelar en Serio?: Las Medidas Provisionales en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Teoría y Realidad Constitucional*. (nº 42). UNED, pp. 425-451.
- Díaz Delgado, J. & Escuin Palop, V., (1988). “La suspensión de los actos administrativos recurridos en el proceso especial de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales”. *RAP*, (nº. 117), pp. 193-210.
- Díez-Picazo Giménez, L. M., (2019). “Reflexiones sobre la Justicia Administrativa en España”, en F. López Ramón & J. Valero Torrijos, *20 años de la Ley de la Contencioso- Administrativo. Actas del XIV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*. (pp. 633-663). Madrid: INAP.
- Díez-Picazo y Ponce de León, L., (1992). *Los preámbulos de las leyes (En torno a la motivación y a la causa de las disposiciones normativas)*. *Anuario de Derecho Civil*; (Vol. XLV, nº. II, pp. 501-534). Madrid: Ministerio Justicia y Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

- Díez-Picazo y Ponce de León, L., (2008). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, (T-III *Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*. 5ª Ed, pp. 120, 555-568). Madrid: Civitas.
- Díez Sánchez, J. J., (2010). “La justicia administrativa en Europa (anotaciones en torno a su evolución hacia un sistema de plena jurisdicción y sobre otros retos actuales”. *Revista Aragonesa de Administración Pública* (nº 36), pp. 53-81.
- Domínguez Luis, C., & Nieto Menor, M., (2003). “La suspensión de la ejecución de las resoluciones de denegación de entrada y retorno de extranjeros”. *REDA*, (nº 118), pp. 267-290.
- Domínguez Martín, M., (2016). “El sistema de justicia administrativa y la incidencia de los mecanismos administrativos de control en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: reforma y necesidades”, en J. Agudo González (Dir.). *Control Administrativo y Justicia Administrativa*, (pp. 81-101). Madrid, INAP.
- Domínguez Redondo, E., (2017). “El sistema universal de protección de los derechos humanos”, en F. M. Mariño Menéndez. (Dir). C. Pérez González & A. Cebada Romero. (Coords.). *Instrumentos y regímenes de Cooperación Internacional*. (2ª Ed., pp. 19-39). Madrid: Trotta.
- Dorado Nogueras, F. M., & Rodríguez Candela, J. L., (2001). “Las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador”, en M. Moya Escudero. (Coord.). *Comentario sistemático a la ley de extranjería*. (pp. 833-908). Granada: Comares.
- Dorn Garrido, C., (2011). “La dignidad de la persona: Límite a la autonomía individual”. *Revista de Derecho*. (nº 26), pp. 71-108.
- Dorn Garrido, C., (2013). “Inmigración, multiculturalismo y universalidad de los derechos humanos”. *Revista de Ciencias Sociales*. (nº 63), pp. 53-86. Chile: Universidad de Valparaíso.
- Dotú i Gurí, M. M., (2013). *Los derechos fundamentales: Derecho a la libertad frente a la media cautelares penales*. Barcelona: Bosch, pp. 26 y ss., 117 y ss., 141 y ss.
- Draghici, C. (2017). *The legitimacy of family rights in Strasbourg Case Law*, Oxford: Bloomsbur, pp. 1-10, 26-30.
- Egea Jiménez, C; & Soledad Suescún, J. I., (2011). “Los desplazados ambientales, más allá del Cambio Climático. Un debate abierto.” *Cuadernos Geográficos*. (Vol. 49, nº 2, pp. 201-215).
- Embid Irujo, A., (2012). *La constitucionalización de la crisis económica*. Madrid: Iustel, pp. 151 y ss.
- Escudero Herrera, C. M., (1998). “De la instrumentalidad y otras características de las medidas cautelares en el orden contencioso-administrativo. Especial referencia a la suspensión de las disposiciones y actos.” *Actualidad Administrativa*. (nº 25), pp. 527-553.
- Escudero Herrera, C. M., (2005). “La legitimación en el proceso de ejecución contencioso-administrativa”. *Diario La Ley*, (nº 6186), Sección Doctrina, <http://diariolaley.laley.es>. Recuperado 25-02-2019.

- Escuin Palop, V. M., (1991). “Régimen jurídico de la entrada y permanencia de extranjeros en España”. *Cuadernos y Debate* (nº 27). Madrid: CEC, (p. 97),
- Esparza, Leibar, I., & Etxebarria Gurudi, J. F., (2015). “Artículo 6. Derecho a un proceso equitativo”, en I. Lasagabaster Herrarte. (Dir.). *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*. (3ª Ed., pp. 306 y ss.). Pamplona: Civitas.
- Esplugues Mota, C. & Lorenzo Segrelles, M., (2001). *El nuevo régimen jurídico de la inmigración en España*. Valencia: Tiran lo Blanch, p. 452
- Esquembre Valdés, M., (2001). “Comentario al Art. 20”, en J. Asensi Sabater. (Dir.). *Comentarios a la Ley de Extranjería*. (pp. 185 y 186). Zaragoza: Edijus.
- Esteve Pardo, J., (2013). *La nueva relación entre Estado y Sociedad: aproximación al trasfondo de la crisis*. Madrid: Marcial Pons, pp. 50- ss., 144-150.
- Esteve Pardo, J., (2015). *Estado garante. Idea y realidad*. Madrid: INAP, pp. 77-91,
- Esteve Pardo, J., (2017). “El nuevo garantismo de los intereses generales. La extensión del derecho público a particulares que ejercen funciones públicas”, en J. C. Laguna de Paz, I. Sanz Rubiales & I. M. De Los Mozos y Touya. (Coords). *Derecho Administrativo e Integración Europea. Estudios en homenaje al Profesor José Luis Martínez López-Muñiz*. (Vol. I, *El ser de la Administración pública*, pp. 59-81). Madrid: Reus.
- Faúndez Ledesma, H., (2004). *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Aspectos Institucionales y Procesales*. (3ª Ed., pp. 518-547), San José de CR: IIDH.
- Felipe Pérez, B. (2019). *Las Migraciones climáticas ante el ordenamiento jurídico internacional*. (pp. 20 y ss.) Navarra: Aranzadi.
- Fenor de la Maza y Córñide Quiroga, Á., (1997). *Nuevas perspectivas en el proceso contencioso-administrativo las medidas cautelares*. Madrid: Montecorvo, pp. 327, 356.
- Fernández Arévalo, L., (2004). “Tutela judicial del extranjero: examen especial de la tutela del derecho a la libertad en el marco de las medidas repatriativas”. *Seminario de Fiscales Especialistas en Extranjería*. Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal.
- Fernández Arévalo, L., (2006). “Extranjeros inscritos en el Sistema de Información de Schengen como no admisibles y eficacia en España de resoluciones de expulsión acordadas por otros Estados de la Unión Europea”. *RDME*, (nº 20), pp. 31-55.
- Fernández Arévalo, L., Rodríguez Candela, J. L., Solans Poyuelo, F., Núñez Herrera, V. E., (2013). “De las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador”, en VV.AA. L. Fernández Arévalo. (Coord.). & P. Águelo Navarro, (Dir.). *Comentarios a la Ley de Extranjería. Referencias Normativas, Jurisprudencia, Comentarios*. (pp. 415-655). Madrid: Colex.
- Fernández de Casadevante Romaní, C., (2011). “El derecho internacional de los derechos humanos” en C. Fernández de Casadevante Romaní. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. (4ª Ed., pp. 67-98) Madrid: Dilex.
- Fernández de Casadevante Romaní, C., (2011). “El sistema americano la Convención americana de 22 de noviembre de 1969”, en C. Fernández de Casadevante

- Romaní. (Dir.). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. (4ª Ed., pp. 255-276), Madrid: Dilex.
- Fernández Farreres, G., (2016). “El procedimiento administrativo común en la nueva Ley 39/2015, de 1 de octubre: novedades y algunas cuestiones problemáticas”. *Cuadernos de Derecho Local*, (nº 41), pp. 14-49.
- Fernández Farreres, G., (2017). “Inaplicación Judicial de la Ley por razón de la Primacía del Derecho de la Unión Europea y Derechos Fundamentales a la Tutela Judicial Efectiva y a un proceso con todas las garantías: Estado de la cuestión en la Jurisdicción Constitucional”, en J. C. Laguna de Paz, Í. Sanz Rubiales, & I. M. De los Mozos y Touya. (Coords). *Derecho Administrativo e Integración Europea. Estudio Homenaje al profesor José Luis Martínez López-Muñiz*. (Vol. I, *El ser de la Administración pública*, pp. 287-305). Madrid: Reus.
- Fernández Montalvo, R., (2000). *Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo*. Estudios Jurídicos (Vol. III). Centro de Estudio Jurídico de la Administración de Justicia, pp. 85-86, 93-95, 105-111.
- Fernández Pérez, A., (2012). “Artículo 57 Expulsión del territorio”, en J. L. Monereo Pérez, J. A. Fernández Avilés & L. Á. Triguero Martínez. (Coords). *Comentario a la Ley y al Reglamento de extranjería, inmigración e integración social*. (LO 4/2000 y RD 557/2011). (pp. 898-929). Granada: Comares.
- Fernández Pérez, A., (2016). *Los derechos fundamentales y libertades públicas de los extranjeros en España: una visión desde la doctrina del Tribunal Constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 19-35, 44-99, 225-270.
- Fernández Pérez, A., (2018) *Derecho de Extranjería*. Valencia: Tirant lo Blanch, (pp. 15-25, 42-60.
- Fernández Rodríguez, T. R., (1974). “Algunas reflexiones sobre las formas indirectas e incumplimientos por la administración de las sentencias de los tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”. *RAP*, (nº 73), pp. 151-177.
- Fernández Rodríguez, T. R., (1996). “Una revolución de terciopelo que pone fin a un anacronismo (la Ley de 8 de febrero de 1995 y las nuevas reformas del contencioso francés)”. *REDA*, (nº. 91), pp. 385-402.
- Fernández Rodríguez, T. R., (2008). “¡Demasiados derechos!”, en I. Agirreazkuenaga Zigorraga. (Coord.). *Derechos Fundamentales y otros estudios en homenaje al profesor Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*. (Vol. I. *Derechos fundamentales. Aspectos generales*, pp. 131-140.). Zaragoza: El justicia de Aragón.
- Fernández Rodríguez, T. R., (2012).” Sobre los límites constitucionales del poder discrecional”. *Revista Administración Públicas*, (nº 187), pp. 141-170.
- Fernández Rozas, J. C., (2015). “La compleja adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos y las secuelas del Dictamen 2/2013 del Tribunal de Justicia”. *La Ley Unión Europea*. (nº 23), pp. 40-56.
- Fernández Rozas, J. C., (2016). “Control de fronteras, asilo e inmigración en la Unión Europea: un conflicto competencial no resuelto”, en J. M. Baño León, (Coord.). *Memorial para la reforma del Estado: estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado* (Vol. I, T-1, pp. 353-378). Madrid: CEPC.

- Fernández Rozas, J. C., (2019). “Luces y sombras de veinte años de política común en materia de control de fronteras, asilo e inmigración ante la defensa de un dionisiaco estilo de vida europeo”. *Revista de actualidad jurídica de la Unión Europea. La Ley*. (nº 76). <https://www.wolterskluwer.es/>, recuperado 28-01-2020.
- Fernández Segado, F., (1993). “La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional”. *REDC*, (nº 39), pp. 198 y ss.
- Fernández Segado, F., (1999). “La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico”, en A. López Moreno, *Teoría y práctica en la teoría y aplicación del derecho*. Madrid: Colex.
- Fernández Segado, F., (2001). “El nuevo régimen jurídico de los derechos y libertades de los extranjeros en España”. *Teoría y Realidad Constitucional*, (nº 7), primer semestre, pp. 65-97.
- Fernández Torres, J. R., (2007). *Historia legal de la Jurisdicción contencioso-administrativa (1845-1998)*. Madrid: Iustel. pp. 338, 874-876, 892-895.
- Fernández Torres, J. R., (2019). “Eficacia de las Sentencias en lo Contencioso Administrativo”, en F. López Ramón & J. Valero Torrijos, *Actas del XIV Congreso de la AEPDA: 20 años de la Ley de lo Contencioso-Administrativo*. Congreso (14º/2019. Murcia), (pp. 405-442). Madrid: INAP.
- Ferrajoli, J. L., (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. (4ª Ed.). Madrid: Trotta, pp. 355-392.
- Ferrajoli, J. L., (2001). *Derechos y garantías. La Ley del más débil*. (A. Greppi, P. Andrés Ibáñez. Trads.). Madrid: Trotta, pp. 116-125.
- Ferrer Peña, R. M., (1999). *Los Derechos de los Extranjeros en España*. Madrid: Tecnos, p. 189.
- Fondevila Marón, M., (2017). “Control de Convencionalidad y Tutela Multinivel de Derechos”. *Estudios de Deusto*. (Vol. 65, nº 1), pp. 347-360.
- Fossas, E., (2008), "Cosa interpretada" en derechos fundamentales jurisprudencia del TEDH y jurisprudencia constitucional”. *RVAP*, (Dedicado a: La tutela multinivel de los Derechos Fundamentales), (nº 82-2), pp. 165-180.
- Fuertes López, M., (2002). “Tutela cautelar e impugnación reglamentos”. *RAP*, (nº 157), pp. 57-88.
- Freixes Sanjuán, T., & Remotti Carbonell, J.C., (1997). “Los derechos de los extranjeros en el ámbito del Consejo de Europa: especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal de Derechos Humanos”. *Revista Migraciones*, (nº 2), pp. 161-191.
- Freixes Sanjuán, T., (2013), “Constitucionalismo multinivel e integración europea”, en T. Freixes Sanjuán, Y. Gómez Sánchez, & A. Rovira Viñas, *Constitucionalismo multinivel y relaciones entre Parlamentos Parlamento europeo, Parlamentos nacionales y Parlamentos regionales con competencias legislativas*. (pp. 37-50). Madrid: CEPC.
- Freixes Sanjuán, T., (2016). “Los Derechos Fundamentales: el enfoque multinivel”, en T. Freixes Sanjuán & J. C. Gavara de Cara. *Repensar la constitución. Ideas para una reforma de la Constitución de 1978: reforma y comunicación dialógica*. (Iª Ed. Primera Parte, pp. 23-37). Madrid: CEPC, Agencia Estatal BOE.

- Freixes Sanjuán, T., (2018). “A modo de Conclusiones”, en F. J. Matia Portilla, & I. Álvarez Rodríguez. *Informes nacionales europeos sobre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Alemania, España, Francia, Italia y Polonia*. (pp. 157- 167). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Frydman, P., (2000). “Las medidas cautelares frente a la Administración Pública en el régimen jurídico francés”. *Diario El Derecho*, pp. 1-3.
- Fuentetaja Pastor, J. Á. (2008). “El Derecho a la Buena Administración en La Carta de Los Derechos Fundamentales de La Unión Europea”. *REDUE*, (nº 15), pp. 137-154
- Fuentetaja Pastor, J. Á., (2014). “Del “derecho a la buena administración” al derecho de la Administración europea”. *Cuadernos Europeos de Deusto*. (nº 51), pp. 19-43.
- Fuentetaja Pastor, J. Á., (2017). “Invalidez y revisión de los actos administrativos contrarios al derecho europeo”, en VV.AA, *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa. Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*. (pp. 615-662). Madrid: INAP.
- Gallardo Castillo, M. J., (2016). “El nuevo marco normativo del procedimiento administrativo común: el paradigma de una reforma endeble”. *Cuadernos de derecho local*, (nº 42), p. 12-39.
- Gallardo Castillo, M. J., (2016). *Los procedimientos administrativos en la Ley 39/2015: análisis y valoración de la reforma*. Madrid: Tecnos, pp. 60 y ss.
- Galván Puente, S., (2016), “La protección de los derechos de las personas con discapacidad en instituciones psiquiátricas, a la luz de las medidas cautelares dictadas por la CIDH”. *México: Colección Sistema Interamericano de Derechos Humanos. CNDH*, México, pp. 30-35.
- García Añón, J., Bradford, B., García Sáez, J. A., Gascón Cuenca, A., Llorente Ferreres, A., (2013). *Identificación Policial por Perfil Étnico en España. Informe sobre experiencias y actitudes en relación con las actuaciones policiales*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 39-42, 46-56, 92-96, 106-108.
- García Cívico, J., (2013). “¿Hay realmente un horizonte intercultural en la Unión Europea?”. *Revista de filosofía, derecho y política* (nº 17), pp. 97-138.
- García de Enterría Martínez-Carande, E., (1963). “El principio de interpretación más favorable del administrado al enjuiciamiento jurisdiccional de los actos administrativos”. *RAP*, (nº 42), pp. 267-294. p. 283.
- García de Enterría Martínez-Carande, E., (1989). *Hacia una nueva justicia Administrativa*. (2ª Ed.). Madrid: Civitas, pp. 43-45.
- García de Enterría Martínez-Carande, E., (1990) “La suspensión cautelar inmediata de una ley nacional por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (auto de 28 de junio de 1990, Comisión c. Alemania)”. *Revistas de Instituciones Europeas*, (Vol. 17, nº. 3), pp. 875-884.
- García de Enterría Martínez-Carande, E., (1992). “Reflexión sobre la Constitucionalización de las medidas cautelares en el contencioso-administrativo”. *REDA*. (nº 76), pp. 615-634.

- García de Enterría Martínez-Carande, E., (1992). *La Batalla por las Medidas Cautelares: derecho comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español*. Madrid: Civitas, pp. 203 y ss.
- García de Enterría Martínez-Carande, E., (1996). “Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado”. *REDA*, (nº 89), pp. 69-89.
- García de Enterría Martínez-Carande, E., (1997). “Hacia una medida cautelar ordinaria de pago anticipado de deudas (référé-provision). A propósito del Auto del Presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 29 de enero de 1997 (asunto Antonissen)”. *RAP*, (nº 142), pp. 225-243.
- García de Enterría Martínez-Carande, E., (2000). *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Madrid: Civitas, pp. 104-105.
- García de Enterría Martínez-Carande, E., (2000). “Observaciones sobre la tutela cautelar en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998. ¿Tienen efectiva potestad de acordar tutela cautelar las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional?”. *RAP*, (nº 151), pp. 251-277.
- García de Enterría Martínez-Carande, E., (2004): “La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de octubre de 2003, *Stone Court Shipping Company, S. A. c/España*, y las prácticas judiciales españolas para inadmitir recursos. Una censura expresa a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial efectiva. Necesidad de una rectificación radical de las posiciones restrictivas del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo en cuanto al ámbito del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva”. *RAP*, (nº 163), pp. 169-195.
- García de Enterría Martínez-Carande, E., (2006). *La Batalla por las Medidas Cautelares: derecho comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español*. (3ª Ed., Vol. I). Madrid: Thomson Civitas, pp. 85 y ss., 437 y ss.
- García de Enterría Martínez-Carande, E., (2008). “De nuevo sobre las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa. La ineludible reforma legal”, en I. Agirreazkuenaga Zigorraga. (Coord.). *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al Profesor Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*. (Vol. II. *Tutela Judicial efectiva*, pp. 1459-1472). Zaragoza: Universidad de Zaragoza.
- García de Enterría Martínez-Carande, E., (2009). “La formación, el desarrollo y la transformación radical en Europa de la Jurisdicción contencioso-administrativa”. *RAAP*, (nº 73), 11-25.
- García Juan, L., (2014). *Las medidas de integración de los inmigrantes en la Unión Europea. El modelo competencial y los diferentes enfoques territoriales en el sistema español*. Tesis Doctoral, Institut Universitari De Drets Humans, Facultad Derecho, Universidad de Valencia, pp. 27-56, 87-112, 146-202.
- García Llovet, E., (1998). “Tutela cautelar y Jurisdicción Contenciosa. Los Fundamentos constitucionales”. *Repertorio Aranzadi Tribunal Constitucional*. (nº 4), pp. 293-320).
- García Llovet, E., (1999). “Medidas cautelares en el proceso de amparo (un estudio sobre la «materia administrativa»)”. *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, (nº 1), pp. 1885-1914).

- García Macho, R., (2009). “Los derechos fundamentales sociales y el derecho a la vivienda como derechos funcionales de libertad”. *Revista Catalana de Dret Públic*. (nº 38), pp. 67 y ss.
- García Manrique, R., (2010). “La semántica confusa de la igualdad”. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*. (nº 33), pp. 591-624.
- García Manrique, R., (2010). “Los derechos sociales como derechos subjetivos”. *De derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. (nº 23). pp. 73-105.
- García Manrique, R., (2016). “Los derechos sociales: un panorama general”. *RTS*, (nº 207), (Dedicado a: Derechos sociales y justicia social), pp. 9-20.
- García Morillo, J., (2018). “Los derechos de libertad (I). La libertad personal”, en L. M. López Guerra, E. Espín, J. García Morillo, P. Pérez Tremps, & M. Satrústegui. *Derecho Constitucional*. (Vol. I, 11ª Ed. pp. 233-252). Valencia: Tirant lo Blanch.
- García Roca, F. J., (2008). “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el tribunal europeo de derechos humanos: soberanía e integración”, en VV. AA. *Estudios sobre la Constitución Española: Homenaje al profesor Jordi Solé Tura*. (Vol. II, pp. 1951-1976). Madrid: Congreso de los Diputados.
- García Roca, F. J., & Díaz Crego, M., (2008). “Derecho de extranjería y jurisprudencias del Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, en E. Aja Fernández J. Arango Vila-Belda & J. Oliver i Alonso. (Dir.). *La inmigración en la encrucijada*. Anuario de la inmigración en España 2008. (pp. 222-243). Barcelona: CIDOB.
- García Roca, J. F., (2010). *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*. Cizur Menor: Cuadernos Civitas/Instituto de Derecho Parlamentario, pp. 18-20, 36-41-ss, 51-59, 71-89 y ss. 158 y ss. 216, 251, 382.
- García Roca, J. F., (2012). “El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales en la construcción de un orden público europeo”. *Teoría y realidad Constitucional*, (nº 30), pp. 181-222.
- García Roca, J. F., (2014). “Del diálogo entre los Tribunales Constitucionales y las Cortes Supranacionales de derechos: algunas cuestiones para disputar”, en R. Canosa Usera & J. Rodríguez-Arana Muñoz. (Coords.) *Jurisdicción de la libertad en Europa e Iberoamérica*. (pp. 121-164). Madrid: Reus. Colección de Derecho Constitucional.
- García Roca, J. F., (2014). “El preámbulo, contexto hermenéutico del Convenio: un instrumento constitucional del orden público europeo”, en P. Santolaya & F. J. García Roca. (Coord.). *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, (pp. 19-42). Madrid: CEPC.
- García Roca, F. J., & Vidal Zapatero, J. M., (2014) “El derecho a un tribunal independiente e imparcial (art. 6.1): una garantía concreta y de mínimos antes de una regla de la justicia”, en F. J. García Roca & P. Santolaya Machetti, (Coords.), *La Europa de*

- los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos.* (pp. 289-320). Madrid: CEPC.
- García Roca, J. F., (2014). *Pautas para una reforma constitucional. Informe para el debate.* Cizur Menor: Thomson Reuters, Aranzadi, pp. 39-40.
- García Roca, J. F., (2019). “Los Riesgos de una buena Constitución vieja: tiempos de reformas y democracia de consenso” *Revista de las Cortes Generales* (nº 106), pp. 153-173.
- García Vázquez, S., & Goizueta Vértiz, J., (2007). “Un análisis en clave constitucional del régimen jurídico de los extranjeros en España: especial referencia al derecho a la libertad de circulación y residencia”. *AFDUC.* (nº 11), pp. 257-278.
- García Vázquez, S., (2015). “El Derecho Constitucional a la protección de la intimidad familiar. La impronta garantista de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *AFDUC.* (nº 19), pp. 261-281.
- Garrido Falla, F., (1953). “Las transformaciones del concepto jurídico de policía administrativa”. *Revista Administración Pública*, (nº 11), pp. 11-32.
- Garrido Falla, F., (1980). “Comentario al artículo 25.3 de la Constitución”, en VV.AA. *Comentarios a la Constitución.* Madrid: Civitas, p. 23).
- Garriga Domínguez, A., (2013). “El sistema de normas e interconexión de sistemas jurídicos: la incidencia del Derecho Comunitario en el sistema de fuentes interno”. *Anuario de Filosofía del Derecho.* (nº 29), pp. 341-366.
- Gavara de Cara, J. C., (2007). “La vinculación positiva de los poderes públicos a los derechos fundamentales”. *Teoría y Realidad Constitucional*, (nº 20). UNED, pp. 277-320.
- Gavara de Cara, J. C., (2016). “Los Derechos Fundamentales: valoración y posibles modificaciones” en T. Freixes Sanjuán & J. C. Gavara de Cara. *Repensar la constitución. Ideas para una reforma de la Constitución de 1978: reforma y comunicación dialógica.* (1ª Ed. Primera Parte, pp. 39-71). Madrid: CEPC, Agencia Estatal BOE.
- Gil Gil, J. L., (2010). “Los trabajadores migrantes y la Organización Internacional del Trabajo”, en R. Escudero Rodríguez. (Coord.). *Inmigración y movilidad de los trabajadores.* (pp. 221-264). Madrid: Wolters Kluwer, La Ley.
- Gil Ibáñez, J. L., (2001). *Las Medidas Cautelares en el Proceso Contencioso-Administrativo. Una visión práctica.* Madrid: Colex, pp. 5-40, 90-113.
- Giménez Glück, D., (2004). *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional.* Barcelona: Bosch, p. 34.
- Gimeno Sendra, J. V., (1986). *El proceso de Habeas Corpus* (2ª Ed.) Madrid: Tecnos, pp. 46 y ss.
- Gimeno Sendra, J. V., (2000). “El nuevo sistema de medidas cautelares en la LJCA de 1998”, en F. Sosa Wagner. (Coord.). *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Prof. Dr. D. Ramón Martín Mateo.* (Vol. II, pp. 2249-2279). Valencia: Tirant lo Blanch.

- Godicheau, F., (2013). “Orígenes del concepto de orden público en España: su nacimiento en un marco jurisdiccional”. *Ariadna histórica. Lenguajes, conceptos y metáforas* (nº 2). Universidad del País Vasco, pp. 107-130.
- Godoy Vázquez, M. O., (2016). “Sistemas de garantías de los derechos fundamentales y protección multinivel en Europa”. *Revista Internacional de Derechos Humanos*. (nº 6), pp. 253-281.
- Goig Martínez, J. M., (2004) “Régimen jurídico y políticas sobre extranjería en España: comentario a la STS de 20 de marzo de 2003”, *Teoría y Realidad Constitucional*, (nº 12 y 13), pp. 631-656.
- Goig Martínez, J. M., (2008). “El nuevo régimen de derechos y libertades de los inmigrantes”. *Revista de derecho*. (nº 3). UNED, pp. 1-41.
- Goig Martínez, J., (2008). “Tribunal Constitucional y derechos de los extranjeros: comentario a la reciente jurisprudencia en materia de extranjería”. *Revista Teoría y realidad constitucional*. (nº 22), pp. 625-649,
- Goig Martínez, J. M., (2009). “¿Igualdad por razón de nacionalidad?”, en S. Sánchez González. *En torno a la igualdad y la desigualdad*. Madrid: Dykinson, pp. 153-193.
- Goizueta Vértiz, J., (2007). “Los diferentes regímenes jurídicos del derecho a la libre circulación y residencia en territorio español: especial referencia a extranjeros y ciudadanos comunitarios”. *CEFD*: <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD>, recuperado 18-03-2017.
- Gómez Fernández, I., (2017). *El derecho de negar derechos: definición jurisprudencial del estatuto de la persona extranjera*. Cizur Menor: Aranzadi, p. 17 y ss.
- Gómez Fernández, I & Maués Enfocar. A., (2017). “El Derecho a la justicia desde la noción de vulnerabilidad. Una aproximación desde la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en A. Saiz Arnaiz (Dir.). J. Solanes Mullor, & J. Ernesto Roa Roa, (Coords). *Diálogos Judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. (pp. 295-331). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Gómez Montoro, A. J., (2002) “La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación”. *Revista Española Derecho Constitucional*, (nº 65), pp. 49-105.
- Gómez Montoro, A.J., (2017). “Dignidad, autonomía y derechos humanos” *Revista nuestro Tiempo*. <http://www.unav.es/nuestrotiempo/es/>. Universidad de Navarra, recuperado 8-01-2018.
- Gómez Sánchez, Y., (2015) *Constitucionalismo Multinivel: Derechos Fundamentales* (3ª Ed.). Madrid: Sanz y Torres, S.L, pp. 100-106, 123-171.
- Gómez Walteros, J. A., (2010). “La Migración Internacional: Teorías y Enfoques, una mirada actual”. *Semestre Económico*. (nº 26), pp. 81-99.
- González Alonso, A., (2018). “Análisis del funcionamiento del Proceso Especial de Tutela de los Derechos Fundamentales”, en S. Díez Sastre. (Dir.) & C. Martínez Sánchez. (Coord.). *Informe sobre la Justicia Administrativa 2018. Tributos, Contratos Públicos, Responsabilidad Patrimonial, Derechos Fundamentales*,

Personal de la Administración, Protección de Datos y Transparencia, (pp. 25-32 y 183-213). Madrid: CIJAUAM.

- González Beilfuss, M., (2017). “Los CIE: una realidad controvertida y compleja”, en *La inmigración en el ojo del huracán*. J. Arango Vila-Belda, (et al. Dirs.), (pp. 299-316). Anuario CIDOB de la inmigración 2017. Barcelona: CIDOB.
- González Chévez, H., (2005). “Las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo del derecho comunitario europeo. *Boletín Mexicano Derecho Comparado*. (Vol. 38, nº. 113), pp.735-762.
- González García, J. M. (2010). “Algunas cuestiones sobre el derecho a la tutela judicial efectiva de los extranjeros a la luz de la jurisprudencia constitucional y de la Ley Orgánica 2/2009”. *Teoría y realidad constitucional*. (nº 25). UNED, pp. 515-541.
- González Morales, F., (2010). “Las medidas urgentes en el Sistema Interamericano”. *Sur, Revista Internacional de Derechos Humanos*. (Vol. 7, nº. 13), pp. 51-73.
- González Morales, F., (2017). “Sistemas Interamericano y Africano de Derechos Humanos”, en F. M. Mariño Menéndez. (Dir). C. Pérez González & A. Cebada Romero. (Coords.). *Instrumentos y regímenes de cooperación internacional*. (2ª Ed., pp. 41-62). Madrid: Trotta.
- González Pascual, M. I., (2014). “El TJUE como garante de los derechos en la UE a la luz de la sentencia Digital Rights Ireland.” *RDCE*, (nº 49), pp. 943-971.
- González Pérez, J., (1978). *Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid: Civitas, pp. 412 ss.
- González Pérez (1985). “La dignidad de la persona en la jurisprudencia constitucional”. *Anales*, nº 62, pp. 136-137.
- González Pérez, J., (1986). *La dignidad de la persona*. Madrid: Civitas, pp. 94-98.
- González Pérez, J., (1992). *La reforma de la legislación procesal administrativa*. Madrid: Cuadernos Civitas, pp. 90-91.
- González Pérez, J., & González Navarro, F., (2003). *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* (3ª Ed., Vol. II, pp. 1829-1831). Madrid: Thomson Civitas.
- González Pérez, J., (2009). *El principio general de la buena fe en el Derecho administrativo* (5ª Ed.). Madrid: Civitas. pp. 26-28, 30-33, 35 y ss., 60-61.
- González Pliego, M., (2012). “La Unión Europea y la actividad consular tras el Tratado de Lisboa. Aspectos jurídicos e institucionales”. *REDUE*, (nº 23), pp. 105-134.
- González Rivas, J. J., (2014). “Derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional y medidas cautelares”, en R. Canosa Usera & J. Rodríguez-Arana Muñoz. (Coords.) *Jurisdicción de la libertad en Europa e Iberoamérica*. (pp. 29-59). Madrid: Reus. Colección de Derecho Constitucional.
- González Vega, J. A., (2004).” Interpretación, Derecho Internacional y Convenio Europeo de Derechos Humanos: a propósito de la interpretación evolutiva en materia de autodeterminación sexual”. *REDI* (nº 56) pp. 163-184.
- González-Varas Ibáñez, S., (1999). *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*. Madrid: Tecnos, p. 194

- González-Varas Ibáñez, S., (2015). “La aparente bondad del sistema de *numerus apertus* de las medidas cautelares”. *Boletín del Ministerio de Justicia*, (nº 2178), pp. 3-24.
- González-Varas Ibáñez, S., (2019). “Las limitaciones de las cautelares ante problemas esenciales del contencioso administrativo. Y esbozo de posibles vías de solución”. *REDA*, nº 196, pp. 169-192.
- González-Varas Ibáñez, S., (2020). “Primera Parte. Ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa. Capítulo IX. El conocimiento de las cuestiones prejudiciales e incidentales, (artículo 4 LJCA) y “Sexta Parte. Disposiciones comunes a los Títulos IV y V. Capítulo XLVII. Medidas cautelares, (artículos 129-136 LJCA)”. *Tratado de Derecho Administrativo*. (T. II, 4ª Ed. *Comentarios a la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa*). Cizur Menor: Civitas. Thomson Reuters (*e.book*).
- Gonzalo Urbina, T., (2015), “El TJUE rechaza el proyecto de acuerdo de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos: Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia (Pleno), de 18 de diciembre de 2014”. *Revista Unión Europea Aranzadi*, (nº 8-9), pp. 51-66.
- Gordillo Pérez, L.I., & Tapia Trueba, A., (2016). "Los derechos de los extranjeros en España en la era de la inmigración de masas", en A.R Martín Minguijón & R. Morán Martín. (Coords). *Seguridad, Extranjería y otros estudios histórico-jurídicos*. (pp. 413 y ss.). Madrid: Iustel.
- Granero Sánchez, H. V., (2011). *El extranjero y el derecho a la libertad personal. La detención cautelar, otras privaciones de libertad y el internamiento judicial*. Tesina presentada en Sept. 2011 Programa Master *On line en Migraciones Internacionales y Derecho de Extranjería*. Universidad Europea de Madrid/CGAE.
- Gutiérrez De Cabiedes, P., (1999). “A vueltas con la legitimación: en busca de una construcción estable”, *Revista del Poder Judicial*, (nº 54), p. 235.
- Gutiérrez Gutiérrez, I., (2011). “Volver a las fuentes. Los derechos fundamentales de los extranjeros en la constitución y la jurisprudencia constitucional”. *RGDC*. (nº 12), pp. 1-45.
- Guzmán Zapater, M., (2015). “La protección consular como derecho derivado de la ciudadanía”. *REDUE*, (nº 27-28), pp. 259-280.
- Häberle, P., (2002). *Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. (E. Mikunda-Franco, Trad.). Madrid: Tecnos, pp. 102-104, 90, 163 y ss.
- Häberle, P., (2009). “La Regresiva Sentencia Lisboa como Maastrichti Anquilosada”. (F. Balaguer Callejón, Trad.), <https://www.ugr.es/redce>, recuperado 15-10-2017.
- Habermas, J., (2000). *La constelación posnacional. Ensayos políticos*. (pp.153-165). Barcelona: Paidós. pp. 153-165.
- Habermas, J., (2008). *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. (pp. 147-190). Madrid: Trotta.

- Heredia Puente, M., & Fábrega Ruiz, C. F., (1996). “Las privaciones de libertad en el campo de la extranjería”. *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, (nº1), pp. 1634-1637.
- Heredia Puente, M., & Fábrega Ruiz, C. F., (1997). *Medidas cautelares en el derecho de extranjería. Internamientos, expulsiones y otros aspectos de derecho de extranjería*. Madrid: Colex, pp. 43-46 y ss.
- Hermida del Lano, C., (2010). “Una salida a los conflictos entre el Tribunal de Estrasburgo y el Tribunal de Luxemburgo”. *Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos. Persona y derecho*. Dedicado a: *Europa y los Derechos Humanos*. (nº 63), pp 111-135.
- Hernández Corchete, J. A., (2000). “Medidas cautelares en lo contencioso administrativo y Constitución. Una propuesta para un debate aún abierto”. *Cuadernos de Derecho Público*. (nº 10), pp. 73-87.
- Hervada Xiberta, J., (1991). “Los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana”. *Humana Iura suplemento de derechos humanos. Persona y Derecho*. (nº 1), pp. 345-349.
- Hidalgo García, M. M., (2019). “Cambio climático y migraciones”, en AA.VV. *El fenómeno migratorio en España. Reflexiones desde el ámbito de la seguridad nacional. Comité especializado Inmigración*. (pp. 131-138). Madrid: Presidencia del Gobierno.
- Hinojosa Martínez, E., (2016). *El nuevo recurso de casación contencioso administrativo*. Barcelona: Bosch, pp. 105-118.
- Hinojosa Martínez, Eduardo (2018): *Los medios de impugnación en el proceso contencioso-administrativo*. Madrid: Las Rozas, Wolters Kluwer, pp. 78-79.
- Honneth, A., (2011). *La sociedad del desprecio*. (F. J, Hernández, & Benno Herzog Trads.). Madrid: Trotta, pp. 19-21.
- Honneth, A., (2014). *El Derecho de la libertad. Esbozo de una eticidad democrática* (G. Calderón, Trad.). Buenos Aires/ Madrid, Katz/Clave Intelectual, pp. 13-60.
- Huber, P. M., (2008). “Unificación a través de los derechos fundamentales comunitarios: Sobre la necesidad de revisión de la jurisprudencia”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*. (nº 0), pp. 68-75. (G. Doménech Pascual, Trad).
- Huelin Martínez de Velasco, J., (2017). “La nueva casación contenciosa administrativa (primeros pasos). *RGDC*, (nº 24), pp. 1-41.
- Huelin Martínez de Velasco, I., (2020). “La tormentosa relación del Tribunal Constitucional con el derecho de la Unión Europea (Comentario a la STCo 37/2019). *RJD*, recuperado, 22-04-2020.
- Huerta Garicano, I., (2013). “Pérdida sobrevenida de objeto de los recursos de casación en materia de medidas cautelares en los supuestos de sentencias desestimatorias recaídas en la instancia. Foro abierto”. (Coord.). D. Córdoba Castroverde, *RJD* <http://www.online.elderecho.com>. Recuperado 14-12-2017.
- Iglesias Canle, I. C., (2016). *Recursos en el proceso contencioso-administrativo*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 13-30, 60-63, 82-83, 97-107, 198-228, 231-232, 271.

- Iglesias Machado, S., (2010). “La Evolución del concepto de orden público a través de las Constituciones Españolas hasta 1812”. *Revista de Derecho*. (nº 7). UNED, pp. 373-402.
- Iglesias Sánchez, S., (2010). *La libre circulación de los extranjeros en la Unión Europea: el régimen de movilidad en las directivas de la Unión Europea en materia de inmigración*. Madrid: Reus, pp. 31-34, 49-63, 85-89 353 y ss.
- Intxaurbe, J. R., (2020). *El empleo de signos dinámicos de adscripción religiosa en los espacios públicos y su gestión a través del instrumento jurídico del acomodo razonable. Estudio de caso de la comunidad sij*. (1ª Ed.). Cizur Menor: Thomson Reuters (Legal) Limited, pp. 325-375, 450-524.
- Izquierdo Sans, C., (2018). “Los Derechos Fundamentales de los Extranjeros”, en VV.AA. *Comentarios a la Constitución Española. Conmemoración del XL Aniversario de la Constitución*. M. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer & M. E. Casas Baamonde, (Dir.), (T-I, pp. 276-287), Madrid: Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia.
- Jimena Quesada, L., (2006). *Sistema Europeo de Derechos Fundamentales*. Madrid: Colex, pp. 45 y ss.
- Jimena Quesada, L., (2007). “La inconstitucionalidad del control de constitucionalidad sucesivo de los tratados internacionales (crítica a la postura mantenida por el Tribunal constitucional español), en VV. AA., P. Pérez Tremps. (Ed.). *La reforma del Tribunal Constitucional: Actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*. (pp. 419-439). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Jimena Quesada, L., (2010). “Crónica de la Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales 2010”. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*. (nº 16), pp. 385-407.
- Jimena Quesada, L., (2013). *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derecho*. Cizur Menor: Thomson Aranzadi, pp. 24-25, 53-118.
- Jimena Quesada, L., (2015). “Protection of refugees and other vulnerable Persons under the European Social Charter”. *RDP/UNED*, (nº 92), pp. 245-272.
- Jimena Quesada, L., (2017). La Cuestión Prejudicial Europea ante planteamientos más que dudosos. *Teoría y Realidad Constitucional*. (nº 39), pp. 271-306.
- Jimena Quesada, L., (2017.). “Crónica de la Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales”. *Revista Europea de Derechos Fundamentales* (nº 30), pp. 1-41.
- Jimena Quesada, L., (2017). “Las Grandes Líneas Jurisprudenciales del Comité Europeo de Derechos Sociales: Tributo A Jean-Michel Belorgey”. *Lex Social Revista de los Derechos Sociales*. (Vol. 7, nº 7), pp. 1-25.
- Jimena Quesada, L., (2018). “La Internacionalización de La Carta Magna Española de 1978: Signo de Madurez Constitucional”. *RDP/UNED*, (nº 101), pp. 819-866.
- Jimena Quesada, L., (2018). “Extranjería y titularidad de derechos. Evolución y retos en el panorama constitucional español”, en VV. AA. *Manual Constitución Española*:

- 1978-2018. M. I. Álvarez Vález & C. Vidal Prado. (Coords.) (pp. 355-374). Madrid: Francis Lefebvre.
- Jiménez Campo, J., (1999). *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, (p. 17), Madrid: Trotta.
- Jiménez Campo, J., (2018). “Comentario al artículo 10.1 de la Constitución Española”, en VV.AA. *Comentarios a la Constitución Española. Conmemoración del XL Aniversario de la Constitución*, en M. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer & M. E. Casas Baamonde. (Dir.). (T. I, pp. 213-229). Madrid: Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia.
- Jiménez García, F., (2015). “La protección internacional de los derechos sociales y económicos. Avances recientes, técnicas de aplicación y propuestas de reforma constitucional”. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*. (nº 25), p. 54.
- Jordana de Pozas, L., (1951). “El problema de los Fines de la Actividad Administrativa”. *Revista Administración Pública*. (nº 54), pp. 11-28.
- Jover Gómez-Ferrer, R., Ortega Carballo, C., & Ripol Carulla, S., (2010). *Derechos Fundamentales de los extranjeros en España*. Lex Nova, pp. 23-29, 35-54, 61-89, 121-158, 233-237, 245- 272.
- Juanes Peces, Á., (1999). “Medidas cautelares en el Derecho de extranjería”, en VV.AA. *El extranjero en el Derecho Penal español sustantivo y procesal (Adaptado a la nueva LO 4/2000)*. *Manuales de Formación Continuada* (nº 5). (pp. 13-66). Madrid: CGPJ.
- Juan-Sánchez, R., (2020). *Proceso justo en España y Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Cizur Menor: Thomson Reuters, Aranzadi, pp. 27-29, 54-59, 77-83, 102, 105-110.
- Juste Ruiz, J., (2019). “El Derecho internacional de las migraciones: entre la crisis y la renovación”. *Anuario español de derecho internacional*. (Vol. 35), pp. 535-551.
- Keller, H., & Marti, C., (2013). “Interim Relief Compared: Use of Interim Measures by the UN Human Rights Committee and the European Court of Human Rights”, *Heidelberg Journal of International Law*, (Vol. 73, nº 3, pp. 325-372, 338-339).
- Kingsbury, B., Stewart R. B., (2016). *Hacia El Derecho Administrativo Global: Fundamentos, Principios y Ámbito de Aplicación*. Madrid: INAP Global Law Press/, pp. 125-137, 141-156.
- Kymlicka, W., (2006). *Fronteras territoriales*. Madrid: Trotta, pp. 37-39, 56.
- Lacueva Bertolacci, R., (2004). “Las medidas cautelares en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”. *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*. (nº 1), pp. 59-77.
- Lafuente Benaches, M., (1994). “Ampliación de las medidas cautelares: la aplicación del artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al proceso contencioso-administrativo (Auto del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 1993). *Revista General de Derecho*, (nº 596), pp. 4983-4991.
- La Spina, E., (2007). “La protección del derecho a la vida familiar de los extranjeros por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”. Universidad de Valencia. <https://www.uv.es/cefd/>, (pp. 13-14), recuperado el 1-12-2016.

- La Spina E., (2011). *Familias transnacionales, sociedades multiculturales e integración: España, Italia y Portugal en perspectiva comparada*. Madrid: Dykinson, S.L, pp. 101-200.
- Laguna de Paz, J. C., (2017). “El control judicial de la discrecionalidad administrativa”, en J. C. Laguna de Paz, I. Sanz Rubiales & I. M. De Los Mozos y Touya. (Coords). *Derecho Administrativo e Integración Europea. Estudios en homenaje al Profesor José Luis Martínez López-Muñiz*. (Vol. II, *El actuar de la Administración Pública y garantías de su efectiva legalidad*), (pp. 1478-1480). Madrid: Reus
- Lara Aguado, A., (2017). “El avance irresistible de la concepción de la trata como violación de derechos humanos: Luces y sombras de las políticas protectoras de las víctimas en la normativa internacional e interna”, en E. J. Pérez Alonso (Dir.). *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*. (pp. 823 867). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Lledín Vitos, J., (2015). “Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos en España: el caso de los centros de internamiento para extranjeros (1999-2014)”. *Revista Crítica Penal y Poder*, nº 9, pp.279-303.
- López Aguilar, J. F., (2020). “La Italianización de la Reforma Constitucional en España”, en A. Pérez Miras, G. M. Teruel Lozano, E. C. Raffiotta, M. Pia Iadicicco. (Dir.) & S. Romboli. (Coord.). *Setenta años de Constitución Italiana y Cuarenta años de Constitución Española*. (Vol. I, 1ª Ed. *Balances y perspectivas en la Europa constitucional*, pp. 185-204). Madrid CEPC/AEBOE
- López-Fragoso Álvarez, T., (1999). “Las medidas cautelares en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, en *Tribunales de Justicia. Revista mensual de jurisprudencia, doctrina y práctica procesales*. (nº 8/9), pp. 725-748.
- López Benítez, M., (2016). “El acto administrativo: concepto, elementos, clases”, en M. Rebollo Puig & J. D. Vera Jurado, (Dir.), M. Rebollo Puig, E. Carbonell Porrás. (Coords.). *Derecho Administrativo Régimen Jurídico básico y control de la administración*, (T. II, p. 73). Madrid: Tecnos
- López Calera, N., (2010).” El interés público: entre la ideología y el Derecho”. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*. (nº 44), pp. 128-133.
- López de los Mozos Díaz-Madroño, A., (2013). “La nueva Legislación en materia de repatriación de Menores Extranjeros No Acompañados”. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, (nº 21), pp. 157-180.
- López García, C., (2006). “Medidas cautelares y ejecución provisional de sentencia en el proceso contencioso-administrativo”. *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, (nº 5), Sección Comentarios de jurisprudencia, Editorial La Ley.
- López Guerra, L. M., (2014), “La protección de los derechos económicos y sociales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en M. Terol Becerra, & L. Jimena Quesada. (Dir.). *Tratado sobre protección de derechos sociales*. (pp. 297-317), Valencia: Tirant lo Blanch.
- López Guerra, L. M., (2015) “El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Españoles. Coincidencias y divergencias”, en V. Gimeno Sendra, & M. T. Regueiro García. (Coords.). *Nuevas tendencias en la interpretación de los derechos fundamentales*, (pp. 21-43), Madrid: Universitat.

- López-Jacoistes Díaz, M. E., (2013). "El tribunal de justicia de la Unión Europea y la defensa de los derechos fundamentales algunas reflexiones constitucionales a la luz del caso Kadi", en E. Ferrer Mac Gregor, A. Herrera García. (Coord.). *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales: in memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogo*, (pp. 1183-1216). Valencia: Tirant lo Blanch.
- López López, J., (2005). "Una mirada a los derechos sociales de los inmigrantes desde su dignidad". *Estudios de derecho judicial*. (nº 76), pp. 23-52. (Dedicado a: Derechos laborales y de seguridad social de los inmigrantes).
- López-Muñiz Goñi, M., (2006). La nueva Ley de Extranjería. Guía práctica y Jurisprudencia. Madrid: Colex, pp. 913-928.
- Lora Crovetto, M. J., (2017). *La realidad de los CIE en España: entre la ilegalidad y la ausencia de derechos*. Obtenido de Universidad del País Vasco: <http://hdl.handle.net/10810/24065>, pp. 226-272, 325-336, 390, 527-531, recuperado 07-03-2016.
- Lorca Martín de Villodres, M. I., (2019). "Repensando el concepto de dignidad: hacia una concepción vital integradora o "dignidad natural". Implicaciones filosófico-jurídicas y constitucionales", en A. Sánchez de la Torre & C. Fuertes-Planas Aleix (Eds.). *El derecho entre concepciones sistemáticas y visiones literarias. Principios del Derecho*. (V, pp. 212-214). Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación/Dykinson.
- Lorenzo de Membiela, J. B., (2006): "Las medidas provisionalísimas *inaudita parte* en el procedimiento contencioso administrativo y su construcción constitucional". *Revista Aragonesa de Administración Pública*, (nº 29), pp. 497-515.
- Macera Tiragallo, B. F., (2017). "El "burkini" en la jurisprudencia del "Conseil D' Etat": sobre los límites de la Policía Administrativa", en J. C. Laguna de Paz, I. Sanz Rubiales & I. M. De Los Mozos y Touya. (Coords). *Derecho Administrativo e Integración Europea. Estudios en homenaje al Profesor José Luis Martínez López-Muñiz*. (Vol. I, *El ser de la Admiistración Pública*, pp. 279-286). Madrid: Reus.
- Macías Jara, M., (2018). "La tarea inacabada de la igualdad", en M. I. Álvarez Vélez & C. Vidal Prado. (Coords.). *Manual Constitución Española: 1978-2018*, (pp. 1600-1699). Madrid: Francis Lefebvre.
- Maestro Buelga, G., (2010). "Los derechos sociales de los emigrantes". *Revista catalana de derecho público*. (nº40), pp. 53-72.
- Magro Servet, V., (2008). "La intervención del Juzgado de Guardia en cuestiones del orden civil y contencioso-administrativo. Análisis del Acuerdo de 28 de noviembre de 2007, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que modifica el art. 42.5 del Reglamento 1/2005, de 15 de agosto, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales". *La Ley Penal, Sección Práctica penal*, (nº 51). Wolters Kluwer, recuperado 28-1-2018.
- Mahía Casado, R., (2018). "Población extranjera residente en España evolución, características e integración económica", en J. Arango Vila-Belda, (et al. Dirs.).

- Inmigración y Asilo, en el centro de la arena Política.* (pp. 80-113). Anuario CIDOB de la inmigración 2018. Barcelona: CIDOB.
- Mangas Martín, A. & Liñan Noguerras, D.J., (2020). *Instituciones y Derecho de la Unión Europea.* (10ª Ed.). Madrid: Tecnos. pp. 27-71, 90-125, 126-157, 375-530
- Marco Abato, M., (2017). “Una reflexión sobre la primacía del Derecho europeo, la aplicación judicial de la norma y la producción legislativa”. *Anuario de Derecho Parlamentario.* (nº29), pp. 75-127.
- Marín Consarnau, D., (2018), “La denegación de autorizaciones de residencia a propósito de la STJUE de 13 de septiembre de 2016, Rendón Marín, C-165/14”, en VV.AA, A. Ruda González & C. Jerez Delgado. (Coord.). *Estudios sobre Jurisprudencia Europea materiales del I y II Encuentro anual del Centro español del European Law Institute,* (pp. 737-748). Madrid: Sepin Editorial Jurídica.
- Marín Consarnau, D., (2019). “El diálogo sordo entre el TJUE y el Derecho de Extranjería: del Reino Unido al caso Español”. *Cuadernos de Derecho Transnacional.* (Vol. 11, nº 2), pp. 270-293.
- Marroig Pol, L., (2012). “El internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico: la evolución de la regulación en el ordenamiento español”. *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales Universidad Pontificia de Comillas.* (nº 87), pp. 137-167.
- Martín Brañas, C., (2012). “Las medidas cautelares en el ámbito del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”. *Diario La Ley,* (nº 7808). Sección Doctrina.
- Martín Martín, G., Català i Bas, A. & Pérez i Seguí, Z. H., (2007). “Una nueva visión de los derechos de los extranjeros. Comentario a la STC 236/2007, de 7 de noviembre de 2007”. *Revista Europea de Derechos Fundamentales,* (nº 10), pp. 161-180.
- Martín Rebollo, L., (1986). “El anteproyecto de Ley de lo Contencioso Administrativo y su contexto histórico: de la Ley de 1888 a la situación actual”. *Documentación Jurídica.* (nº 51), pp. 699-719.
- Martín Rebollo, L., (2015). “La nueva Ley de Procedimiento Administrativo Común”. *REDA,* (nº 74), 15-22.
- Martín Rebollo, L., (2016). “Sobre el papel del juez nacional en la aplicación del derecho europeo y su control”. *RAP,* nº 200, pp. 173-192.
- Martín-Retortillo Baquer, L., (1998). “Comentario a la ley de la jurisdicción contencioso administrativa de 1998, Título V. Procedimientos especiales. Capítulo Primero. Procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona Artículo 114 a 116”. *REDA,* (nº 100), pp. 803-811.
- Martin-Retortillo Baquer, L., (1998). *La Europa de los derechos humanos.* (pp. 16 y ss., 31, 52, 67 y ss., 98, 117 y ss., 177 y ss., 245 y ss.), Madrid: CEPC.
- Martín-Retortillo Baquer, L., (2000). *Méritos o botín y otros retos jurídicos de la democracia.* (1ª Ed.). Madrid: Aranzadi, pp. 133 y ss.
- Martín-Retortillo Baquer, L., (2003). “Los derechos fundamentales y la constitución a los 25 años”. *Foro Nueva Época,* pp. 33-58.

- Martín-Retortillo Baquer, L., (2004). *La interconexión del ordenamiento jurídico y el sistema de fuentes del derecho*. Madrid: Civitas, pp. 48, 69 y ss.
- Martín-Retortillo Baquer, L., (2009). *Los Derechos Fundamentales y la Constitución y otros estudios sobre derechos humanos*. El Justicia de Aragón: Zaragoza.
- Martín-Retortillo Baquer, L., (2011). “De los derechos humanos al Derecho a una Buena Administración”, en C. M. Ávila Rodríguez & F. Gutiérrez Rodríguez. (Coords). *El derecho a una buena administración y la ética pública*. (pp. 43- 54). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Martín-Retortillo González, C., (1963). *Suspensión de los actos administrativos por los Tribunales de lo Contencioso*. Madrid: Montecorvo. pp. 41 y ss.75 y ss., 161.
- Martín y Pérez de Nanclares, J., (2015). “El TJUE pierde el rumbo en el Dictamen 2/2013: ¿Merece todavía la pena la adhesión de la UE al CEDH?”. *RDCE*, (nº 52), pp. 825-869.
- Martínez Escamilla, M., (2009).” Inmigración, Derechos Humanos y Política Criminal: ¿Hasta dónde estamos dispuestos a llegar?”. *InDret*, (nº 3), <http://indret.com>, recuperado 22-06-2018, p. 27.
- Martínez Escamilla, M., (Dir.). VV.AA. (2013). *Mujeres en el CIE. Género, inmigración e internamiento. Informe Técnico*. Donostia-San Sebastián: Tercera prensa, pp. 5, 29-71.
- Martín Martínez, M. M., & Jiménez Sánchez, C., (2017). “Derecho a la libre circulación (protocolo nº 4)”, en C. Monereo Atienza & J. L. Monereo Pérez. (Dir/Coords). *La garantía multinivel de los Derechos Fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea. (Parte I. Convenio Europeo de Derechos Humanos. Derechos en protocolos*, pp. 245-254). Granada: Comares.
- Martínez Pardo, V. J., (2006). *Detención e internamiento de extranjeros*. Cizur Menor: Aranzadi, pp. 102-114, 237-297, 504-512
- Martínez Pardo, V. J., (2006), “Las privaciones de libertad de los extranjeros y el derecho de «habeas corpus»”. *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana: jurisprudencia seleccionada de la Comunidad Valenciana*, (nº 18), pp. 49-75.
- Martínez Veiga, U., (2000). “Teorías sobre las migraciones”. *Migraciones & Exilios: Cuadernos de la Asociación para el estudio de los exilios y migraciones ibéricos contemporáneos*, (nº 1). (Dedicado a: Migraciones: teoría e historia), pp. 11-26.
- Martínez-Váres García, S., & De la Quadra-Salcedo J, T., (2014). “La tutela multinivel de los derechos fundamentales”. XVI Reunión de Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España, Santiago de Compostela 16-18 octubre. Ponencia presentada por los autores en representación de España. TC.
- Martín Rodríguez, P. J., (2013). “Crónica de una muerte anunciada. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 26 de febrero de 2013, Stefano Melloni, C-399711”. *RGDE*, (nº 30), recuperado 5-04-2018.
- Massey Douglas S., Arango, J., Hugo G., Kouaouci, A., Pellegrino, A., & Taylor Edward, J., (1993). “Teorías de Migración Internacional: Una Revisión y Aproximación”.

- (A. Aguilar Calahorro. Trad.). *Population and Development Review*, (Vol. XIX, nº 3), pp. 431-466.
- Massini-Correas, C. I., (2009). “El fundamento de los Derechos Humanos en la propuesta positivista-relativista de Luigi Ferrajoli”. *Persona y Derecho*, (nº 61), pp. 227-247.
- Matia Portilla, F. J., (2018). *Los tratados internacionales y el principio democrático*. Marcial Pons, pp. 19-44, 48-80, 115-120.
- Matia Portilla, F. J., (2018). “Examen de las Sentencias del Tribunal de Estrasburgo que afectan al Reino de España”. *Teoría y Realidad Constitucional*. (nº 42). UNED, pp. 273-310.
- Matia Portilla, F. J., (2018). “España”, en F. J. Matia Portilla & I. Álvarez Rodríguez. (Dir.). *Informes nacionales europeos sobre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Alemania, España, Francia, Italia y Polonia*, (pp. 37-69). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Matia Portilla, F. J., (2019). “Las relaciones entre los TTCC y el TJUE: lo que los Tribunales Constitucionales deben y no deben, en principio, hacer”, en J. I. Ugartemendia Eceizabarrena & A. Saiz Arnaiz, (Dir.). *El futuro jurisdiccional de Europa*. (European Inklings EUi, nº19, pp. 151-175), Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública.
- Matia Portilla, F. J., (2020). “¿Los menores tienen un derecho a no ser separados de sus progenitores? Hacia una necesaria redefinición de la intimidad familiar constitucionalmente protegida”, en F. J. Matia Portilla & G. López De La Fuente, *De la Intimidad a la Vida Privada y Familiar. Un derecho en construcción*. (231-282). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Mayoral Díaz-Asensio, J.A., Berberoff Ayuda, T. D., Ordóñez Solís, D., (2013). “El juez español como juez de la Unión Europea”. *REDE*, (nº 48), pp. 127-152
- Meilán Gil, J. L., (2001). “La aplicación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en el marco del derecho a la tutela judicial efectiva”, en VV. AA. *El procedimiento administrativo y el control judicial de la Administración pública: VI Jornadas Hispano-Argentinas de Derecho Administrativo en homenaje al profesor Laureano López Rodó*. (pp. 19-38). Madrid: INAP.
- Meilán Gil, J. L., (2010). "El acto administrativo como categoría jurídica". *Revista de Derecho Público*. (nº 121), pp. 17-39.
- Meilán Gil, J. L., (2011). *Categoría jurídica en el derecho administrativo*. (1ª Ed.). España: Iustel, pp. 17-23 y ss., 181 y ss.
- Meilán Gil, J. L., (2011). *Una aproximación al Derecho Administrativo Global*. Madrid: INAP Global Law Press/, pp. 11-48, 53-66, 147-152, 173.
- Meilán Gil, L.J., (2012) “Sobre la revisión del carácter instrumental del acto administrativo”. *RAAP*, (nº 84), pp. 13-40.
- Meilán Gil, J. L., (2013) “La buena Administración como institución jurídica”. *RAAP*, (nº 87), pp. 13-50.
- Meilán Gil, J. L., (2016). *Derecho Administrativo Revisado*. Sgto. de Compostela: Andavira, pp. 16-17, 33-46, 65, 214-246.

- Meilán Gil, J.L., (2017) “El carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración e integración desde el Derecho español y comunitario”, en J. C. Laguna de Paz, I. Sanz Rubiales & I. de los Mozos Touya. (Coords.). Derecho administrativo e integración europea. Estudios en homenaje al Profesor José Luis Martínez López-Muñiz. (Vol. II, El actuar de la administración pública y garantías de su efectiva legalidad, pp. 1541-1558). Madrid: Reus.
- Meilán Gil, J. L., & García Pérez, M., (2018). Norma y Actos Administrativos. Madrid: Iustel. pp. 17, 106, 252 y 266, 301-305.
- Mendoza Díaz, J., (2011). “Perfiles de la inmigración latinoamericana en España”, en C. M. Díaz Barrado & J. M. Rodríguez Barrigón (Dirs), C. Díaz Silveira (Coor.) *Migraciones internacionales y co-desarrollo. El caso de Ecuador*. (pp. 53-66). Centro de Estudios de Iberoamérica.
- Menéndez Pérez, S., (1996). “La tutela cautelar de los derechos comunitarios en nuestro proceso contencioso-administrativo”, en VV. AA. S. Menéndez Pérez, (Dir.). *Cuadernos de derecho judicial*, (nº 21, pp. 265-474). Dedicado a *Implicaciones que en el orden jurisdiccional contencioso administrativo produce la integración en la Unión Europea*. Madrid: CGPJ.
- Mestre Delgado, J. F., (2016). “La configuración del recurso de casación en torno al interés casacional”, en J. M. Baño León (Coord.). *Memorial para la reforma del Estado: Estudios en Homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado*, (Vol. 1, pp. 1011-1031). Madrid: CEPC.
- Míguez Macho, L., (2015). “Autotutela administrativa y tutela judicial efectiva: nuevas perspectivas para el proceso contencioso administrativo”. *RGDA*, Iustel, (nº. 38), pp. 1-30, <http://www.iustel.com/>, recuperado 14-11-2019.
- Míguez Macho, L., (2019). “El recurso especial en materia de contratación frente al recurso contencioso. Una cuestión de eficacia”, en F. López Ramón & J. Valero Torrijos, *Actas del XIV Congreso de la AEPDA: 20 años de la Ley de lo de lo Contencioso-Administrativo*. Congreso (14º/2019. Murcia), (pp. 491-503). Madrid: INAP.
- Millares Martín, P., (2000). “La voluntariedad de los tratamientos sanitarios y su posible excepción por el riesgo a la salud pública. Especial consideración al caso de enfermedad tuberculosa.”, en VV.AA. *Internamientos involuntarios. Intervenciones corporativas* (pp. 187-198). Madrid: CGPJ.
- Mir Puigpelat, O., Schneider, J. P., Hofmann Herwig, C. H., & Ziller, J., (2015). *Código ReNEUAL de procedimiento administrativo de la Unión Europea*. (1ª. Ed., pp. 67-69, 73, 114, 127,139-207. Madrid: INAP.
- Mir Puigpelat, O., (2018). “El procedimiento administrativo de la Unión Europea y el debate sobre su codificación”, en L. Parejo Alfonso & M. Vaquer Caballería, (Dirs) *Estudios sobre el Procedimiento Administrativo I Derecho comparado*, (pp. 231-254). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Molina Navarrete, C., (2017). “La cuestión prejudicial y ¿El fin de los tribunales de «última palabra»? : Experiencias de tutela del contratante débil”. *Diario La Ley*, nº 9008, *Sección Doctrina*, recuperado 26-06-2018, pp. 3-17.

- Monereo Pérez, J. L., & Molina Navarrete C., (2002). "La cláusula transformadora: el principio de igualdad de oportunidades", en C. Molina Navarrete, J. L. Monereo Pérez & M. N. Moreno Vida. (Coords.). *Comentario a la constitución-socioeconómica de España* (pp. 131-152). Granada: Comares
- Monereo Pérez, J. L., & Triguero Martínez, L. Á., (2012). "Estudio preliminar. Avances, retrocesos y perspectivas de futuro inmediato en la regulación jurídico-legal de la inmigración extranjera en España", en J. L. Monereo Pérez, J. A. Fernández Avilés & L. Á. Triguero Martínez. (Coords.). *Comentario a la Ley y al Reglamento de extranjería, inmigración e integración social*. (LO 4/2000 y RD 557/2011). (pp. 2-40). Granada: Comares.
- Monereo Pérez, J. L., & Ortega Lozano, P. G., (2017). "La libre circulación de trabajadores nacionales de los Estados miembros: discriminación por razón de nacionalidad e igualdad de condiciones laborales". *La Ley Unión Europea*, (nº. 51) Wolters Kluwer, recuperado 20-02-2020.
- Monereo Pérez, J. L., (2018) "La racionalización jurídica de las relaciones laborales y la emergencia de nuevas fuentes reguladora en el orden internacional". *Lex Social. Revista jurídica de los derechos sociales*. (Vol. 8, nº. 1), pp.1-44.
- Monereo Pérez, J. L., (2018). "Pilar Europeo de los Derechos Sociales y Sistemas de Seguridad Social". *Lex Social. Revista jurídica de los derechos sociales*. (Vol. 8, nº 2), pp. 251-298.
- Monereo Pérez, J. L., & Guindo Morales, S., (2019). "Prestaciones de asistencia social o de seguridad social y la libre circulación de trabajadores en la Unión Europea". *La Ley Unión Europea*, (nº 70). Wolters Kluwer, recuperado 20-02-2020.
- Montero Aroca, J., (1994). *La legitimación en el proceso civil (intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él)*. Madrid: Civitas, pp. 87 y ss.
- Montero Aroca, J., (2009). "Derecho a un juez independiente e imparcial", en M. P. Calderón Cuadrado, & J. L. Iglesias Buhigues, (Coords.). *El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: avances y derechos fundamentales en materia procesal*. (pp. 101-132). Cizur Menor: Thomson Reuters.
- Montesinos Padilla, C., (2017). La Tutela Multinivel de los Derechos desde una Perspectiva Jurídico-Procesal. El caso español. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 23-33, 143-160, 236-245, 332-338.
- Montilla Martos, J. A., Bouza Martínez D., García Victoria, I., Rodríguez Candela, J. L., (2016). "Legislación, jurisprudencia y derechos de los inmigrantes", en J. Arango Vila-Belda, (et al. Dirs.). *El año de los refugiados*. Anuario CIDOB de la Inmigración, 2015-2016, (nueva época), (pp. 272- 293). Barcelona: CIDOB.
- Montilla de Mora, P., (2000). "Tuberculosis. La perspectiva de la salud pública y los conflictos éticos y legales", en VV.AA. *Internamientos involuntarios. Intervenciones corporales y tratamientos obligatorios* (pp. 199-205). Madrid: CGPJ.
- Mora Alemañy, R., (2013) "¿También los extranjeros son iguales ante la ley?" *Revista de Derecho*. (nº 12). UNED, pp. 561-594.

- Moreiro González, C. J., (2016). “El juez nacional de medidas cautelares y la tutela del orden público y del interés público de la Unión Europea”. *RDCE*, (nº 54). <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rdce.54.02>. Recuperado 15-04-2017, pp. 473-516, recuperado 2-12-2017.
- Morenilla Rodríguez, J. M., (2017). “La actividad del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la seguridad ciudadana”. www.portal.uned.es/pls/url, recuperado 14-11-2017.
- Moreno Molina, Á. M. (2018). “El "nuevo" recurso de casación en el orden contencioso-administrativo y el Derecho de la Unión Europea”, en M. Vaquer Caballería, Á. M. Moreno Molina & A. Descalzo González (Coords.). *Estudios de Derecho Público en Homenaje a Luciano Parejo Alfonso*. (T I, pp. 561-591). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Muñoz Comet, J., (2014). La inserción de los inmigrantes en el mercado de trabajo español: efectos del cambio del ciclo económico. Tesis Doctoral. Universidad Complutense, Facultad de Ciencias Políticas y Sociología, Departamento de Sociología. Madrid. pp. 71-173.
- Muñoz Jiménez, G. A., (2010). “El interés público es como el amor”. *Revista de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo*. (nº 8), pp. 6-15.
- Muñoz Jiménez, G. A., (2010). “El interés público es como el amor”, en R. F. Ballecer Filho Romeu & D. Wander Hachem. *Direito Administrativo e Interesse Publico*, Estudios en homenaje a o Professor Celso Antonio Bandeira de Mello. (pp. 21-31). Belo Horizonte.
- Muñoz Machado, S., (2007). “Prólogo”, en J. R. Fernández Torres, *Historia legal de la Jurisdicción contencioso-administrativa (1845-1998)*. (pp. 17-21), Madrid: Iustel.
- Muñoz Machado, S., (2015). “Los tres niveles de garantías de los derechos fundamentales en la Unión Europea: problemas de articulación”. *RDCE*, (nº 50), pp. 195-230.
- Muñoz Machado, S., (2015). “La Constitución como norma”. *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*. (4ª Ed., Vol. V). Madrid: BOE, pp. 147-157.
- Murillo de la Cueva, P. L., (2016). “Medidas Cautelares”, en E. Espín Templado. (Coord.). R. Fernández Montalvo, M. P. Teso Gamella & J. A. Xiol Ríos. *Comentarios de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 872-902.
- Navajas Rebollar, M., (2016). “Las novedades en la regulación del procedimiento administrativo común en la Ley 39/2015”. *Revista El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, (nº 63), pp. 50-60.
- Navarro González, R., (2017). “La motivación de los actos administrativos en el ordenamiento jurídico español”. *Revista De Derecho Público Italiano Comparado, Europeo*. (nº 14), pp. 1-30.
- Navarro Sanchís, F. J., (2012). “Carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa: algunas precisiones”. *RJD* (nº 1), pp. 10 y ss.
- Nieto García, A., (1991). “La Administración sirve con objetividad los intereses generales”, en VV.AA, S. Martín-Retortillo Baquer. (Coord.). *Estudios sobre la*

Constitución española: Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, (Vol. III, pp. 2231-2233 2185-2188, 2190-2191-2254). Madrid: Civitas.

- Nieto García, A., (2008). *El desgobierno de lo público*. Barcelona: Ariel, pp. 232-234.
- Nogueira Guastavino, M., (2010). “La doctrina del Tribunal Constitucional español sobre los derechos sociales de los extranjeros no comunitarios”, en R. Escudero Rodríguez. (Coord.). *Inmigración y movilidad de los trabajadores*. Madrid: La Ley, Wolters Kluwer, pp. 431-475.
- Nuevo López, P., (2018). “Constitución y extranjería”, VV. AA, *Manual Constitución Española: 1978-2018*. (Coord.). M. I. Álvarez Vélez & C. Vidal Prado. (pp. 375-387). Madrid: Francis Lefebvre.
- Núñez Herrera, V. E., (2019). “Refundición de la Directiva 2008/115 CE. Garantías o retrocesos en los derechos fundamentales de los extranjeros en los procesos de retorno/expulsión”. *Revista Derecho Migratorio y extranjería*. (nº 52), pp. 17-54.
- Núñez Herrera, V. E., (2020). “El Coronavirus, medidas necesarias restrictivas de derechos”. *Aspectos jurídicos del Coronavirus, Guía práctica*. 17-03-2020. Sepín. Marzo 2020 SP/DOCT/98532.
- Núñez Jiménez, J. M. & Pérez García, M. L., (2017). *Estudio sobre el recurso de casación contencioso-administrativo*. Madrid: Ministerio de Justicia, p. 251.
- Núñez Lozano, M. C., (2017). “La eficacia de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre los actos nacionales” en VV.AA. *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa. Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*. (pp. 549-614). Madrid. INAP.
- Oehling De Los Reyes, A., (2010). *La dignidad de la persona. Evolución histórica-filosófica, concepto, recepción constitucional y relación con los valores y derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, pp. 131-152, 247-252, 280-319, 350-361, 429-467.
- Olano García, H. A., (2016). “Teoría del Control de Convencionalidad”. Centro Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. (Año 14, nº 1 <http://dx.doi.org/10.4067/S0718>, recuperado el 25-08-018.
- Ortega Álvarez, L., (1977). “La inmediatividad del interés directo en la legitimación contencioso-administrativa”. *RAP*, (nº 82), p. 212.
- Ortells Ramos, M. P. (1989). “Sobre las medidas cautelares indeterminadas del artículo 1428 LEC”. *Revista de Derecho Procesal*, (nº 1), pp. 43-72.
- Ortells Ramos P. M., (1990). “Sobre las medidas cautelares indeterminadas del artículo 1428 LEC”, en VV.AA *Estudios de derecho procesal, en honor de Víctor Fairén Guillén*. Valencia: Tirant lo Blanch. pp. 387-410.
- Ortells Ramos P. M., Calderón Cuadrado M. P., (1996). *La tutela judicial cautelar en el derecho español*. Granada: Comares.
- Ortells Ramos, M. (2000). *Las medidas cautelares*. Madrid: La Ley, p. 104.
- Ortiz Herrera, S., (1999), “Justicia cautelar comunitaria: contenido y condiciones de fondo”. *Revista del Poder Judicial*. (nº 54), pp. 27-90.

- Pacheco Torralva, P., (2017). “Sociedad, multiculturalidad y policía: La prevención de perfiles étnicos y conductas discriminatorias”, en A. Solanes Corella. (Ed.). *Derechos humanos, diversidad y convivencia: Actas del III Congreso internacional MULTIHURI*. (pp. 4-15). Valencia: Instituto de Derechos Humanos de la Universitat de Valencia.
- Palomar Olmeda, A., (2017). “Medidas cautelares. Artículos 129 a 136”, en A. Palomar Olmeda. (Dir.). *Tratado de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, (T. II, 3ª Ed, *Recursos, Ejecución de Sentencias y Disposiciones Comunes*, pp. 863-914). Cizur Menor: Aranzadi.
- Palomar Olmeda A., (2020). “El procedimiento especial en materia de derechos de los extranjeros en España”, en L. Parejo Alfonso & M. Vaquer Caballería, (Dir.). *Estudios sobre el procedimiento administrativo II Tipos de procedimientos*, (pp. 467- 497). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Parejo Alfonso, L. J, (1988). “El interés general o público. Las potestades generales o formales para su realización”, en L.J. Parejo Alfonso, A. Jiménez-Blanco, A. Carrillo de Albornoz & L. I. Ortega Álvarez. *Manual de Derecho Administrativo* (Vol. I, 5ª ed., pp. 605-607). Barcelona: Ariel.
- Parejo Alfonso, L. J, (2003). *Derecho administrativo*. Barcelona: Ariel, pp. 1192-1195, 1205.
- Parejo Alfonso, L. J, (2012). “Transformación y ¿reforma?, del Derecho Administrativo”, en J. Barnés Vázquez, E. Schmidt-Assmann, A. Vosskuhle, R. Pitschas & L. J Parejo Alfonso. *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*. (Vol. II, 2ª Ed. Capítulo V, pp. 379-611, Cuarta Parte, *El Derecho, en particular el Administrativo y su aplicación*, pp. 405-410). Global Law Press, Derecho Global.
- Parejo Alfonso, L. J, (2018). “Algunas reflexiones sobre las novedades del Recurso de Casación en el orden jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo”. *RAAP*, (nº 100), pp. 339-355.
- Parejo Alfonso, L. J., (2018). *Lecciones de Derecho Administrativo*. (9ª Ed.). Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 1078-1083.
- Pasquali, L. (2011). “¿La Pena de Prisión para Inmigrantes Irregulares perjudica la Política de Retorno de la Unión?” *RDCE*, (nº 39), pp. 541-558.
- Pastor Borgoñón, B., & Van Ginderachter, E., (1993). *El procedimiento de medidas cautelares ante el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas*. Madrid: Civitas, pp.15-100.
- Peces-Barba Martínez, G., (1980). *Derechos fundamentales*. (3ª Ed.) Madrid: Latina p. 21
- Peces-Barba Martínez, G., (1984). *Los valores superiores. Temas Claves de la Constitución Española*. Madrid: Tecnos, p 85.
- Peces-Barba Martínez, G., (1997). “Los derechos humanos del extranjero”, en A. Marzal, (Ed.). *VV.AA. Derechos humanos del incapaz, del extranjero, del delincuente y complejidad del sujeto*. (p. 120 y ss.). Barcelona: J. M. Bosch, Esade, Facultad de Derecho.

- Peces-Barba Martínez, G. (2003). *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*. Madrid: Dykinson, pp. 16-64 y ss.
- Peces Morate, J. E., (1999). “Tutela cautelar y ejecución provisional de sentencias”, en M. Campos Sánchez-Bordona. (Dir.). *Medidas cautelares en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. (pp. 143-181). Madrid: CGPJ.
- Peces Morate, J. E., (2001). “Garantías jurisdiccionales para los extranjeros. Medidas cautelares en el proceso”, en VV.AA. J. M. Álvarez-Cienfuegos Suárez. (Coord.). *Cuadernos de Derecho Judicial. Dedicado a: Reflexiones sobre la nueva Ley de Extranjería*. (n. 8, pp. 213-258). Madrid: CGP
- Peces Morate, J.E., (2006). “La tutela judicial de los inmigrantes”. Conferencia impartida en Valencia, ICAV, 12-06-2006. Depositada en Biblioteca del ICAV.
- Pegoraro, L., (2011). “¿Existe el derecho a la buena administración? (Algunas consideraciones sobre el abuso de la palabra derecho)”, en C. M. Ávila Rodríguez & F. Gutiérrez Rodríguez. *El derecho a una buena administración y la ética pública*. (pp. 17-42), Tirant lo Blanch.
- Peña Pérez, A., (2015). Retirada de Pasaporte como medida cautelar de expulsiones. Extranjería Ius Cogens Infante & Peña Abogados. Recuperado de <http://extranjeriaiuscogens.blogspot.com.es/2015/07/retirada-pasaporte-medida-cautelar-extranjero-expulsion.html>, recuperado 2-07-2016.
- Pérez Alberdi, M. R., (2014), “La protección de los derechos sociales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en M. Terol Becerra, & L. Jimena Quesada. (Dir.). *Tratado sobre protección de derechos sociales*. (pp. 319-332), Valencia: Tirant lo Blanch.
- Pérez Estrada, J. M., (2014). “La importancia de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo. Su eficacia en el proceso”. *RVAP*, (nº 99-100), pp. 2359-2381.
- Pérez de la Fuente, O., (2009). “Inclusión, redistribución y reconocimiento: Alguna paradoja sobre los emigrantes”, en A. M. Marcos del Cano. (Coord.). *Inmigración Multiculturalismo y Derechos Humanos*. (pp. 257-290). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Pérez de la Fuente, O., (2010). “*Ius migrandi*, fronteras y ética de la alteridad”. *III Jornadas Políticas Migratorias, Justicia y Ciudadanía*. Instituto de Filosofía CSIC.
- Pérez González, C. (2017). “Régimen internacional de las migraciones. Extranjería y Derecho”, en F. M. Mariño Menéndez. (Dir.). C. Pérez González & A. Cebada Romero. (Coords.). *Instrumentos y regímenes de cooperación internacional*. (2ª Ed., pp. 153-176). Madrid: Trotta.
- Pérez Martín, A. J., (2000). “Comentario al art. 749 LEC”, en A. Mª. Lorca Navarrete. (Dir.), V. Guilarte Gutiérrez. (Coord.). *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, (T IV, p. 3921). Valladolid: Lex Nova.
- Pérez Moreno, A., (2009) “Metodología jurídica”. *RAAP*, (nº 73) pp. 27-69
- Pérez Salazar-Resano, M., (2005). “Patria Potestad”, en P. González Poveda, & P. González Vicente, *Tratado de Derecho de Familia* (pp. 204 y ss.). Madrid: Sepín.

- Pérez Tremps P., (2018). *Las reformas de la Constitución hechas y no hechas*. Valencia: Tirant lo Blanch. pp. 24-30.
- Pérez Tremps P., (2019). *Sistema de Justicia Constitucional*. (Ed. 3ª) Cizur Menor: Thomson Reuters, pp. 146-148, 183-201, 188, 193, 218
- Pérez Vera, E., & Abarca Junco, P., (1996). “Comentario al Artículo 13”, en O. Alzaga Villamil, (Dir.). *Comentarios a la Constitución Española 1978*, (Vol. II, pp. 187-192). Madrid: Cortes Generales: Edersa.
- Pérez Villalobos, M. C., (2001). “Libertad de circulación y residencia”, en M. Moya Escudero (Coord.). *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería (LO 4/2000 y LO 8/2000)*, (pp. 533-537), Granada: Comares.
- Pernice, I., (2002), “El constitucionalismo multinivel en la Unión Europea”. *ReDCE*, (nº 17), (C. Elías Méndez, Trad. Texto original, *European Law Review*. (2002). (nº 5), pp. 511-529.
- Petit de Gabriel, W. E., (2017). “Los Derechos Consulares de los Extranjeros Detenidos: ¿Nuevas Cartas en la Baraja de los Derechos Fundamentales?”. *ReEI*, nº 33, p. 16, 24- 26, <http://www.reei.org/>, recuperado 11-06-2018.
- Piernas López, J.J., (2014). “La protección diplomática y consular de los ciudadanos de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa”. *RDCE*, (nº 48), pp. 577-599.
- Pinto De Albuquerque, P., (2020) “Los derechos de los trabajadores, los trabajadores migrantes y los sindicatos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”. *Revista Jurisdicción Social* nº (215) por Juezas y Jueces para la Democracia, pp. 5-22.
- Pitschas, R., (2012). “Derecho administrativo de la información. La administración pública y el tratamiento de la información y del conocimiento en la era del gobierno electrónico y de la web 2.0”, en J. Barnés Vázquez, E. Schmidt-Assmann, A. Vosskuhle, & L. J Parejo Alfonso, *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*. (Vol. II, 2ª Ed., Capítulo IV, pp. 193-250). Sevilla: Global Law Press, Derecho Global. INAP.
- Pizzolo, C., (2017). *Comunidad de intérpretes finales. Relación entre Tribunales supranacionales, constitucionales y supremos. El Diálogo judicial*. Buenos Aires: Astrea, pp. 77 y ss.
- Pizzorusso, A., (2002). “Las "generaciones" de derechos”. *Anuario de derechos humanos, Nueva Época*. (Vol. 3), pp. 493-514.
- Ponce Solé, J., (2016). “La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración”. *REDA*, (nº 175), pp. 57-84.
- Ponce Solé, J., (2017). “La jurisprudencia europea y española sobre el derecho a una buena administración”, en L. Míguez Macho & M. Almeida Cerrado. *Los retos actuales del derecho administrativo en el Estado autonómico: estudios en homenaje al profesor José Luis Carro Fernández-Valmayor*. (Vol. II, pp. 143-163). Santiago de Compostela: Andavira: Fundación Democracia y Gobierno Local.
- Ponce Solé, J., (2019). *La lucha por el buen gobierno y el derecho a una buena administración mediante el estándar jurídico de diligencia debida*. Cuadernos de

la Cátedra Democracia y Derechos Humanos. Universidad de Alcalá, Servicio de Publicaciones.

- Ponce Solé, J., (2019). “El Derecho Administrativo del Siglo XXI”. *RGDA*, Iustel, (nº 52), Iustel, recuperado, 28-01-2020, pp. 20-39.
- Ponce Solé, J., (2020). “Una histórica sentencia del Tribunal Supremo Holandés de 20 de diciembre de 2019 obliga al Estado a reducir las emisiones de gases invernadero en un 20% a partir de 2020. Lecciones para el caso español: calentamiento global y derecho a una buena administración”. *Revista Electrónica Administración al día*. INAP. <http://laadministracionaldia.inap.es/>, recuperado 18-01-2020.
- Pons Cánovas, F., (2010). “El procedimiento sancionador: medidas provisionales y cautelares”, en B. Lozano Cutanda, *Diccionario de Sanciones Administrativas*. (pp. 871-896). Madrid: Iustel.
- Presno Linera, M. Á., (2008). “Las garantías para los extranjeros y los límites a sus derechos en el convenio europeo de derechos humanos”. *Revista del Instituto de ciencias jurídicas de Puebla AC*, (nº 24), pp. 43-64.
- Prieto Álvarez, T., (2005). *La dignidad de la persona: núcleo de la moralidad y el orden públicos, límite al ejercicio de libertades públicas*. Cizur Menor: Civitas.
- Prieto Álvarez, T., (2017). “Luces y sombras de la integración europea en derechos de la persona. En particular, el riesgo de que la base del sistema jurídico se traslade desde la dignidad humana a la autonomía personal”, en J. C. Laguna de Paz, Í. Sanz Rubiales, & I. M. De los Mozos y Touya. (Coords). *Derecho Administrativo e Integración Europea. Estudios en homenaje al profesor José Luis Martínez López-Muñiz*. (Vol. I, *El ser de la Administración pública*, (pp. 187-206). Madrid: Reus.
- Quadra-Salcedo Janini, T., (2015). “El papel del Tribunal Constitucional y de los tribunales ordinarios en un contexto de tutela multinivel de los derechos fundamentales”. *IDEIR*, (nº 23). <https://www.ucm.es/data/cont/docs/>, recuperado 20-02-2018. pp. 1-37.
- Queralt de Jiménez A., (2017). “El efecto de cosa interpretada y la función de armonización de estándares del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en VV. AA. E. Ferrer Mac-Gregor, R. Flores Pantoja. (Coords.). *La Constitución y sus garantías. A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917. Memoria del XI Encuentro Iberoamericano y VIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*. (pp. 695-717). México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, UNAM, Instituto de investigaciones jurídicas.
- Quesada Polo, S., (1997). “El Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en Y. Gómez Sánchez, Coord. *Los Derechos en Europa*, (p. 138), Madrid: UNED.
- Quesada Polo, S., 1998 “El Convenio Europeo de Derechos Humanos. Apuntes sobre el Sistema de control del Convenio”. *Anales de Derecho*. Universidad de Murcia, (nº 16), pp. 725-206.
- Quicios Molina, M. S., (2014). “Los límites de la expulsión administrativa de extranjeros con hijos menores de edad españoles por aplicación del artículo 57.2 de la LO 4/2000, de 11 de enero. El caso de la STC 186/2013, de 4 de noviembre”. *Derecho Privado y Constitución*. (nº 28), pp. 311-354.

- Quintana Carretero, J. P., (2010) “Las Medidas Cautelares en materia de Extranjería”, en VV. AA, J. M. Ballesteró Martín. (Coord.). *Extranjería y cooperación judicial internacional*. Madrid: Wolters Kluwer España, S.A, pp. 347-382.
- Quintana Carretero, J. P., (2017). “El nuevo y polémico recurso de casación contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo”. *RJD* (nº 1): <http://www.online.elderecho.com>. Recuperado 14-12-2017.
- Rams Ramos, L., (2008). *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos*. Colección de Derecho Administrativo. Madrid: Reus, pp. 295-330.
- Razquin Lizarraga, J. A., (2017): “El interés casacional objetivo según el Tribunal Supremo”. *REDA*, (nº. 188), pp. 175-200.
- Razquin Lizarraga, J. A., (2018). “Primer balance del nuevo recurso de casación contencioso administrativo”. *RVAP*, (nº110-I), pp. 239-282.
- Rebollo Puig, M., (1993). "Medidas provisionales en el procedimiento administrativo", en L. Martín-Retortillo Baquer & J. González Pérez. (Coords.). *La protección jurídica del ciudadano: (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional): estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez*. (Vol. I, *Consideraciones generales: el procedimiento administrativo*, pp. 659-710). Madrid: Civitas SA.
- Rebollo Puig, M., (2008). “La relativización de la nulidad absoluta de los actos administrativos que lesionan derechos fundamentales”, en I. Agirreazkuenaga Zigorraga. (Coord.). *Derechos Fundamentales y otros estudios en homenaje al profesor Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*. (Vol. I. *Derechos fundamentales. Aspectos generales*, pp. 271-304). Zaragoza: El Justicia Aragón.
- Rebollo Puig, M., (2010). “Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo sancionador”, en L. Alarcón Sotomayor, A. Bueno Armijo, & M. Izquierdo Carrasco. *Derecho Administrativo Sancionador*. (1ª Ed., pp. 531 y ss.). Valladolid: Lex Nova
- Rebollo Puig, M., Alarcón Sotomayor, L., Bueno Armijo, A., Izquierdo Carrasco, M., (2015). “Derecho Administrativo Sancionador”. *REDA*, (nº 173), pp. 155-180.
- Rebollo Puig, M., (2017). “La Ejecutividad de las Sanciones tras la nueva Ley de Procedimiento Administrativo Común”, en J. C. Laguna de Paz, Í. Sanz Rubiales, & I. M. De Los Mozos y Touya. (Coords). *Derecho Administrativo e Integración Europea. Estudios en homenaje al profesor José Luis Martínez López-Muñiz*. (Vol. II, *El actuar de la Administración Pública y garantías de su efectiva legalidad*, pp. 1343-1367). Madrid: Reus.
- Reig Fabado, I., (2015). “La Directiva de Retorno y la Tutela Judicial Efectiva”. *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, (nº 19), pp. 115-126.
- Requejo Pagés, J. L., (1998). “El derecho de acceso a los recursos”, en M. Aragón Reyes & J. Martínez-Simancas. (Dir.). *La Constitución y la práctica del Derecho*, (Vol. I, pp. 425-429). Pamplona.
- Requejo Pagés, J. L., (2015). “La "dignidad de la persona" como categoría conceptual en el Derecho de la Unión”, en R. L. Chueca Rodríguez. (Dir.). *Dignidad humana y derecho fundamental*. (pp. 279-294). Madrid: CEPC.

- Requero Ibáñez, J. L., (1994). “Las medidas cautelares "provisionalísimas" en el proceso Contencioso-Administrativo. Comentario al ATS de 2 de noviembre de 1993”. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, (nº 132), pp. 9-13.
- Requero Ibañez, J. L., (2000). “La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000, como supletoria de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa. Principales cuestiones que suscita”. VV.AA., M. Ayuso Ruiz-Toledo. (Dir.). *Cuadernos de Derecho Judicial*. (nº 2). *Punto crítico en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: especial referencia al procedimiento abreviado*". (pp. 123-182). Madrid: CGPJ.
- Requero, Ibañez, J. L., (2005). “Ejecución de sentencias en la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa.” *Cuadernos de derecho local*, (nº 8), pp. 33-49.
- Ribotta, S., (2013). “Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las Personas en condición de vulnerabilidad. Vulnerabilidad, pobreza y acceso a la justicia”. *Revista Electrónica Iberoamericana*, Vol. nº. 6, nº. 2, recuperado 22-04-2018.
- Rincón Martínez, K., (2015). “Medidas Cautelares Innominadas en el Proceso Contencioso Administrativo Colombiano”. *Revista Cultural Unilibre* (Sede Cartagena), pp. 59-62).
- Rinken, S., Godenau, D., Martínez de Lizarrondo Artola, A., (2018). “La integración de los inmigrantes en España. ¿Pautas diferenciadas en distintas etapas de la crisis?”, en J. Arango Vila-Belda, (et al. Dirs.). *Inmigración y Asilo, en el centro de la arena Política*. (pp. 238-259). Anuario CIDOB de la inmigración 2018. Barcelona: CIDOB.
- Ríos, J., Santos, E. & Almeida, C., (2014). *Manual para la defensa de los derechos humanos de las personas extranjeras encerradas en los centros de internamiento (CIE)*. San Sebastián: Gakoa, pp. 31-53.
- Ripol Carulla, S., (2010). “La carta de derechos fundamentales de la unión europea en el BOE (Consideraciones sobre el artículo 2 de la L.O. 1/2008, por la que se autoriza la ratificación por España del tratado de Lisboa)”. *RDCE*, (nº 37), pp. 845-864.
- Ripol Carulla, S., (2014). “Un nuevo marco de relación entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *REDI*, (Vol. 66, nº 1), pp. 11-53.
- Rivero Ortega, R., (1998). “Medidas cautelares innominadas en lo contencioso administrativo”. *REDA*, (nº 98), pp. 271-280.
- Rivero Ortega, R., (2016). *Derecho administrativo*. Salamanca: Ratio Legis Librería jurídica, pp. 25, 40, 131 y ss.
- Rivero Ortega, R., (2017). “El procedimiento administrativo europeo y la nueva legislación española”, en J. C. Laguna de Paz, I. Sanz Rubiales, & I. M. De los Mozos y Touya. (Coords). *Derecho Administrativo e Integración Europea. Estudio Homenaje al Profesor José Luis Martí López Muñiz*. (Vol. II, *El actuar de la administración pública y garantías de su efectiva legalidad*, pp. 951-964). Madrid: Reus.
- Rivero Ysern, E., & Rivero Ortega, R., (2008). “El derecho al procedimiento administrativo”, en I. Agirreazkuenaga Zigorraga. (Coord.). *Derechos Fundamentales y otros estudios en homenaje al profesor Dr. Lorenzo Martín*

- Retortillo*. (Vol. I. *Derechos fundamentales. Aspectos generales*, pp. 555-574). Zaragoza: El Justicia Aragón.
- Rivero Ysern, E., & Rodríguez-Arana Muñoz, J., (2012). *Con miras al Interés General*. (pp.158-181), Madrid: INAP.
- Roca i Trías, E., (2016). *Familia y cambio social, (De la "casa" a la persona)*. Madrid: Civitas, pp. 62-63.
- Roca i Trías, E., & García Couso, S., (2017). “¿Es real el diálogo entre tribunales? Cuestión prejudicial y control de constitucionalidad por vulneración de derechos y libertades fundamentales”. *Teoría y Realidad Constitucional*, (nº. 39), pp. 529-548.
- Rodotá, S., (2014). *El derecho a tener derechos*. (J. Manuel Revuelta, Trad.) Madrid: Trotta. 135-273.
- Rodríguez-Arana Muñoz, J., (1998). “Comentario a los artículos 133 a 135 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998”. *REDA*, (nº 100), pp. 886-890.
- Rodríguez-Arana Muñoz, J., (2000). *Derecho Administrativo y Constitución*. Granada: CEMI. pp. 45, 95-122.
- Rodríguez-Arana Muñoz, J., (2006). “Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa en España”. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, (nº 28), pp. 127-151.
- Rodríguez-Arana Muñoz, J., (2007). “El interés general en el levantamiento de las medidas cautelares contencioso-administrativas (a propósito del auto del TS de 15 de enero de 2007)”. *Diario La Ley*, (nº 6698), Sección Doctrina.
- Rodríguez-Arana Muñoz, J., (2009). *Aproximación al derecho administrativo constitucional*. Colombia: Universidad Externado. pp. 10-83, 243, 252.
- Rodríguez-Arana Muñoz, J., Sendín Miguel Á., (2009). *Derecho Administrativo Español. Acto administrativo, Procedimiento administrativo y Revisión de la Actuación Administrativa*. (T. II, pp. 40-48). La Coruña: Netbiblo. S.L
- Rodríguez-Arana Muñoz, J., (2011). “El Derecho Fundamental a la Buena Administración de Instituciones Públicas y el Derecho Administrativo”, en C. M. Ávila Rodríguez. *El derecho a una buena administración y la ética pública*, (pp. 77 y ss.), Valencia: Tirant lo Blanch.
- Rodríguez-Arana Muñoz, J., (2012). *El ciudadano en el poder público: el principio y el derecho al buen gobierno y a la buena administración*. Madrid: Reus, pp. 11-19, 112-162.
- Rodríguez-Arana Muñoz, J., (2012). *Interés general, derecho administrativo y Estado de bienestar*. Madrid: Iustel, pp. 11-27, 148-149, 153-154, 160, 163-166, 172-193.
- Rodríguez-Arana Muñoz, J., (2013). *La dimensión ética de la función pública*, Madrid: INAP.
- Rodríguez-Arana Muñoz, J., (2016). *Derecho Administrativo y Derechos Sociales Fundamentales*. INAP, pp. 209-260.

- Rodríguez-Arana, J., (2017). “El Derecho Fundamental de la persona a la Buena Administración. Principios y Derechos fundamentales”, en J. C. Laguna de Paz, Í. Sanz Rubiales & I. M. De los Mozos y Touya. (Coords). *Derecho Administrativo e Integración Europea. Estudio Homenaje al profesor José Luis Martínez López-Muñiz*. (Vol. I, *El ser de la Administración pública*, pp. 349-363). Madrid: Reus.
- Rodríguez-Arana Muñoz, J., (2019) “El interés general y el Derecho Administrativo”. *Revista Federal de Derecho* nº 4, recuperado 26-07-2019.
- Rodríguez Candela, J. L. (2009). “Infracciones y sanciones. Medidas de alejamiento del territorio nacional”. *Materiales de los Cursos sobre derecho de extranjería*. Sevilla: Junta de Andalucía, pp. 31-68.
- Rodríguez Candela, J. L., (2019). “Interpretación y seguimiento de la sentencia del TJUE de 23 abril de 2015 (Zaizoune)”. *Revista Crítica Penal y Poder*. (nº 18). OSPDH. Universidad de Barcelona, pp. 68-81.
- Rodríguez Carbajo, J. R., (2011). “La tierra de nadie entre la vía administrativa y el contencioso administrativo”. *Actualidad Administrativa*, (nº 8). Wolters Kluwer, La Ley, recuperado 14-11-2017.
- Rodríguez Carbajo, R. J., (2011) “¿Agilización procesal o eliminación procesal?” *Actualidad Administrativa*, (nº 19). Wolters Kluwer. La Ley, pp. 2451 y ss.
- Rodríguez Dávila, M. D. & Soto Esteban, R., (2015). “El Coordinador de Parentalidad. Una propuesta desde dentro”. *Revista Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, (nº 15), pp. 171-187.
- Rodríguez Iglesias, G. C., (1993). “La tutela judicial cautelar en el Derecho Comunitario”, en G. C. Rodríguez Iglesias & D. J. Liñán Nogueras (Coord.). *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial* (pp. 633-652). Madrid: CGPJ, Universidad de Granada: Civitas.
- Rodríguez Pontón, J. F, (1999). *Pluralidad de intereses en la tutela cautelar del proceso contencioso administrativo*. Barcelona: CEDECS, pp. 32, 84 y 119 y ss.
- Rodríguez Tarduchy, M., (2008) “Entrada y residencia de los ciudadanos de la Unión Europea en otros Estados miembros, con especial referencia al Derecho español, en M. Balado Ruiz-Gallegos. (Coord.). *Inmigración, Estado y Derecho. Perspectivas desde el siglo XXI*, (pp. 1003-1024). Barcelona: Bosch.
- Rodríguez-Zapata y Pérez, J., (2014). “Jurisprudencia constitucional y jurisprudencia administrativa”, en M. Baena del Alcázar. (Dir.). *La reforma del Estado y de la Administración española*, (pp. 281-316). INAP.
- Rodríguez-Zapata y Pérez, J., (2016). "La legitimación en el proceso contencioso-administrativo". *RJD* (nº 1), pp. 3-8.
- Roig Mateo, B. (2010). “Las medidas cautelares en la Ley de 13 de julio de 1998, reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Especial referencia a las medidas cautelares inaudita parte”. *Revista CEFLEGAL*, (nº 114), pp.45-66.
- Romboli, S., (2017) “Los Contra-Límites en serio y el caso Taricco: El largo recorrido de la teoría hasta la respuesta contundente pero abierta al diálogo de la Corte

- Constitucional Italiana”. *ReDCE*, (nº. 28), <http://www.ugr.es/const/Thomson-Reuters>, recuperado 5-04-2018.
- Romero Ródanos, J., (2012). “Artículo 61. Medidas cautelares”, en J. L. Monereo Pérez, J. A. Fernández Avilés & L. Á. Triguero Martínez. *Comentario a la Ley y al Reglamento de extranjería, inmigración e integración social*. (LO 4/2000 y RD 557/2011). (pp. 979-983). Granada: Comares.
- Rubio Fernández E. M., (2014). “Crónica de Codificación Internacional: La Labor de la Comisión de Derecho Internacional, 66ª Sesión”. *ReEI* (nº 28), <http://www.reei.org/>, recuperado 11-06-2018.
- Rubio Llorente, F., (2012). *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*. (Vol. III, Cuarta Parte, 3ª Ed., *Derechos Fundamentales y Jurisdicción Constitucional*, pp. 983-1010, 1022-1045). Madrid: CECP.
- Rueda Fernández, C., (2015). “La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos humanos: una difícil obligación por cumplir”. *Revista Justicia do Direito*. (Vol. XXIX, nº 1), pp. 5-17, <http://dx.doi.org.br/10.5335/rjd.v29i1.5173>, recuperado 08-02-2019.
- Ruiz-Jarabo, P., (2004). “El sfumatto de las medidas cautelares”. *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, (nº. 232), pp. 17-28.
- Ruiz Legazpi, A., (2011). *La expulsión de menores extranjeros. Límites Constitucionales* Madrid: CEPC, pp. 200-298.
- Ruiz López, M. Á., (2016). *La reforma del recurso de casación contencioso administrativo* Valencia: Tirant lo Blanch, p. 85.
- Ruiz Palazuelos, N., (2019). “Las «Reservas de Interés General» en el Contencioso-Administrativo Francés: ¿Un Ejemplo a Importar?”, en F. López Ramón, & J. Valero Torrijo, *Actas del XIV Congreso de la AEPDA: 20 años de la Ley de lo de lo Contencioso-Administrativo*. Congreso. (14º/2019. Murcia), (pp. 547-558). Madrid: INAP.
- Ruiz Piñeiro, F. L. (2001). *Las Medidas Cautelares en la Ley 29/1998, de 13 de Julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Análisis doctrinal y jurisprudencial* (1ª Ed.). Cizur Menor: Thomson Aranzadi, pp. 24-47, 56-59, 64-65, 66-77, 107-113, 117-131, 201-218, 227.
- Ruiz Piñeiro, F. L., López de La Riva Carrasco, F., & Garrido Bengoechea, L. A., (2008). *Las medidas cautelares en la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción contencioso-administrativa. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. (2ª Ed.). Cizur Menor: Thomson Aranzadi, pp. 16-35, 118 y ss.
- Ruiz-Rico Ruiz, G., (2011). “El Derecho a una Buena Administración. Dimensión administración y la ética pública, en C. M., Ávila Rodríguez & F. Gutiérrez Rodríguez. (Coord.). *El derecho a una buena administración y la ética pública*. Valencia: Tirant lo Blanch, (pp. 55-77). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Ryszard Kosmider, M., (2018). “El contenido jurídico del concepto del libre desarrollo de la personalidad con referencia especial a los sistemas constitucionales Alemán y Español”. *Revista de Derecho UNED*, (nº 23), pp. 667-706.

- Sáez Valcárcel, R., (1996). "La libertad del inmigrante: Un derecho inviolable". *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ, 227-274.
- Sagarra i Trias, E., (2002). *La legislación sobre extranjería e inmigración: una lectura. Los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España*. Barcelona: Publicacions Universitat de Barcelona. pp. 28-33, 121-132, 170, 224, 267-268, 275-303.
- Saiz Arnaiz, A., (2015). "Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: las razones para el diálogo", en L. M. López Guerra & A. Saiz Arnaiz. (Dir.). *Los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos: una introducción desde la perspectiva del diálogo entre tribunales*. (pp. 153-185). Lima: Palestra.
- Saiz Arnaiz, A., (2017). "La interacción entre los tribunales que garantizan derechos humanos: razones para el diálogo", en A. Saiz Arnaiz (Dir.). J. Solanes Mullor & J. E. Roa Roa. (Coord.). *Diálogos judiciales en el sistema interamericano de derechos humanos*. (pp. 12-26). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Saiz Arnaiz, A., (2018). "La Interpretación de los Derechos Fundamentales y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, (art. 10.2)", en VV.AA. *Comentarios a la Constitución Española. Conmemoración del XL Aniversario de la Constitución*, M. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer & M. E. Casas Baamonde, (Dir.) (Vol. I, pp. 230-254), Madrid: Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia.
- Sala Arquer, J. M., (1999). "La adopción de medidas cautelares con carácter urgente". *Justicia Administrativa*. *Revista de derecho administrativo* (nº 1, Extraordinario, dedicado a: Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), pp. 205-214.
- Sala Atienza, P., & Cadenas García, M. I., (2016). *Las Medidas Cautelares en el Proceso Contencioso-Administrativo*. Pamplona: Aranzadi Thomson Reuters, 26-40, 59, 64-72, 99-125, 132-138, 187, 207-218, 237, 241-257, 413-423, 665-679.
- Sala Sánchez, P., Xiol Ríos, J. A., & Fernández Montalvo, R., (2013). *Derecho procesal administrativo* (Vol. I, art. 4). Barcelona: Bosch, pp. 1119-1287.
- Sala Sánchez, P., Xiol Ríos, J. A., & Fernández Montalvo, R., (2013). *Derecho procesal administrativo* (Vol. II, art. 19). Barcelona: Bosch, pp. 391- 490.
- Sala Sánchez, P., Xiol Ríos, J. A. & Fernández Montalvo, R., (2013). *Derecho procesal administrativo*. (T. VI, Medidas cautelares pp. 649-1060). Barcelona: Bosch.
- Salado Osuna, A., (2004) "La obligatoriedad de las medidas provisionales dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos". *Anuario de derecho europeo*. (nº 4), pp. 185-210.
- Salado Osuna, A., & Corzo Sosa, E., (2012) "Las medidas provisionales", en F. J. García Roca, P. A. Fernández Sánchez, P. Santolaya Machetti, & R. Canosa Usera. (Eds.). *El diálogo entre los Sistemas europeo y americano de Derechos Humanos*. (pp. 351 y ss.), Cizur Menor: Thomson Civitas.
- Salas, J., & Tornos Mas, J., (1980). "Comentarios a la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona". *RAP*, (nº 93), pp. 29-65.

- Sales i Jardí, M., (2015). *La vida familiar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una interpretación constructiva*, Barcelona: Bosch Constitucional, pp. 19-40.
- Salcedo Beltrán, C., (2016). “La aplicabilidad directa de la Carta Social Europea por los órganos judiciales”. *Trabajo y Derecho*. (nº 13), 27-52.
- Salvador Martínez, M., (2009). “Las medidas de acción positiva. Principio de igualdad y derechos fundamentales”, en S. Sánchez González. *En torno a la igualdad y la desigualdad*. Madrid: Dykinson, pp. 29-55.
- Salvador Martínez, M., (2015). “El diálogo entre tribunales y la garantía de los derechos en Europa”, en J. V. Gimeno Sendra & M. T. Regueiro García. *Nuevas tendencias en la interpretación de los derechos fundamentales*. (pp. 45-58). Madrid: Universitas.
- Sampson, R., Mitchell, G., & Bowring, L., (2011). *Existen alternativas: Manual para la prevención de la detención innecesaria de migrantes*. Melbourne: Coalición Internacional contra la detención, pp-10-12, 16, 51.
- Sánchez Barrilao, J. F., (2000). “Restricciones en orden a la protección de la salud: restricciones de la libertad por causa de enfermedad infecto-contagiosa e internamientos”, en VV.AA., R. Martín Morales. (Coord.). *El principio constitucional de intervención indiciaria*. (pp. 133 y ss.). Granada: Grupo Ed. Universitario.
- Sánchez Barrilao, J. F., & Sánchez Lorenzo, S. A., (2014). “Sumisión tácita, derechos de defensa y competencia judicial internacional en las redes de la cuestión de inconstitucionalidad y de la cuestión prejudicial”. *La Ley Unión Europea*, (nº 20), pp. 5-14.
- Sánchez-Covisa Villa, J., (2008). “Ministerio Fiscal, extranjería e inmigración”, en M. Balado Ruiz Gallego. (Coord.). *Inmigración, Estado y Derecho. Perspectivas desde el siglo XXI*. (pp.377-402). Barcelona: Bosch.
- Sánchez Legido, Á., (2019). *Controles Migratorios y Derechos humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 23-30, 156-164.
- Sánchez-Molina, P. (2015/2016). “Margen de apreciación nacional (en los sistemas de protección internacional de los derechos humanos)”. *Eunomía Revista en Cultura de la Legalidad*. (nº 9), pp. 224-231.
- Sánchez Morón, M. (1982). “El derecho a la tutela efectiva como límite a la ejecutividad de los actos administrativos”. *REDA*, (nº 35), pp. 669-673.
- Sánchez Morón, M., (2010). “Legalidad y sometimiento a la Ley y al Derecho”, en J. A. Santamaría Pastor. (Dir.). *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*. (pp. 55-72). Madrid: La Ley.
- Sánchez Muñoz, Ó., (2019). “El derecho a un tribunal independiente e imparcial”, en F. J. Matia Portilla & L. E. Delgado Del Rincón (Dir.), *Las problemáticas dimensiones del derecho al proceso debido en España a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, (pp. 19-61). Valencia: Tirant lo Blanch.

- Sánchez Tomás, J. M., (2015). *Las Estrategias de Defensa en las Vistas de Internamiento. Medidas cautelarisimas*. Conferencia impartida en ICAV, 21-04-2015. Valencia: ICAV.
- Sánchez Tomás, J. M., (2015). “Sobre la retirada del pasaporte de ciudadanos extranjeros en España”. Informe realizado en el marco del Proyecto I+D+i IUSMIGRANTE (DER 2011-26449). Madrid: España.
- Sánchez Tomás, J. M., (2018). “Las «devoluciones en caliente» en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH, AS. N.D. y N.T. vs España, de 03.10.2017)”. *REDE*, (nº 65), pp. 101-135.
- Sandoval Mantilla, A., (2015). *Estándares de las medidas provisionales en la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Colección Sistema Interamericano de Derechos Humanos. México: CNDH, pp. 41-42.
- San Martín Ontoria, A. B., (2016). “Derecho a un recurso efectivo y con efecto de suspensión automática en el ámbito del TEDH”, en A. Pastor Palomar, *Temas relevantes de Derecho Internacional Público ante la jurisdicción contencioso-administrativa*. (pp. 87-96), Madrid: Ministerio de Justicia.
- Santamaría Pastor, J. A., (2010). *La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Comentario*. Madrid: Iustel, pp. 813-814, 1185-119, 1262, 1271-1277, 1295-1298, 1314 y ss.
- Santamaría Pastor, J. A., (2015). “Los Proyectos de Ley del Procedimiento Administrativo Común de Las Administraciones Públicas y de Régimen Jurídico del Sector Público: Una Primera Evaluación”. *DA*, Nueva Época. (nº 2), <http://dx.doi.org>, recuperado 05-02-2018.
- Santamaría Pastor, J. A., (2015). “Una primera aproximación al nuevo sistema casacional”. *RAP*, (nº 198), pp. 11-42.
- Santaolalla López, F., (1992). “Exposiciones de Motivos de las Leyes: Motivos para su eliminación”. *REDC*, (nº 33), pp. 47-64.
- Santiago A., (2013), “El principio de subsidiariedad, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. Sesión privada del Instituto de Política Constitucional. Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, pp. 441-455. Buenos Aires.
- Santos Pérez, M. L., (2019). “¿Da el Estado la medida en el tratamiento del problema de los extranjeros indocumentados? Algunas consideraciones sobre los centros de internamiento desde el punto de vista de la justificación de la pena”, en VV.AA. Á Solanes Corella. (Dir.). *Discriminación, racismo y relaciones interculturales*. (241-261). Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Santolaya Machetti, P., (2004), *El derecho a la vida familiar de los extranjeros*. Valencia: Tirant lo Blanch. pp. 16-27.
- Santolaya Machetti, P., & Díaz Ricci, S., (2012). “Los derechos económicos, sociales y culturales y la protección de grupos vulnerables”, en F. J. García Roca, P. A. Fernández Sánchez, P. Santolaya Machetti & R. Canosa Usera. (Eds.) *El diálogo entre los Sistemas Europeo y americano de Derechos Humanos*. (pp. 274 y ss.) Cizur Menor: Civitas/Thomson Reuters.

- Santolaya Machetti, P., (2013). “La apertura de las Constituciones a su interpretación conforme a los tratados internacionales”, en E. Ferrer Mac-Gregor, A. Herrera García. (Coords.). *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos: entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. (pp. 447-456). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Santolaya Machetti, P., (2014). “El derecho a la vida privada y familiar (un contenido notablemente ampliado del derecho a la intimidad)”, en P. Santolaya Machetti & F. J. García Roca. *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos* (3ª Ed., pp. 429-450). Madrid: CEPC.
- Sanz Caballero, S., (2013). “Obligaciones positivas del Estado (en derecho internacional público y derecho europeo)”, en M. I. Álvarez Ledesma & R. Cippitani. (Coords.). *Diccionario analítico de derechos humanos e integración jurídica*. (pp. 466-474). Roma: Perugia, Istituto per gli Studi Economici e Giuridici, Università degli Studi di Perugia. México: D. F., Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey.
- Sanz Caballero S., (2014).” El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su respuesta al reto de la Transexualidad: Historia de un Cambio de criterio”. *American University International Law Review*, 4 (nº 29), 831-868.
- Sanz Gandásegui, F., (1995). “¿Medidas provisionálísimas en el proceso contencioso administrativo? (Comentario a los Autos del Tribunal Supremo de 2 y 19 de noviembre de 1993)”. *RAP*, (nº 138), pp. 183-201.
- Sapag, M. A., (2008). “El principio de proporcionalidad y el de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: Un estudio comparado”. *Dikaion: Revista de fundamentación jurídica*. (nº 17), pp. 157-198.
- Sarrión Esteve, J., (2014). “Sobre la necesidad de buscar el estándar o nivel más alto de protección de los derechos fundamentales en el sistema multinivel de la Unión Europea”. *CEF Legal. Revista práctica de derecho*. (nº 162), pp. 155-184.
- Sarrión Esteve, J., (2017). *Lecciones Fundamentales de Derecho de La Unión Europea*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 111-133, 142-144.
- Sassen, S., (2015). *Expulsiones. Brutalidad y complejidad en la economía global*. (Stella Mastrangelo. Trad.). Buenos Aires: Katz Ed., pp. 23-95.
- Schmidt-Assmann, E., (2012). “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo”, en J. Barnés Vázquez, E. Schmidt-Assmann, A. Vosskuhle, R. Pitschas & J. L. Parejo Alfonso. *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*. (Vol. II, 2ª Ed. Capítulo I, pp. 21-140). Global Law Press, Derecho Global.
- Segura Abad, L., (2010). “Determinación de la edad en el caso de los extranjeros indocumentados”, en J. Ballesteros Martín. *Extranjería y cooperación judicial internacional*. Madrid: CISS, pp. 229-242.
- Sepúlveda Amor, B., (2013). *La Corte Internacional de Justicia y la protección de los derechos del individuo: el caso Avena*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, pp. 48-53.
- Serna Londoño, T., (2015). “El Caso Avena, diez años después: problemas relativos a la efectividad de las sentencias de la Corte Internacional de Justicia”. *CEI*

Internacional Affairs (nº 8). Colección trabajos de investigación del Master en diplomacia y función pública internacional.

- Simões de Almeida, C. S., (2015). *Familia a la Luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Lisboa: Juruá, pp. 77-80, 451-461.
- Sobrino Heredia, J. M., (1996). “La incidencia del Derecho comunitario sobre la facultad de los órganos jurisdiccionales nacionales de adoptar medidas cautelares de contenido positivo (comentario de la sentencia del TJCE de 9 de noviembre de 1995, 'Atlanta Fruchthandelsgesellschaft' y otras, C-465/93)”, *Revista de Instituciones Europeas*, (Vol. 23 nº 3) pp. 779-798.
- Solà Pardell, O., (2012.). *Desplazados medioambientales. Una nueva realidad. Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*. (nº 66), pp. 37-46.
- Solanes Corella, Á. (2016). “Un Análisis Crítico de los Centros de Internamiento de Extranjeros en España: normativa, realidad y alternativas”. *RTFD*, <https://www.rtfed.es>, (nº 19), pp. 37-76.
- Solanes Corella, Á., (2017). “Contra la normalización de la ilegalidad: la protección judicial de los extranjeros frente a las expulsiones colectivas y las devoluciones “en caliente”. *CEFD*. <https://doi.org/10.7203/CEFD.36.11269>, (nº 36), pp. 196-225.
- Solanes Corella, Á., (2018). “Derechos de los extranjeros en España”, en F. J. de Lucas Martín & J. M. Rodríguez Uribes. *Derechos humanos y constitución* (pp. 263-286). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Solanes Corella, Á. (2019). “La noción de honor y la violencia contra las mujeres”, en VV.AA. Á Solanes Corella. (Dir.). *Discriminación, racismo y relaciones interculturales*. (pp. 101-131). Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- Soler García, C., (2019). *Los límites a la expulsión de extranjeros ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, (pp. 171-176, 180-205, 229-464). Thomson Reuters Aranzadi.
- Soler García, C., (2019). “La prohibición de expulsión de extranjeros por motivos de salud: una evolución jurisprudencial *in melius* de los derechos humanos”. *Ordine internazionale e diritti umani*, Sapienza, Universidad di Roma-Intercenter-Universidad di Messina, pp. 776-800.
- Souvirón Morenilla, J. M., (2011). “Sentido y Alcance de Derecho a una Buena Administración”, en C. M. Ávila Rodríguez & F. Gutiérrez Rodríguez. (Coords.). *El derecho a una buena administración y la ética pública*. (pp. 225-238). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Suay Rincón, J., (1986). “Una resolución novedosa en materia de medidas cautelares: Auto del Tribunal Supremo del 12 de marzo de 1984”. *REDA*, (nº50), pp. 265-268
- Suárez Llanos, M. L., (2013). “¿Por qué no derechos si son sociales?: Estado de Derecho, derechos sociales y vulnerabilidad técnica”, en N. Martínez Morán, A. M. Marcos del Cano & R. Junquera de Estéfani (Coords.), *Derechos humanos: problemas actuales: estudios en homenaje al profesor Benito de Castro Cid*, (Vol. I, pp. 783-816). Madrid: Editorial Universitas.

- Taboada García, A. M., (2008). “El servicio de guardia en el ámbito de lo contencioso-administrativo. Sombras sobre la legalidad del Reglamento 1/2005, de 15 de septiembre del Consejo General del Poder Judicial”. *Diario La Ley, Sección Doctrina*, (nº 7019). Wolters Kluwer, recuperado 28-1-2018.
- Tarabini-Castellani Aznar, M., (2002). *Reforma y contrarreforma de la ley de extranjería. (Análisis especial del trabajo de los extranjeros en España)*. (pp. 13-45). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Tardío Pato, J. A., (2004). “Las Medidas Provisionales en el Procedimiento Administrativo”. *Revista jurídica de Navarra* (nº 38), pp. 113-130.
- Taylor, C., (2009). “La política del reconocimiento”, en VV.AA. C. Taylor. *El multiculturalismo y “la política del reconocimiento”*. (2ª Ed. M. Utrilla De Neira, L. Andrade Llanas, G. Vilar Roca, Trads.). México: Fondo de Cultura Económica, pp. 53-108.
- Terrero Chacón, J. L., (2006). “Medidas cautelares”, en E. Arnaldo Alcubilla, & R. Fernández Valverde. (Dir.). *Jurisdicción Contencioso-Administrativa, (Comentarios a la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa)*. (2ª Ed. pp.1079 a 1135). Madrid: La Ley.
- Teso Gamella, M. P., (1999). “Medidas cautelares y Derecho sancionador”, en M. Campos Sánchez-Bordona. (Dir.). *Medidas cautelares en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. (pp. 183-212). Madrid: CGPJ.
- Teso Gamella, M. P., (2007). *Medidas Cautelares en la Justicia Administrativa*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 33-43 y 201-225.
- Thomas Andreu, G., (1994). “La intervención del Juez Penal en el internamiento preventivo de extranjero. La autorización judicial para expulsar extranjeros encartados en determinados delitos y la expulsión como sustitutiva en cumplimiento de penas impuestas en sentencia firme”. *Cuadernos de Derecho Judicial-Extranjeros*, (nº 37), 86-97.
- Tomé García, J., (2006). *Intervención de juez penal en la expulsión de extranjeros*, Madrid: Colex, pp. 39-41.
- Tomé García, J., (2014). *Internamiento preventivo de extranjeros conforme al nuevo reglamento de los CIE*. Madrid: Colex. pp. 65-85, 102-104, 123-142, 164-171, 193-194, 201-286.
- Tornos Mas, J., (1999). “La tutela cautelar en sectores específicos del Derecho Público: extranjería, materia tributaria, función pública”, en M. Campos Sánchez-Bordona. (Dir.). *Medidas cautelares en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Cuadernos de Derecho Judicial*, (pp. 213-253). Madrid: CGPJ.
- Torre Cuadrada García-Lozano, S., (2000). “La Indicación de medidas cautelares por la Corte Internacional de Justicia: el asunto Breard (Paraguay c. Estados Unidos)”. *Themis: Revista de Derecho*, (nº 40), pp. 277-287.
- Torre Cuadrada García-Lozano, S., (2004). “La sentencia de la Corte Internacional de Justicia del 27 de junio de 2001, en el caso LaGrand”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. (nº 109), <http://dx.doi.org/10.22201/24484873/2004.109>, pp. 207-260, recuperado 27-11-2017.

- Torres Rodríguez, O. E., (2019). “Comentario a la Sentencia del TJUE de 4 de octubre de 2018, Comisión/Francia. La interpretación del Derecho de la Unión Europea por los órganos jurisdiccionales nacionales y el incumplimiento de la obligación de reenvío prejudicial”. *RGDE*, (nº. 47), pp. 176-202.
- Triguero Martínez, L. Á., (2009). “La Nueva Reforma de la Ley Orgánica 4/2000 Sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros y su Integración Social: Notas Claves para su comprensión”. *Revista de Estudios Jurídicos*. (nº 9), pp. 347-362.
- Ugartemendia Eceizabarrena, J. I., (2019). “Puntos de incidencia de la cuestión prejudicial en el orden contencioso-administrativo”, en R. Alonso García & J. I. Ugartemendia Eceizabarrena, (Dir.) *La incidencia del Derecho de la Unión Europea en la jurisdicción contencioso-administrativa. European Inklings* (EUI), nº 20. IVAP, pp. 204-222.
- Urbaneja Cillán, J. (2016) “Movimientos migratorios y seguridad internacional, en especial, la compleja posición de la Unión Europea ante la crisis migratoria”. Pliegos de Yuste: *Revista de cultura, ciencia y pensamiento europeo*, (nº 17), pp. 139-150.
- Urbina Treviño, G., (2015). “El TJUE rechaza el proyecto de acuerdo de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos: Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia (Pleno), de 18 de diciembre de 2014”. *Revista Unión Europea Aranzadi*. (nº 8-9), pp. 51-66.
- Uría Gavilán, E., (2018). *La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Barcelona: Bosch, pp. 31-33, 72-80, 116-148, 175-201, 283-285, 315-382.
- Valdés Dal-Ré, F., (2018). “Las expulsiones colectivas de extranjeros: su tratamiento en el ordenamiento internacional y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Derecho de las Relaciones Laborales* (nº 4), pp. 357-365.
- Vaquero Caballería, M., (2020). “Los procedimientos impugnatorios: recursos administrativos y otras formas de resolución de controversias con la administración. Un ensayo de reconstrucción”, en L. Parejo Alfonso & M. Vaquer Caballería, (Dir.) *Estudios sobre el procedimiento administrativo II Tipos de procedimientos* (pp. 501-574). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Vaqué Rafart, J., (2015). “Epidemiología general de las enfermedades transmisibles”, en J. Fernández-Crehuet Navajas (et al Dir.). *Medicina Preventiva y Salud Pública* (12ª Ed., pp. 495-514). Barcelona: Elsevier.
- Vargas Gómez-Urrutia, M., (2020). “Una clasificación de las salvaguardias que a la luz de la jurisprudencia del TEDH preservan la unidad familiar en el derecho a la reagrupación familiar”, en F. J. Matia Portilla & G. López De La Fuente, *De la Intimidación a la Vida Privada y Familiar. Un derecho en construcción*. (283-312). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Vattimo, G., (2004). *Nihilismo y emancipación. Ética, política, derecho*, (C. Revilla, Trad.). Barcelona: Paidós, p. 161.
- Vecina Cifuentes, J., (1995). “La trascendencia del *fumus boni iuris* como presupuesto de las medidas cautelares. Especial consideración a los procesos administrativo y

- constitucional. (A propósito del Auto del Tribunal Constitucional de 1 de diciembre de 1993)”. *Revista de Derecho Procesal*, (nº 1), pp. 259-288.
- Vecchio, F., (2015), *Primacía del derecho europeo y salvaguarda de las identidades constitucionales: Consecuencias asimétricas de la europeización de los contralímites*. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, pp. 31-44, 69-88, 96-113, 119-123, 223-226.
- Viciano Pastor, R., (2002). “Los derechos sociales y culturales conforme al derecho internacional”, en J. L. Monereo Pérez, C. Molina Navarrete & M. N. Moreno Vida, (Coords). *Comentario de la constitución-socioeconómica de España*. (pp. 177-201). Granada: Comares.
- Vidal Fernández, B., (1997). “El proceso cautelar del ordenamiento jurídico europeo: el référé comunitario”. *Revista del Poder Judicial*, (nº. 45), pp. 305-338.
- Vidal Fueyo, M. C., (2001). “La nueva Ley de Extranjería a la luz del texto constitucional”. *REDC*, (nº 21), pp. 179-220.
- Vidal Fueyo, M. C., (2006). “La sentencia del Tribunal Constitucional 72/2005, de 4 de abril, en materia de libertad de entrada y residencia de los extranjeros en España”. *Teoría y realidad constitucional*. (nº 18), pp. 429-444.
- Vidal Fueyo, M. C., (2008). “El régimen jurídico constitucional de los extranjeros en España”, en J. Alberdi Bidaguren & J. Goizueta Vértiz. (Coords.). *Algunos retos de la inmigración en el siglo XXI*, (pp. 63-78), Madrid: Marcial Pons.
- Vidal Fueyo, M. C., (2009). “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales de los extranjeros a la luz de la STC 236/2007”. *REDC*, (nº 85), pp. 353-379.
- Vidal Vega, J. M., (2016). “Medidas Cautelares de Urgencia en el Proceso Contencioso Administrativo Colombiano- Ley 1437 de 2011”. Universidad La Gran Colombia, repository. www.ugc.edu.co, recuperado 27-11-2017.
- Villagómez Cebrián M., (2001) “Las medidas cautelares”, en F. M. Mariño Menéndez, V. Moreno Catena, & C. J. Moreira González, (Dir.) *Derecho Procesal Comunitario*, (pp. 288-293). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Villalbí, R. J., Cusí M., Caylà A. J., Durán J. & Guix J., (2007). “El ejercicio de la autoridad sanitaria: los principios, lo reglamentado y la incertidumbre”. *Gaceta Sanitaria* (nº 21), pp. 172-175.
- Villalbí, R. J., Rodríguez-Campos, M., Orcau, À, (et al). (2016). “La hospitalización terapéutica obligatoria en el control de la tuberculosis”. *Gaceta Sanitaria*, 30 (nº 2), pp. 144-147.
- Villán Durán, C., (2003) “Los derechos humanos ante la epidemia del SIDA”, en F. Gómez Isa J. M. Pureza (Coord.). *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*. (pp. 765-800) Bilbao: Universidad de Deusto.
- Villán Durán, C., & Faleh Pérez, C., (2017). *El sistema universal de protección de los Derechos Humanos su aplicación en España*. Madrid: Tecnos, pp. 7-35, 81-110.
- Villar Fuentes M. I., (2013). “Motivos graves de orden público, una excepción a la protección reforzada contra la expulsión de ciudadanos comunitarios con 10 años

- de residencia en el Estado de acogida”. *Revista Internacional Doctrina y Jurisprudencia*. (Vol. 4), <http://hdl.handle.net>, recuperado 26-07-2018.
- Villar Palasí, J. L., (2001). *Técnicas remotas del Derecho administrativo*. Madrid: INAP, p. 12.
- Villaverde Menéndez, I., (2004) “El régimen jurídico constitucional de la detención e internamiento de los extranjeros con ocasión de su expulsión del Estado”, en M. Á. Presno Linera. (Coord.). *Extranjería e inmigración: aspectos jurídicos y socioeconómicos*. (pp. 147-197). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Villegas Delgado, C., (2020). “La Corte Internacional de Justicia y la paulatina humanización del Derecho Consular: De Breard a Jadhav” *ReEI*, (nº 39), <http://www.reei.org/10.17103/reei.39.04>, recuperado 11-06-2020.
- Vitale, E., (2006). *Ius migrandi figuras de errantes a este lado de la cosmópolis*. (P. Dal’Bon, & I. Fernández Giua, Trads.). Barcelona: Melusina, pp. 5-14, 27, 63 y ss., 258-259.
- Wolffhardt, A., Conte, C., & Huddleston, T., (2019). *The European benchmark for refugee integration: a comparative analysis of the national integration evaluation mechanism in 14 EU countris*. Brussels: Migration Policy Group and in Warsaw by Institute of Public Affairs.
- Xiol Ríos, J. A., (1992). “Consideración de algunos aspectos del proceso administrativo como respuesta a los fenómenos de masificación social: la legitimación, la limitación de las instancias, el tratamiento en serie de los recursos y los efectos de la sentencia”, *Jurisdicción contencioso-administrativa: aspectos procesales, Cuadernos de derecho judicial*. Madrid: CGPJ, pp. 147 y 148.
- Xiol Ríos, J. A., (2013). “El diálogo judicial”. VV.AA. *Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales: XVIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. (pp. 11-56). Madrid: CEPC.
- Zarraluqui Sánchez-Ezarrriaga, L., (2013). “La defensa de los menores y el fiscal”. *Revista de Derecho de Familia. El Derecho*, nº 9, pp. 4-15.

INDICE DE JURISRUDENCIA UTILIZADA.

SENTENCIAS DEL TEDHH.

- STEDH Sala de 17-01-1970, asunto Delcourt c. Bélgica, nº 2689/65.
- STEDH, Pleno de 21-02-1975, asunto Goldberg c. el Reino Unido, nº 4454/70.
- STEDH, Pleno de 6-09-1978, asunto Klass y otros c. Alemania, nº 5029/71.
- STEDH, Pleno de 13-06-1979, asunto C. Marckx. c. Bélgica, nº 6833/74.
- STEDH, Sala de 9-10-1979, asunto Airey c. Irlanda, nº 6289/73.
- STEDH, Sala de 24-10-1979, asunto Winterwerp c. Países Bajos, nº 6301/73.
- STEDH, Pleno de 22-10-1981, asunto Dudgeon c. Reino Unido, nº 7525/76.
- STEDH, Sala de 5-11-1981, asunto X c. Reino Unido, nº 7215/1975.
- STEDH Sala del de 1-10-1982 asunto Piersack c. Bélgica, nº 8692/79.
- STEDH, Sala de 10-07-1984, asunto Guincho c. Portugal, nº 8990/80.
- STEDH Sala de 26-10-1984, asunto De Cubber c. Bélgica, nº 9186/80.
- STEDH, Sala de 8-05-1985, asunto Ashingdane c. Reino Unido, nº 8225/78.
- STEDH, Pleno de 28-05-1985, asunto Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido, nº 9214/80, 9473/80, 9474/81.
- STEDH, Pleno de 18-12-1986, asunto Johnston y otros c. Irlanda, nº 9697/82
- STEDH, Sala de 26-03-1987, asunto Leander c. Suecia, nº 9248/1981
- STEDH, Sala de 23-04-1987, asunto Erkner y Hofaver c. Austria, nº 9616/81.
- STEDH, Sala de 18-12-1986, asunto Bozano c. Francia, nº 9990/82,
- STEDH, Sala de 21-06-1988, asunto Berrehab c. países Bajos, nº 10730/84.
- STEDH, Pleno, de 24-05-1989 asunto Hauschildt C. Dinamarca, nº 10486/83. 48-53
- STEDH, Pleno de 7-07-1989, asunto Soering c. Reino Unido, nº 14038/88.
- STEDH, Sala de 22-05-1990, Weber c. Suiza, nº 11034/1984.
- STEDH, Sala de 18-02-1991, asunto Moustaquim c. Bélgica, nº 12313/86.
- STEDH, Pleno de 20-03-1991, asunto De Cruz Varas y Otros c. Suecia nº 15576/89.
- STEDH, Sala de 30-10-1991 asunto Vilvarajah y Otros c. Reino Unido nº 13163/87 13164/87 13165/87.
- STEDH, Sala de 26-03-1992, asunto Beldjoudi c. Francia, nº 12083/86.
- STEDH, Sala de 16-12-1992, asunto Niemietz c. Alemania, nº 13710/88.
- STEDH, Sala de 22-02-1994, asunto Burghartz c. Suiza, nº 16213/90.
- STEDH, Sala de 13-07-1995, asunto Nasri c. Francia nº 19465/1992.
- STEDH, Sala de 19-02-1996, asunto Gül c. Suiza, nº 23218/94.
- STEDH, Sala de 24-04-1996, asunto Boughanemi c. Francia, nº 22070/93.
- STEDH, Sala 7-08-1996 asunto Johansen c. Noruega, nº 17383/90.

STEDH, Sala 7-08-1996 asunto Chorfi c. Bélgica, nº 21794/93.

STEDH, GS de 15-11-1996, asunto Chahal c. Reino Unido, nº 22414/93.

STEDH, Sala de 28-11-1996, asunto Ahmut c. Países Bajos, nº 21702/93.

STEDH, Sala de 17-12-1996, asunto Ahmed c. Austria, nº 25964/94.

STEDH, Sala de 29-01-1997, asunto Bouchelika c. Francia, nº 23078/93.

STEDH, Sala de 19-02-1997, asunto Laskey, Jaggard y Brown c. Reino Unido, nº 21627/93, 21826/93, 21974/93.

STEDH, GS de 29-04-1997, asunto H. L. R. c. Francia, nº 24573/94.

STEDH, Sala de 2-05-1997, asunto D. c. Reino Unido, nº 30240/96.

STEDH, Sala 26-09-1997, asunto Mehemi c. Francia, nº 25017/1994.

STEDH, Sala 26-09-1997, asunto El Boujaïdi c. Francia, nº 25613/1994.

STEDH, Sala de 21-10-1997, asunto Boujlifa c. Francia, nº 25404/94.

STEDH, Sala de 24-11-1997, asunto Werner c. Austria, nº 21835/93. El TEDH.

STEDH, Sala de 19-02-1998, asunto Dalia c. Francia, nº 26102/95.

STEDH, Sala de 24-02-1998, asunto Botta c. Italia, nº 21439/93.

STEDH, GS de 30-07-1998, asunto Sheffield y Horsham c. Reino Unido, nº 22985/93, 23390/94.

STEDH, Sala de 7-09-1998, asunto B. B. c. Francia, nº 30930/96.

STEDH, GS de 18-02-1999, asunto Matthews c. Reino Unido, nº 24833/94.

STEDH, GS de 8-07-1999, asunto Çakici c. Turquía, nº 23657/94.

STEDH, Sec. 3ª de 30-11-1999, asunto Baghli c. Francia, nº 34374/97.

STEDH, Sec. 4ª de 25-01-2000, asunto Miragall Escolano y otros c. España, nº 38366/97, 38688/97, 40777/98. 40843/98, 41015/98, 4140098. 41446/98, 41484/98, 41487/98 y 41509/98.

STEDH, GS de 04-05-2000, asunto Rotaru c. Rumania nº 28341/95.

STEDH, Sec. 3ª de 12-05-2000, asunto Khan c. Reino Unido, nº 35394/97.

STEDH, Sec. 1ª de 11-07-2000, asunto Ciliz c. Países Bajos, nº 29192/95.

STEDH, Sec. 4ª de 11-07-2000, asunto Jabari c. Turquía, nº 40035/98.

STEDH, GS de 5-10-2000, asunto Maaouia c. Francia, nº 39652/1998.

STEDH, GS de 26-10-2000, asunto Kudła c. Polonia, nº 30210/96.

STEDH, Sec. 3ª de 6-02-2001, asunto Bensaid c. Reino Unido, nº 44599/98.

STEDH, Sec. 3ª de 13-02-2001, asunto Ezzouhdi c. Francia, nº 47160/1999.

STEDH, Sec. 3ª, de 6-03-2001, asunto Dougoz c. Grecia, nº 40907/98,

STEDH, Sec. 3ª de 6-03-2001, asunto Hilal c. Reino Unido, nº 45276/99.

STEDH, GS de 10-05-2001, asunto Chipre c. Turquía, nº 25781/94.

TEDH, Sec. 2ª de 02-08-2001, asunto Boultif c. Suiza, nº 54273/2000.

STEDH, Sec. 3ª de 17-10-2001, asunto Association Ekin c. Francia, nº 39288/98.

STEDH, Sec. 1ª de 21-12-2001, asunto Sen c. Países Bajos, nº 31465/96.

STEDH, Sec. 3ª de 5-02-2002, asunto Čonka c. Bélgica, nº 51564/99.

STEDH, GS, de 11-07-2002, asunto I c. Reino Unido, nº 25680/94.

STEDH, Sec. 1ª de 11-07-2002, asunto Amrollahi c. Dinamarca, nº 56811/00.

STEDH, Sec. 4ª de 25-07-2002, asunto Perote Pellón c. España, nº 45238/99.

STEDH, Sec. 3º de 6-02-2003, asunto Jakupovic c. Austria, nº 36757/97.

STEDH, Sec. 1ª de 12-03-2003, asunto Ocalan c. Turquía 46221/99.

STEDH, Sec. 3º de 17-04-2003, asunto Yilmaz c. Alemania, nº 52853/99.

STEDH, Sec. 3ª de 15-07-2003, asunto Benhebba c. Francia, nº 53441/99

STEDH, Sec. 3ª de 31-07-2003, asunto Doran c. Irlanda, nº 50389/99.

STEDH, GS de 09-10-2003, asunto Slivenko c. Letonia nº 48321/99.

STEDH, Sec. 4ª de 28-10-2003, asunto Stone Court Shipping Company, S. A. c. España nº 55524/00.

STEDH, Sec. 1ª de 22-04-2004, asunto Radovanovic, c. Austria nº 42703/98.

STEDH, Sec. 1ª de 3-06-2004, asunto Bati y otros c Turquía, nº 33097/96 y 57834/00.

STEDH, GS de 8-07-2004, asunto Ilascu y otros c. Moldavia y Rusia, nº 48787/99.

STEDH, Sec. 2ª 25-01-2005, asunto Enhorn c. Suecia, nº 56529/00.

STEDH, Sec. 2ª de 25-01-2005, asunto Singh c. República Checa, nº 60538/00

STEDH, GS de 04-02-2005, asunto Mamatkulov y Askarov c. Turquía nº 46827/99, 46951/99.

STEDH, Sec. 3ª de 17-03-2005, asunto Bubbins c. Reino Unido, nº 50196/99.

STEDH, Sec. 2ª de 12-04-2005, asunto Shamayev y otros c. Georgia y Rusia, nº 36378/02.

STEDH, Sec. 1ª de 16-06-2005, asunto Sisojeva y otros c. Letonia nº 60654/00.

STEDH, GS de 30-06-2005, asunto Bosphorus Hava Yollary Turzim ve Ticaret Aonim Sirketti c. Irlanda, nº 45036/98.

STEDH, Sec. 2ª de 26-07-2005, asunto Siliadin c. Francia, nº 73316/01.

STEDH, Sec. 4ª de 26-07-2005, asunto N. c. Finlandia, nº 38885/02.

STEDH, GS de 15-12-2005, asunto Kyprianou c. Chipre, nº 73797/01.

STEDH, Sec. 4ª de 17-01-2006, asunto Aoulmi c. Francia, nº 50278/99.

STEDH, Sec. 2ª 31-01-2006, asunto Rodríguez Da Silva y Hoogkamer c. Países Bajos, nº 50435/99.

STEDH, Sec. 2ª 17-04-2006, asunto Aristimuño Mendizábal c. Francia, nº 51431/99.

STEDH, Sec. 3ª 08-06-2006, asunto Lupsa c. Rumania, nº 10337/2004.

STEDH, Sec. 4ª de 27-06-2006, asunto Saygill y Seyman c. Turquía; nº 51041/99.

STEDH, Sec. 5ª de 10-08-2006, asunto Olaechea Cahuas c. España nº 24668/2003.

STEDH, Sec. 3ª de 12-10-2006, asunto Kaya c. Rumania, nº 33970/05.

STEDH, Sec. 1ª de 12-10-2006, asunto Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Belgica, nº 13178/03.

STEDH, GS de 18-10-2006, Üner c. Países Bajos nº 46410/1999.

STEDH, Sec. 3ª de 11-01-2007, asunto Salah Sheekh, c. Países Bajos, nº 1948/04.

STEDH, Sec. 3ª de 15-02-2007, asunto Boldea c. Rumania, nº 19997/02.

STEDH, Sec. 1ª de 22-03-2007, asunto Maslov c. Austria, nº 1638/2003.

STEDH, Sec. 2ª de 26-4-2007, asunto Gebremedhin c. Francia nº 25389/05.

STEDH, Sec. 1ª de 10-05-2007, asunto John c. Grecia, nº 199/05.

STEDH, Sec. 3ª de 20-09-2007, asunto Sultani c. Francia, nº 45223/05.

STEDH, GS de 07-12-2007, asunto Kaftailova c. Letonia nº 59643/00.

STEDH, Sec. 1ª de 24-01-2008, asunto Riad e Idiab c. Bélgica, nº 29787/03, 29810/03. 628973.

STEDH, GS de 29-01-2008, asunto Saadi c. Reino Unido, nº 13229/03.

STEDH, GS de 28-2-2008, asunto Saadi c. Italia, nº 37201/06.

STEDH, Sec. 1ª de 27-03-2008, asunto Shtukaturrov c. Rusia, nº 44009/05.

STEDH, Sec. 4ª de 8-04-2008, asunto Nnyanzi c. Reino Unido, nº 21878/06.

STEDH, GS de 27-05-2008, asunto N. c. Reino Unido, nº 26565/2005.

STEDH, Sec. 1ª de 12-06-2008, asunto Kofsaftis c. Grecia, nº 39780/06.

STEDH, GS de 23-06-2008, asunto Maslov c. Austria, nº 1638/03.

STEDH, Sec. 2ª de 16-12-2008, asunto Gulijev c. Lituania, nº 10425/03.

STEDH, Sec. 5ª de 18-12-2008, asunto Saviny c. Ucrania, nº 39948/06.

STEDH, Sec. 4ª de 8-01-2009, asunto Joseph Grant c. Reino Unido, nº 10606/07.

STEDH, Sec. 4ª de 17-02-2009, asunto Onur c. Reino Unido, nº 27319/07.

STEDH, GS de 19-02-2009, asunto A. y otros c. Reino Unido, nº 3455/05.

STEDH, GS de 10-03-2009, asunto Paladi c. Moldavia, nº 39806/05.

STEDH, Sec. 2ª de 5-05-2009, asunto Selle c. Italia, nº 12584/08.

STEDH, Sec. 5ª de 2-07-2009, asunto Ignatov c. Bulgaria, nº 50/02.

STEDH, Sec. 4ª de 24-11-2009, asunto Omojudi c. Reino Unido, nº 1820/08.

STEDH, Sec. 5ª de 26-11-2009, asunto Gochev c. Bulgaria, nº 34383/03.

STEDH, Sec. 5ª de 3-12-2009, asunto Daoudi c. Francia, nº 19576/08.

STEDH, GS, de 15-12-2009, asunto Micallef c. Malta nº 17056/06

STEDH, Sec. 4ª de 12-01-2010, asunto Khan A.W. c. Reino Unido, nº 47486/06.

STEDH, Sec. 1ª de 11-02-2010, asunto Zakayev y Safanova c. Rusia, nº 11870/03.

STEDH, Sec. 1ª de 11-02-2010, asunto Raza c. Bulgaria, nº 31465/08.

STEDH, Sec. 2ª de 19-01-2010, asunto Muskhadzhiyeva y otros c. Bélgica, nº 41442/07.

STEDH, Sec. 4ª de 2-03-2010, asunto Al-Saadoon y Mufdhi c. Reino Unido, nº 61498/08.

STEDH, Sec. 2ª de 13-04-2010, asunto Ranjbar y otros c. Turquía, nº 37040/07.

STEDH, Sec. 4ª 15-06-2010, asunto S.H. c. Reino Unido, nº 19956/06.

STEDH, Sec. 1ª de 17-06-2010, asunto Kolesnik c. Rusia, nº 26876/08.

STEDH, Sec. 1ª de 29-06-2010, asunto Shchukin y otros c. Chipre, nº 14030/03.

STEDH, Sec. 2ª de 6-07-2010, Užkauskas c. Lituania, nº 16965/04.

STEDH, Sec. 3ª de 13-07-2010, asunto Ahmed c. Rumania, nº 34621/03.

STEDH, Sec. 3ª de 20-07-2010, asunto N. c. Suecia, nº 23505/09.

STEDH, GS, de 21-01-2011, M.S.S. c. Bélgica y Grecia, nº 30696/09.

STEDH, Sec. 1ª de 5-04-2011, asunto Rahimi c. Grecia, nº 8687/08.

STEDH, Sec. 4ª, de 21-06-2011, asunto Ponomaryovi c. Bulgaria, nº 5335/05.

STEDH, Sec. 1ª, de 21-06-2011, asunto Efremidze c. Grecia, nº 33225/08.

STEDH, Sec. 4ª, de 12-7-2011, asunto Baltaji c. Bulgaria, nº 12919/04.

STEDH, Sec. 1ª, de 26-07-2011, asunto Liu c. Rusia, nº 29157/09.

STEDH, Sec. 4ª, de 26-07-2011, asunto M. y otros c. Bulgaria, nº 41416/08.

STEDH, Sec. 2ª de 20-09-2011, asunto Ullens De Schoo y rezabek c. Belgica, nº 3989/07-38353/07.

STEDH, Sec. 1ª, de 27-09-2011, asunto Alim c. Rusia, nº 39417/07.

STEDH, Sec. 2ª, de 13-12-2011, asunto M Kanagaratnam c. Bélgica, nº 15297/09.

STEDH, Sec. 2ª, de 20-12-2011, asunto Yoh-Ekale Mwanje c. Bélgica, nº 10486/10.

STEDH, Sec. 1ª, de 17-1-2012, asunto Takush c. Grecia, nº 2853/2009.

STEDH, Sec. 5ª de 02-02-2012, asunto I.M c. Francia, nº 9152/09.

STEDH, Sec. 1ª de 14-02-2012, asunto Antwi y otros c. Noruega, nº 26940/10.

STEDH, GS de 23-02-2012, asunto Hirsi Jamaa y otros c. Italia nº 27765/09.

STEDH, Sec. 2ª de 27-03-2012, asunto Mannai c. Italia, nº 9961/10.

STEDH, GS 3-04-2012, asunto Boulois c. Luxemburgo, nº 37575/04.

STEDH, Sec. 3ª de 10-04-2012, asunto K.A.B. c. España, nº 59819/08.

STEDH, Sec. 4ª de 10-04-2012, asunto Balogun c. Reino Unido, nº 60286/09.

STEDH, Sec. 5ª de 15-05-2012, asunto Nacic y otros c. Suecia, nº 16567/10.

STEDH, Sec. 1ª de 3-7-2012, asunto Samsonnikov c. Estonia, nº 52178/10.

STEDH, Sec. 4ª de 24-09-2012, asunto Yordanova y otros c. Bulgaria, nº 25446/06.

STEDH, Sec. 2ª de 15-11-2012, asunto Shala c. Suiza, nº 52873/09.

STEDH, Sec. 5ª de 06-12-2012, asunto Michaud c. Francia nº 12323/11.

STEDH, GS de 13-12-2012, asunto Souza Ribeiro c. Francia, nº 22689/07.

STEDH GS, de 13-12-2012, asunto El-Masri c. Ex-República Yugoslavia De Macedonia, nº 39630/09.

STEDH, Sec. 2ª, de 8-01-2013, asunto Torreggiani y otros c. Italia, nº 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10, 37818/10.

STEDH, Sec. 5ª de 14-03-2013, asunto Salakhov y Islyamova c. Ucrania, nº 28005/08.

STEDH, Sec. 2ª de 2-04-2013, asunto Tarantino y otros c. Italia, nº 25851/09, 29284/09, 64090/09.

STEDH, Sec. 2ª de 16-04-2013, asunto Udeh c. Suiza, nº 12020/09.

STEDH, Sec. 1ª de 18-04-2013, asunto Fergadioti-Rizaki c. Grecia, nº 27353/09.

STEDH, Sec. 1ª de 18-04-2013, asunto Azimov c. Rusia, nº 67474/11.

STEDH, Sec. 1ª de 25-04-2013, asunto Savriddin Dzhurayev c. Rusia, nº 71386/10.

STEDH, Sec. 5ª 06-06-2013, asunto M.E c Francia nº 50094/10.

STEDH, Sec. 1ª de 11-7-2013, asunto Khlyustov c. Rusia., nº 28975/05.

STEDH, Sec. 5ª de 24-07-2014, asunto Brincat y otros c. Malta, nº 60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11, 62338/11.

STEDH, Sec. 2ª de 30-07-2013, asunto Polidario c. Suiza, nº 33169/10.

STEDH, Sec. 2ª de 8-04-2014, asunto Dhaahbi c. Italia, nº 17120/14.

STEDH, Sec. 3ª de 22-04-2014, asunto A.C y otros C. España, nº 6528/11.

STEDH, GS, de 3-07-2014, asunto Georgia c. Rusia (I), nº 13255/07.

STEDH, GS, de 16-07-2014, asunto Ališić y otros c. Bosnia y Herzegovina, Croacia, Serbia, Eslovenia y la antigua República Yugoslava de Macedonia, nº 60642/08.

STEDH, Sec. 5ª, 24-7-2014, asunto Brincat y otros c. Malta, nº 62338/11, nº 62312/11, nº 62110/11, nº 62129/11, nº 60908/11.

STEDH, GS, de 03-10-2014, asunto Jeunesse c. los Países Bajos, nº 12738/10.

STEDH, Sec. 1ª, de 17-10-2014, asunto Kim c. Rusia, nº 44260/13.

STEDH, Sec. 2ª, de 21-10-2014, asunto Sharifi y otros c. Italia y Grecia, nº 16643/09.

STEDH, GS, de 04-11-2014, Asunto Tarakhel c. Suiza, nº 29217/12.

STEDH, Sec. 1ª, de 27-11-2014, asunto Amirov c. Rusia, nº 51857/13.

STEDH, Sec. 1ª, de 4-12-2014, asunto Navalnyy y Yashin c. Rusia, nº 76204/11.

STEDH, Sec. 2ª, de 10-03-2015, asunto Varga y otros c Hungría, nº 14097/12, 45135/12, 73712/12, 34001/13, 44055/13, 64586/13.

STEDH, Sec. 4ª, de 21-7-2015, asunto K.F c. Chipre, nº 41858/10.

STEDH Sec. 2ª, de 1-9-2015, asunto Khlaifia y Otros c. Italia, nº 16483/12.
STEDH, Sec. 1ª, 05-11-2015, asunto A.Y. c Grecia nº 58399/11.
STEDH, Sec. 3ª, 01-03-2016, Affaire Kholmurodov c. Rusia, nº 58923/2014.
STEDH, Sec. 3ª, de 1-03-2016, asunto Andrey Lavrov, nº 66252/14.
STEDH, Sec. 1ª, de 15-03-2016, asunto Sh. D. y otros c. Grecia, nº 14165/16.
STEDH, GS, 23-03-2016, asunto F.G c. Suecia, nº 43611/2011.
STEDH, GS, de 23-5-2016, asunto Avotiņš c. Letonia, nº 17502/07.
STEDH, Sec. 3ª, de 5-07-2016, asunto A.M. c. Países Bajos, nº 29094/09.
STEDH, Sec. 3ª, de 4-10-2016 Klimov c. Rusia nº 54436/14.
STEDH, Sec. 3ª, de 4-10-2016, asunto Maylenskiy c. Rusia, nº 12646/15.
STEDH, Sec. 5ª, de 6-10-2016, asunto Pivovarnik c. Ucrania, nº 29070/15,
STEDH, GS, de 13-12-2016, asunto Paposhvili c. Bélgica, nº 41738/10.
STEDH, GS, de 15-12-2016, asunto Khlaifia y Otros c. Italia, nº 16483/2012.
STEDH, Sec. 3ª, de 20-12-2016, asunto Shioshvili y otros c. Rusia, nº 19356/07.
STEDH, Sec. 3ª, de 20-12-2016, asunto Berdzenishvili y otros c. Rusia, nº 14594/07.
14597/07, 14976/07, 14978/07, 15221/07, 16369/07, 16706/07
STEDH, Sec. 3ª de 14-02-2017, asunto S.K. c. Rusia, nº 52722/15.
STEDH, GS de 23-02-2017, asunto De Tommaso c. Italia, nº 43395/09.
STEDH, Sec. 3ª, de 3-10-2017, asunto N.D. y N.T. c. España, nº 8675/15, 8697/15.
STEDH, Sec. 5ª, 1-02-2018, asunto M.A c. Francia, nº 9373/15.
STEDH, Sec. 5ª, 1-04-2018, asunto A.S. c. Francia, nº 46240/15.
STEDH, Sec. 3ª de 24-04-2018, asunto Baydar c. Países Bajos, nº 55385/14.
STEDH Sec. 5ª, de 19-10-2018, asunto Lebois c. Bulgaria, nº 67482/14.
STEDH, Sec. 3ª, de 18-12-2018, asunto Saber y Boughassal c. España, nº 76550/13 y
45938/14.
STEDH, Sec. 5ª de 11-04-2019, asunto Harisch c. Alemania, nº 50053.
STEDH, GS de 21-11-2019, asunto Ilias y Ahmed c. Hungría nº 47287/15.
STEDH, GS, de 13-02-2020, asunto N.D. y N.T. c. España, nº 8675/15 y 8697/15.
STEDH, Sec. 3ª, de 17-11-2020, asunto B y C c. Suiza, nº 889/19 y 43987/16.
STEDH, Sec. 4ª, de 24-11-2020, asunto Unuane c. Reino Unido, nº 80343/17

DECISIONES DEL TEDH.

TEDH, Sec. 1ª, Decisión inadmisibilidad 15-2-2000, asunto SCC c. Suecia, nº 46553/99.
TEDH, Sec. 3ª, Decisión inadmisibilidad de 21-02-2002, asunto Schüssel c. Austria, nº 42409/1998.

TEDH, Sec. 2ª, Decisión inadmisibilidad de 24-6-2003, asunto Arcila Henao c. Países Bajos, nº 13669/03.

TEDH, Sec. 4ª, de inadmisibilidad de 22-06-2004, asunto Charles Ndangoya c. Suecia, nº 17868/03.

TEDH, Sec. 3ª, Decisión de inadmisibilidad de 25-11-2004, asunto Amegnigan c. Países Bajos, nº 25629/2004.

TEDH, Sec. 3ª, Decisión de archivo acuerdo amistoso de 17-03-2015, asunto G.V.A. c. España, nº 35765/14.

Solicitud al TEDH Sec. 1ª de 18-01-2017, asunto Ousainou Darboe y Moussa Camara c. Italia, nº 5797/17

COMITÉ EUROPEO DERECHOS SOCIALES.

DECISIONES.

Decisión de fondo, de 6-02-2007, sobre la Reclamación nº 30/2005 formulada por la Fundación Marangopoulos por los derechos humanos c. Grecia.

Decisión de fondo, de fecha 3-06-2008, sobre la Reclamación nº 41/2007 formulada Mental Disability Advocacy Center c. Bulgaria.

Decisión de fondo, de 20-10-2009, sobre la Reclamación nº 47/2008 formulada por Defence of Children International, DCI c. Países Bajos.

Decisión de fondo, de 25-06-2010, sobre la Reclamación nº 58/2009 formulada por Centre on Housing Rights and Evictions COHRE c. Italia.

Decisión de fondo, de 28-06-2011, sobre la Reclamación nº 63/2010 formulada por Centre on Housing Rights and Evictions COHRE c. Francia.

Decisión de fondo, de 11-09-2012, sobre la Reclamación nº 67/2011 formulada por Médecins du Monde – International c. Francia.

Decisión de fondo, de 23-10-2012, sobre la Reclamación nº 69/2011 formulada por Defence for Children – International, DCI c. Bélgica.

Decisión de fondo, de 24-01-2018, sobre Reclamación nº 114/2015 Comité europeo de acción especializada para el niño y la familia en su medio de vida, EUROCEF c. Francia.

SISTEMA INTERAMERICANO COIDH.

Resolución de la COIDH de 19-01-1994, caso Reggiardo Tolosa vs. Argentina, medidas provisionales solicitadas CIDH.

Resolución de la COIDH, de 26-05-2001, caso haitianos y dominicanos de origen Haitiano en la República Dominicana, medidas provisionales.

Resolución de la COIDH, de 6-09-2002, caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua, medidas provisionales.

Resolución de la COIDH, de 29-06-2005, caso de Eloisa Barrios y otros c. Venezuela, medidas provisionales.

Resolución de la COIDH de 1-07-2011, caso L.M c. Paraguay, medidas provisionales

Resolución de la COIDH de 27-04-2012, caso L.M c. Paraguay, levantamiento medidas provisionales.

Resolución de la COIDH de 23-02-2016, caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, medidas provisionales.

SCOIDH, caso Loayza Tamayo vs. Perú, de 17-09-1997.

SCOIDH, caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, de 31-08-2001.

SCOIDH, caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia de 1-07-2006.

SCOIDH, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile de 26-09-2006.

SCOIDH, caso La Cantuta vs. Perú, de 29-11-2006.

SCIDH, caso Boyce y otros c. Barbados, de 20-11-2007.

SCIDH, caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros). c. Perú, de 30-11-2007.

SCIDH, caso Perozo y otros vs. Venezuela, de 28-01-2009.

SCIDH, caso Ríos y otros vs. Venezuela, de 29-01-2009.

SCOIDH, caso Acevedo Buendía, de 1-7-2009.

SCOIDH, caso Vélez Loo vs. Panamá de 23-11-2010.

SCIDH, caso Fernández Ortega y otros, vs. México de 30-08-2010.

SCOIDH, caso Pueblo Indígena de Sarayaku vs. Ecuador, de 27-06-2012.

SCOIDH, caso familia Pacheco Tineo vs. Bolivia, de 25-11-20013.

SCOIDH, caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana, de 28-08-2014.

SCOIDH, caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala, de 30-11-2016,

COIDH, OC-16/99 de 1-10-1999. Solicitada por Los Estados Unidos Mexicanos. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal.

COIDH, OC-18/03 de 17-09-2003, Solicitada por Los Estados Unidos Mexicanos. “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”.

COIDH, OC-21/14, de 19-08-2014, Solicitada por los Estados de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay sobre derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional

COIDH, OC-23/17 de 15-11-2017 solicitada por la República de Colombia sobre medio ambiente y derechos humanos.

SENTENCIAS TJUE.

STJ, de 5-02-63, asunto Van Gend & Loos c. Administración Tributaria Países Bajos, C-26/62.

STJ, de 15-07-1964, asunto Flaminio Costa c. Enel, C-6/64.

STJ, de 17-12-1970, asunto Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, C-11/70.

STJ, de 14-05-1974, asunto J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung c. Comisión, C-4/73.

STJ, de 4-12-1974, asunto Van Duyn c. Home Office, C-41/74.

STJ, de 26-02-1975, asunto Carmelo Angelo Bonsignore c. Oberstadtdirektor der Stadt Köln. C-67/74.

STJ, de 28-10-1975, asunto Rutili c. Ministre de l'intérieur, C-36/75.

STJUE de 27-10-1977, asunto Regina c. Boucherau, C-30/77

STJ, de 9-03-1978, asunto Amministrazione delle Finanze dello Stato c. SpA Simmenthal, C-106/77.

STJ, de 13-02-1979, asunto Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Comisión, C-85/76.

STJ, de 13-12-1979, asunto Liselotte Hauer c. Land Rheinland-Pfalz., C-44/79.

STJ, de 5-03-1980, asunto Josette Pecaistaing c. Estado Belga, C-98/79.

STJ, de 5-03-1980, asunto Salonia c. Italia, C-126/80.

STJ, de 6-10-1982, asunto Cilfit c. Autoridades sanitarias italianas, C-283/81.

STJ, de 15-05-1986, asunto Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, C-222/84.

STJ, de 03-06-1986, asunto R. H. Kempf, c. Staatssecretaris van Justitie, C-139/85.

STJ, de 1-04-1987, asunto C. Dufay c. Parlamento Europeo, C-257/85.

STJ, de 15-10-1987, asunto Unectef/Heylens, C-222/86.

STJ, de 13-07-1989, asunto Wachauf c. Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft, C-5/88.

STJ, de 18-10-1989, asunto Orkem c. Comisión de las Comunidades Europeas, C-374/87.

STJ, de 19-06-1990, asunto The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd y otros, C-213/89.

STJ, de 21-02-1991, asunto Zuckerfabrik Süderdithmarschen AG c. Hauptzollamt Itzehoe y Zuckerfabrik Soest GmbH c. Hauptzollamt Paderborn, C-143/88, C-92/89.

STJ, de 26-02-1991, asunto The Queen c. Immigration Appeal Tribunal, ex parte: Gustaff Decideros Antonissen, C-292/89.

STJ, Sala 5ª de 29-06-1994, asunto Fiskano AB c. Comisión, C-135/92.

STJ, de 5-10-1994, asunto República Federal de Alemania c. Consejo de la Unión Europea, C-280/93.

STJ, de 9-11-1995, asunto Atlanta y otros c. Alemania C-465/93.

STJ, de 14-12-1995, asunto Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS c. Estado Belga, C 312/93.

STJ, Sala 9ª, de 30-07-1996, asunto Bosphorus Hava Yollari Turizm c. Ticaret AS, C-84/95.

STJ, Sala 5ª, de 12-09-1996, Comisión de las Comunidades Europeas c. Reino de Bélgica, Asunto C-278/94.

STJ de 26-11-1996, asunto Port c. Alemania C-68/95.

STJ, de 20-02-1997, asunto Comisión de las Comunidades Europeas c. Reino de Bélgica, C-344/95.

STJ, Sala 6ª, de 17-04-1997, asunto Selma Kadiman c. Freistaat Bayern, C-351/95.

STJ, de 17-06-1997, asuntos acumulados The Queen contra Secretary of State for the Home Department, ex parte Mann Singh Shingara (C-65/95) y ex parte Abbas Radiom, C-65/95 y C-111/95.

STJ de 17-07-1997, asunto Krüger c. Alemania C-334/95.

STJ, de 19-03-1999, asunto Donatella Calfa, C-348/96.

STJ, Sala 6ª, de 13-04-2000, asunto Kjell Karlsson y otros, c. Suecia nº C-292/97.

STJ, Sala 6ª, de 22-06-2000, asunto Safet Eyüp C-65/98.

STJ, Sala 5ª, de 9-11-2000, asunto The Queen c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Nana Yaa Konadu Yiadom, C-357/98.

STJ, de 31-05-2001, asuntos acumulados D y Reino de Suecia c. Consejo de la Unión Europea, C-122/99 P, C-125/99 P.

STJ, de 9-10-2001, asunto Países Bajos c. Parlamento Europeo y Consejo, C-377/98.

STJ, Sala 6ª, de 27-11-2001, asunto Comisión de las Comunidades Europeas c. Austria, C-424/99.

STJ, de 11-07-2002, asunto Mary Carpenter c. Secretary of State for the Home Department, C-60/00.

STJ, de 25-07-2002, asunto Unión de Pequeños Agricultores c. Consejo de la Unión Europea. C-50/00 P.

STJ, Sala 6ª, de 15-05-2003, asunto Comisión c. Reino de España, C-214/00.

STJ, de 20-05-2003, asuntos acumulados Österreichischer Rundfunk y otros, C-465/00, C-138/01 y C-139/01.

STJ, de 12-06-2003, asunto Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge c. Republik Österreich. C-112/00.

STJ, Sala 1ª, de 19-06-2003, asunto Ministerio delle Finanze contra Eribrand SpA, C-467/01

STJ, de 23-09-2003, asunto Secretary of State for the Home Department c. Hacene Akrich, C-109/01.

STJUE Sala 5ª, de 29-04-2004, asunto Orfanopoulos y otros c. Land Baden-Württemberg, C-482/01 y C-493/01.

STJ, GS de 5-10-2004, asuntos acumulados Pfeiffer y otros c. Alemania, C-397/01, C-403/01.

STJ, Pleno, de 19-10-2004, asunto Kunqian Catherine Zhu y Man Lavette Chen c. Secretary of State for the Home Department, C-200/02.

STJ, Sala 2ª de 11-11-2004, asunto Inan Cetinkaya c. Land Baden-Württemberg, C-467/02.

STJ, GS, de 12-07-2005, asuntos acumulados Alliance for Natural Health y otros, C-154/04, C-155/04.

STJ, GS, de 6-12-2005, asuntos acumulados Abna Ltd y otros c. Secretary of State for Health y Food Standards Agency y otros, C-453/03, C-11/04, C-12/04 y C-194/04.

STJ, Sala 3ª, de 15-06-2006, asunto G. J. Dokter, Maatschap Van den Top y W. Boekhout c. Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit. C-28/05.

STJ, GS, de 27-06-2006, asunto Parlamento Europeo c. Consejo de la Unión Europea, C-540/03.

STJUE, GS, de 13-03-2007, asunto Unibet (London) Ltd y Unibet (International) Ltd c. Justitiekanslern, C-432/05.

STJ, de 03-05-2007, asunto Advocaten voor de Wereld VZW c. Leden van de Ministerraad. C-303/05.

STJ, GS de 11-12-2007, asunto Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie c. R. N. G. Eind, C-291/05.

STJ, GS, de 20-05-2008, asunto Brigitte Bosmann c. Bundesagentur für Arbeit - Familienkasse Aachen, C-352/06.

STJ, Sala 1ª, de 10-07-2008, asunto Ministerul Administrației și Internelor - Direcția Generală de Pașapoarte București c. Gheorghe Jipa, C-33/07.

STJ, GS, de 25-07-2008, asunto Metock y otros c. Minister for Justice, Equality and Law Reform, C-127/08.

STJ, Sala 2ª, de 18 -12- 2008, asunto Sopropé - Organizações de Calçado Lda c. Fazenda Pública, c. Portugal, C-349/07.

STJUE, Sala 3ª, de 22-10-2009, asuntos acumulados María Julia Zurita García y Aurelio Choque Cabrera c. Delegado del Gobierno en la Región de Murcia, C-348/08, C-261/08.

STJUE, GS, de 30-11-2009, asunto Shamilovich (Huchbarov) c. Bulgaria, C-357/09.

STJUE, GS, de 22-06-2010, asuntos acumulados Aziz Melki y Sélim Abdeli, C-188/10 y C-189/10.

STJUE, GS, de 5-10-10, asunto Georgi Ivanov Elchinov c. Natsionalna zdravnoosiguritelna kasa. C-173/09.

STJUE. Sala 3ª, de 05 -10- 2010, asunto. J. McB. c. L.E, C-400/10 PPU.

STJUE, GS, de 9-11-2010, asuntos Acumulados Bundesrepublik Deutschland c. B, C-57/09 y C-101/09.

STJUE, GS, de 23-11- 2010, asunto Land Baden-Württemberg c. Panagiotis Tsakouridis. C-145/09.

STJUE, Sala 2ª de 22-12-2010, asunto DEB Deutsche Energiehandels- undBeratungsgesellschaft mbH c. Bundesrepublik Deutschland, C-279/09.

STJUE, GS de 8-03-2011, asunto Gerardo Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi (ONEm), C-34/09.

STJUE, Sala 1ª, de 28-04-2011, Hassen El Dridi c. PPU, C-61/11 PPU.

STJUE, Sala 2ª, de 28-07-2011, asunto Samba Diouf c. Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration, C-69/10.

STJUE, GS, de 15-11-2011, asunto Murat Dereci y otros c. Bundesministerium für Inneres C-256/11.

STJUE, Sala 4ª, de 17-11-2011, asunto Hristo Gaydarov c. Director na Glavna direktsia "Ohranitelna politsia" pri Ministerstvo na vateshnite raboti. C-430/10.

STJUE, Sala 4ª de 17-11-2011, asunto Petar Aladzhov c. Zamestnik director na Stolichna direktsia na vateshnite raboti kam Ministerstvo na vateshnite raboti, C-434/10.

STJUE, GS, 06-12-2011, asunto Achughbabian. c. Préfet du Val-de-Marne, C-329/11.

STJUE, Sala 1ª, de 08-12-2011, asunto Nural Ziebell c. Land Baden-Württemberg, C-371/08.

STJUE, GS, de 21-12-2011, asuntos acumulados N.S c. Secretary of State for the Home Department., C-493/10, C-411/10.

STJUE, Sala 2ª, de 26-04-2012, asunto Comisión Europea c. Reino de los Países Bajos. Incumplimiento de Estado, C-508/10.

STJUE, Sala 3ª, de 3-05-2012, asunto Legris Industries c. Comisión, C-289/11 P.

STJUE, GS, de 22-05-2012, asunto P.I. c. Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid. C-348/09.

STJUE, Sala 2ª, de 19-07-2012, asunto Atiqullah Adil c. Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel. C-278/12.

STJUE, GS, de 5-09-2012, asuntos acumulados Bundesrepublik Deutschland c. Y y Z. C-71/11 y C-99/11.

STJUE, Sala 2ª, de 4-10-2012, asunto Byankov c. Bulgaria, C-249/11.

STJUE, GS, de 6-11-2012, asunto Europese Gemeenschap y otros c. Belgica, C-119/11.

STJUE, Sala 1ª, de 22-11-2012, asunto M c. Irlanda. C-277/11.

STJUE, Sala 1ª, de 6-12-2012, asunto Sagor c. Italia C-430/11.

STJUE Sala 3ª, de 19-12-2012, asunto Epitropos C-363/11.

STJUE, Sala 5ª, de 17-01-2013, asunto Mohamad Zakarí c. Letonia, C-23/12.

STJUE, Sala 2ª, de 31-01-2013 asunto H. I. D B. A, c. Irlanda C-175/11.

STJUE, GS, de 26-02-2013, asunto Ministerio Fiscal c. Hans Åkerberg Fransson. C-617/10.

STJUE, GS, de 26-02-2013, asunto Stefano Melloni c. Ministerio Fiscal. C-399/11.

STJUE, Sala 2ª de 30-05-2013, asunto Jeremy F. c. Premier ministre. C-168/13 PPU.

STJUE, Sala 3ª, de 30-05-2013, asunto Arslan c. República Checa. C-534/11.

STJUE, Sala 3ª, de 27-06-2013, asunto ET Agroconsulting-04-Velko Stoyanov c. Izpalnitelen direktor na Darzhaven fond «Zemedelie» — Razplashtatelna agentsia. C-93/12.

STJUE, GS de 18-07-2013, asuntos Acumulados Comisión Europea y otros c. Yassin Abdullah Kadi. C-595/10, C-593/10 y C-584/10.

STJUE, Sala 2ª, de 10-09-2013, asunto M.G y N.R. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie, C-383/13.

STJUE, Sala 3ª, de 19-09-2013, asunto Pensionsversicherungsanstalt c. Peter Brey, C-140/12

STJUE, Sala 2ª de 10-10-2013, asunto Adzo Domenyo Alokpa y otros c. Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration, C-86/12.

STJUE, Sala 4ª, de 17-10-2013, asunto Michael Schwarz c. Stadt Bochum, C-291/12.

STJUE, GS, de 26-11-2013, asunto Gascogne Sack Deutschland GmbH c. Comisión, C-40/12 P.

STJUE, GS, de 15-01-2014, asunto Association de médiation sociale c. Union locale des syndicats CGT y otros, C-176/12.

STJUE, Sala 2ª de 16-01-2014, asunto Secretary of State for the Home Departmen c. Sra. G, C-400/12.

STJ, GS de 8-04-2014, asuntos acumulados Digital Rights Ireland y Seitlinger y otros, C-293/12, C-594/12.

STJUE Sala 3ª de 30-04-2014, asunto Robert Pflieger y otros, C-390/12.

STJUE, Sala 4ª, de 8-05-2014, asunto H. N. c. Minister for Justice, Equality and Law Reform y otros, C 604/12.

STJUE, Sala 3ª, de 5-06-2014, asunto Bashir Mohamed Ali Mahdi, C-146/14 PPU.

STJUE, GS, de 17-07-2014, asunto Thi Ly Pham c. Stadt Schweinfurt, Amt für Meldewesen und Statistik. C-474/13.

STJUE, Sala 5ª, de 11-09-2014, asunto A y B y otros c. Austria, C-112/13.

STJUE, Sala 3ª, de 9-10-2014, asunto TDC-A/S, C 222/13.

STJUE, Sala 5ª, de 5-11-2014, asunto Sophie Mukarubega c. Préfet de police, Préfet de la Seine-Saint-Denis, C-166/13.

STJUE, GS, de 11-11-2014, asunto Elisabeta Dano y Florin Dano c. Jobcenter Leipzig, c nº 333/13.

STJUE, GS, de 2-12-2014, asuntos acumulados A y otros c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie, C-148/13, nº C-150/13.

STJUE, Sala 5ª, de 11-12-2014, asunto Khaled Boudjlida c. Préfet des Pyrénées-Atlantiques, C-249/13.

STJUE, GS, de 18-12-14, asunto Mohamed M'Bodj c. Bélgica, asunto C-542/13.

STJUE, GS, de 18-12-2014, asunto Centre public d'action sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve c. Moussa Abdida, C-562/13.

STJUE, Sala 4ª, de 23-04-2015, asunto Subdelegación del Gobierno en Guipúzcoa – Ex4tranjería c. Samir Zaizoune, C-38/14.

STJUE, Sala 3ª, de 11-06-2015, asunto Z. Zh. Y Sr. O. c Países Bajos C-554/13.

STJUE Sala 3ª, de 4-06-2015, asunto Kernkraftwerke c. Alemania, C 5/14.

STJUE, GS, de 8-09-2015, asunto Taricco y otros c. Italia C-105/14.

STJUE, GS, de 15-09-2015, asunto Jobcenter Berlín Neukölln c. Nazifa Alimanovic y otros, C-67/14.

STJUE, Sala 1ª, de 16-09-2015, asunto Alpha Bank Cyprus Ltd c. Dau Si Senh y Otros, C-519/13.

STJUE GS de 6-10-2015, asunto Dragoş Constantin Târşia c. Rumanía C- 69/14.

STJUE GS de 6-10-2015, asunto Consorci Sanitari del Maresme, C-203/14.

STJUE GS de 6-10-2015, asunto Maximillian Schrems c. Data Protection Commissioner, C-362/14.

STJUE, Sala 4ª, de 17-12-2015, asunto Abdoulaye Amadou Tall c. Centre public d'action sociale de Huy, C 239/14.

STJUE, Sala 3ª, de 17-12-2015, WebMindLicenses kft c. Nemzeti Adó- és Vámhivatal Kiemelt Adó- és Vám Főigazgatóság. C-419/14.

STJUE, GS, de 15-02-2016, asunto J.N. c. Países Bajos, C-601/15.

STJUE, Sala 1ª, de 25-02-2016, asunto Vestische Arbeit Jobcenter Kreis Recklinghausen c. Jovanna García-Nieto y otros, C-299/14.

STJUE, GS, de 07-06-2016, asunto Sélima Affum c. Préfet du Pas-de-Calais y Procureur général de la Cour d'appel de Douai, C-47/15.

STJUE, GS, de 13-09-2016, asunto Alfredo Rendón Marín c. Administración del Estado. C-165/14.

STJUE, GS, de 13-09-2016, asunto CS c. Reino Unido, C-304/14.

STJUE, GS, de 07-03-2017, asunto X y X c. Bélgica, C-638/16 PPU.

STJUE, 15-03-2017, asunto Aquino, c. Bélgica C-3/16.

STJUE, Gran Sala, de 10-05-2017, asunto H.C. Chávez-Vilchez y otros c. Países Bajos, C-133/15.

STJUE, Sala 1ª, de 21-06-2017, asunto Procedimiento penal entablado c. A, C-9/16.

STJUE, Sala 2ª de 26-07-2017, asunto Sacko c. Italia, C-348/16.

STJUE, Sala 2ª de 26-07-2017, asunto Ouhrami c. Países Bajos, C-225/16.

STJUE, Sala 4ª, de 14-09-2017, asunto K. c. Grecia, C-18/16.

STJUE, Sala 1ª, de 14-09-2017, asunto Petrea c. Grecia, C-184/16.

STJUE, GS, de 5-12-2017, asunto M.A.S., M.B. c. Italia, C-42/17.

STJUE, Sala 8ª, de 7-12-17, asunto Wilber López Pastuzano c. Delegación del Gobierno en Navarra. C-636/16.

STJUE, Sala 1ª, de 13-12-2017, asunto El Hassani, c. Polonia, C-403/16.

STJUE, de 08-05-2018, asunto K.A y otros c Bélgica, C-82/16.

STJUE, GS, de 19-06-2018, asunto Sadikou Gnandi c. Bélgica, C-181/16.

STJUE GS de 25-07-2018, asunto LM c. Irlanda, C 216/18, PPU.

STJUE, Sala 4ª, de 26-09-2018, asunto X c. Países Bajos, C-175/17.

STJUE, Sala 4ª, de 26-09-2018, asunto X y Y c. Países Bajos, C-180/17.

STJUE, GS, de 2-10-2018, asunto Ministerio Fiscal, C-207/16.

STJUE, Sala 7ª, de 18-10-2018, asunto E.G. c. Eslovenia, C-662/17.

STJUE, GS, de 24-10-2018, asunto XC, YB, ZA c. Austria, C-234/17.

STJUE, GS de 11-12-2018, asunto Heinrich Weiss y otros, C-493/17.

STJUE, Sala 2ª, de 13-12-2018, asuntos acumulados Bundesrepublik Deutschland c. Touring Tours und Travel GmbH y Sociedad de Transportes SABundesrepublik Deutschland c. Touring Tours und Travel GmbH y Sociedad de Transportes SA, C-412/17, C-474/17.

STJUE, GS, de 19-03-2019, asunto Abdelaziz Arib y otros c. Francia, C-444/17

STJUE, Sala 3º, de 11-04-2019, asunto Neculai Tarola c. Minister for Social Protection, C-483/17.

STJUE, GS de 24-06-2019, asunto Popławski .c Países Bajos, C-573/17.

STJUE GS de 24-06-2019, asunto Comisión c. Polonia, C 619/18.

STJUE, G.S, de 29-07-2019, asunto Alekszj Torubarov c. Oficina de Inmigración y Asilo, Hungría, C 556/17.

STJUE, GS, de 10-09-2019, asunto Nalini Chenchooliah c. Irlanda, C-94/18.

STJUE, Sala 1ª, de 2-10-2019, asunto Ermira Bajratari c. Reino Unido, C-93/18.

STJUE, Sala 3ª, de 3-10-2019, asunto X c. Bélgica, C- 302/18.

STJUE, Sala 5ª, de 27-02-2020, asunto RH c. España, C- 836/18.

STJUE, Sala 1ª, de 19-03-2020, asunto PG c. Hungría, C- 406/18.

STJUE, Sala 1ª, de 19-03-2020, asunto LH (Tompa) c. Hungría, C- 564/18.

STJUE GS de 26-03-2020, asunto Miasto Łowicz y Prokurator Generalny c. Polonia asuntos acumulados C-558/18 y C-563/18.

STJUE, Sala 3ª, de 30-04-2020, asunto D. Z. c. Blue Air, C-584/18.

STJUE, GS, de 14-05-2020, asunto FMS, FNZ, SA, SA junior y otros c. Hungría, C-924/19/PPU y C- 925/19/PPU.

STJUE, Sala 9ª, de 11-06-2020, asunto WT c. España, C- 448/19.

STJUE, Sala 4ª, de 25-06-2020, asunto VL c. España, C-36/20.

STJUE, Sala 4ª de 3-09-2020, asunto UQ y SI c. Sub. Gob. Barcelona, C-503/19.

STJUE, Sala 1ª de 9-09-2020, asunto JP c. Bélgica, C-651/19.

STJUE Sala 5ª de 17-09-2020, asunto JZ c. Países Bajos C-806/18.

STJUE Sala 1ª de 30-09-2020, asunto B c. Bélgica C-233/19.

STJUE Sala 1ª de 30-09-2020, asunto LM c. Bélgica C-402/19.

STJUE Sala 6ª de 8-10-2020, asunto MO c. España C-568/19.

STJUE Sala 1ª de 17-12-2020, G.M.A c. Bélgica, asunto C-710/19.

STJUE Sala 1ª de 14-01-2021, asunto TQ (menor no acompañado) c. Países Bajos, C-441/19.

Sentencia Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, Sala 2ª ampliada, de 30-01-2002, asunto max. Mobil c. Comisión T-54/99.

Sentencia Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, Sala 1ª, de 27-09-2002, asunto Tideland Signal Ltd c. Comisión, T-211/02.

AUTO TJUE.

Auto del Presidente del TJ, de 26-06-1959, asunto Acciaireria e Tubificio di Brescia c. Alta Autoridad, C-31/59.

Auto del Presidente del TJ, de 20-10-1959, asuntos acumulados, C-43/59, C-44/59 y C-49/59.

Auto del Presidente del TJ, de 28-03-1980, asuntos Comisión c. Francia C-24/80 y C-97/80.

Auto del Presidente del TJ, de 29-06-1993, asunto Alemania c. Consejo, C-280/93.

Auto del Presidente del TPI, de 16-02-1995, asunto Amicale des Résidents du Square d'Auvergne c. Comisión, T-5/95.

Auto del Presidente del TJ, de 29-01-1997, asunto J. Antonissen c. Comisión CEE y Consejo, C-393/96 P.

Auto del Presidente del TPI, de 19-06-1997, asunto T-159/97 R.

Auto del Presidente del TJ, de 25-06-1998, asunto Antilles néerlandaises c. Consejo de la Unión Europea C- 159/98 (P). R

Auto del Presidente del TPI (Sala Tercera) de 16.11.1998 asunto T-310/97

Auto del Presidente del TJ, de 17-12-1998, asunto Emesa Sugar c. Comisión, C-364/98 P.

Auto del Presidente del TJ, de 14-12-1999, asunto HBF y otros c. comisión, C-335/99 P.

Auto del Presidente del TPI, de 26-10- 2001, asunto IMS Health Inc. c. Comisión, T-184/01 R,

Auto del Presidente del TJ, de 27-09-2004, asunto Akzo, asunto C-7/04 P(R).

Auto del Presidente del TJ de 29-04-2005, asunto Technische Glaswerke Ilmenau GmbH c. Comisión, C- 404/04 P-R.

Auto del Presidente del TJ, de 3-04-2007, asunto Vischim Srl c. Comisión CEE, C-459/06 P(R).

ATJUE del Vicepresidente de 28-11-2013 EMA/InterMune UK y otros, C-390/13 P(R).

ATJUE del Vicepresidente 8-04-2014, Comisión/ANKO, C-78/14 P-R.

Auto del Presidente del TG, de 5-12-2014, asunto AFSteelcalse, S.A c. OAMI, T- 652/14.

ATJUE, Sala 4ª, de 19-05-2017, asunto Bélgica c. Max-Manuel Nianga, C-199/16.

ATJUE GS de 20-11-2017, asunto Comisión c. Polonia, C-441/17 R.
ATJUE Sala 1ª de 5-07-2018, asunto C y J y S., C-269/18 PPU.
ATJUE del Vicepresidente 20-07-2018, asunto BCE c. Letonia, C-238/18 R.
ATJUE GS de 17-12-2018, asunto Comisión Europea c. Polonia, C-619/18 R.
ATJUE GS de 20-1-2020, asunto UD c. Sub-Delega. Barcelona, España, C-746/19.
ATJUE GS de 8-04-2020, asunto Comisión Europea c. Polonia, C-791/19 R.
Petición TJUE, de 25-09-2019, asunto G.M.A./Belgica, C-710/19.
Petición TJUE, de 4-10-2019, asunto KM c. España, C-731/19.
Petición TJUE, asunto Tribunal Constitucional de Bélgica, C-817/19.

DICTAMEN TJUE.

Dictamen TJUE nº 2/2013 de 18-12-2014, adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Dictamen TJUE, nº 1/15 de 26-07-2017, de 26-07- 2017, Acuerdo PNR UE-Canadá.

SENTENCIAS TC.

STC, Pleno, nº 5/81, de 13-02-1981, BOE nº 47 de 24-02-1981.
STC, Pleno, nº 9/81, de 31-03-1981, BOE nº 89 de 14-04-1981.
STC, Pleno, nº 11/81, de 8-04-1981, BOE nº 99 de 25-04-1981.
STC, Sala 1ª, nº 16/81, de 18-05-1981, BOE nº 143, de 16-05-1981.
STC, Sala 1ª, nº 18/81, de 8-06-1981, BOE nº 143 de 16-06- 1981.
STC, Sala 1ª, nº 24/81, de 14-07-1981, BOE nº 172 de 20-07-1981.
STC, Pleno, nº 25/81, de 14-07-1981, BOE nº 193, de 13-08-1981.
STC, Pleno, nº 27/81 de 20-7-1981, BOE nº 193/81, de 13-08-1981.
STC, Pleno, nº 36/81, de 12-11-1981, BOE nº 277 de 19-11-1981.
STC, Sala 2ª, nº 19/82, de 5-05-1982, BOE nº 118 de 18-05-1982.
STC, Sala 1ª, nº 32/82, de 7-06-1982, BOE nº 153 de 28-06-1982.
STC, Pleno, nº 33/82 de 8-06-1982, BOE nº 153, de 28-06-1982.
STC, Sala 2ª, nº 42/82, de 5-07-1982, BOE nº 185, de 4-08-1982
STC, Sala 2ª, nº 56/82, de 26-07-1982, BOE nº 197, de 18-08-1982.
STC Sala 2ª, nº 60/82, de 11-10-1982, BOE nº 276, de 17-11-1982
STC, Sala 1ª, nº 78/82, de 20-12-1982, BOE nº 13, de 15-01-1983.
STC, Pleno, nº 103/83, de 22-11-1983, BOE nº 298 de 14-12-1983.
STC, Sala 1ª, nº 18/84, de 7-02-1984, BOE nº 59 de 09-03-1984.
STC, Sala 2ª, nº 22/84, de 17-02-1984, BOE nº 59 de 09-03-1984.
STC Sala 2ª, nº 57/84 de 8-05-1984, BOE nº 128 de 29-05-1984

STC, Sala 2ª, nº 61/84, de 16-05-1984, BOE nº 146 de 19-06-1984.
STC, Sala 2ª, nº 66/84, de 6-06-1984, BOE nº 146 de 19-06-1984.
STC Sala 1ª, nº 67/84, de 7-06-1984, BOE nº 165, de 11-07-1984.
STC, Pleno, nº 68/84, de 11-06-1984, BOE nº 165 de 11-07-1984.
STC, Sala 1ª, nº 93/84, de 16-10-1994, BOE nº 261 de 31-10-1994.
STC, Sala 2ª, nº 107/84, de 23-11-1984, BOE nº 305 de 21-12-1984.
STC, Sala 1ª, nº 17/85, de 9-02-1985, BOE nº 55 de 5-03-1985.
STC, Sala 2ª, nº 19/85, de 13-02-1985, BOE nº 55 de 05-03-1985.
STC, Sala 1ª, nº 31/85, de 5-03-1985, BOE nº 119 de 27-03-1985.
STC, Pleno, nº 53/85, de 11-04-1985, BOE nº 119 de 18-05-1985.
STC, Pleno, nº 66/85, de 23-05-1985, BOE nº 134, de 5-06-1985.
STC, Pleno, nº 77/85, de 27-06-1985, BOE nº 170 de 17-07-1985.
STC, Sala 2ª, nº 99/85, de 30-09-1985, BOE nº 265 de 05-11-1985.
STC Sala 2ª, nº 107/85 de 7-10-1985, BOE nº 265 de 05-11-1985.
STC, Sala 2ª, nº 162/85, de 29-11-1985, BOE nº 301 de 17-12-1985.
STC, Pleno, nº 178/85, de 19-12-1985, BOE nº 13 de 15-01-1986.
STC, Sala 1ª, nº 43/86, de 15-04-1986, BOE nº. 102, de 29-04-1986.
STC Sala 1ª, nº 64/86 de 21-05-1986, BOE nº 144 de 17-06-1986.
STC, Sala 1ª, nº 98/86, de 10-07-1986, BOE nº 175 de 23-07-1986.
STC, Sala 1ª, nº 24/87, de 25-02-1987, BOE nº 71 de 24-03-1987.
STC, Pleno, nº 32/87 de 12-03-1987, BOE nº 71, de 24-03-1987.
STC, Pleno, nº 34/87 de 12-03-1987, BOE nº 71, de 24-03-1987.
STC, Sala 2ª, nº 113/87, de 3-07-1987, BOE nº 180 de 29-07-1987.
STC, Pleno, nº 115/87, de 7-07-1987, BOE nº 180 de 29-07-1987.
STC Sala 1ª, nº 143/87 de 23-09-1987, BOE nº 251 de 20-10-1987.
STC, Pleno, nº 160/87, de 27-10-1987, BOE nº 271 de 12-11-1987.
STC, Pleno, nº 161/87, de 27-10-1987, BOE nº 271 de 12-11-1987
STC, Sala 2ª, nº 112/88 de 8-06-1988, BOE nº 152 de 25-06-1988.
STC, Pleno, nº 145/88, de 12-07-1988, BOE nº 189 de 8-08-1988.
STC, Sala 2ª, nº 231/88 de 2-12-1988, BOE nº 307 de 23-12-1988
STC, Pleno, nº 252/1988 de 20-12-1988, BOE nº 11, de 13-01-1989.
STC, Sala 2ª, nº 257/88, de 22-12-1988, BOE 19, de 23-01-1989.
STC Sala 2ª, nº 11/89 de 24-01-1989, BOE nº 43 de 20-02-1989.
STC, Sala 2ª, nº 81/89, de 8-05-1989, BOE nº 140 de 13-06-1989.

STC, Sala 1ª, nº 95/89, de 24-05-1989, BOE nº 141 de 14-06-1989.
STC Sala 1ª, nº 106/89 de 8-06-1989, BOE nº 158 de 4-07-1989.
STC, Pleno, nº 178/89, de 2-11-1989, BOE nº 290 de 04-12-1989.
STC, Pleno, nº 24/90, de 15-02-1990, BOE nº 53 de 02-03-1990.
STC, Sala 2ª, nº 47/90, de 20-03-1990, BOE nº 85, de 9-04-1990.
STC, Sala 1ª, nº 93/90, de 23-05-1990, BOE nº 147 de 20-06-1990.
STC, Pleno, nº 120/90, de 27-06-1990, BOE nº 181, de 30-07-1990).
STC, Sala 1ª, nº 144/90, de 26-09-1990, BOE nº 254 de 23-10-1990.
STC, Pleno, nº 150/90, de 4-10-1990, BOE nº 266 de 06-11-1990.
STC, Pleno, nº 28/91, de 14-02-1991, BOE nº 64 de 15-03-1991.
STC, Pleno, nº 36/91, de 14-02-1991, BOE nº 66 de 18-03-1991.
STC, Pleno, nº 101/91, de 13-05-1991, BOE nº 145, de 18-06-1991.
STC, Pleno, nº 160/91, de 18-07-1991, BOE nº 190, de 09-08-1991.
STC, Sala 2ª, nº 197/91, de 17-10-1991, BOE nº 274, de 15-11-1991.
STC, Sala 1ª, nº 214/91, de 11-11-1991, BOE nº 301 de 17-11-1991.
STC, Sala 2ª, nº 234/91, de 10-12-1991, BOE nº 3 de 03-03-1992.
STC, Sala 1ª, nº 237/91, de 12-12-1991, BOE nº 13 de 15-01-1992.
STC, Pleno, nº 245/91, de 16-12-1991, BOE nº 13 de 15-01-1992.
STC, Pleno, nº 14/92, de 10-02-1992, BOE nº 54 de 3-03-1992.
STC, Pleno, nº 76/92, 14-05-1992, BOE nº 144 de 16-06-1992.
STC, Sala 2ª, nº 195/92, de 16-11-1992, BOE nº 303 de 18-12-1992.
STC, Pleno, nº 222/92, de 11-12-1992, BOE nº 16 de 18-01-1993.
STC, Pleno, nº 206/92, de 27-11-1993, BOE nº 307, de 23-12-1992.
STC, Pleno, nº 238/92, de 17-12-1992, BOE nº 17, de 20-01-1993.
STC, Sala 1ª, nº 94/93, de 22-03-1993, BOE nº 100 de 27-04-1993.
STC, Sala 1ª, nº 97/93, de 22-03-1993, BOE nº 100 de 27-04-1993.
STC, Sala 1ª, nº 116/93, de 29-03-1993, BOE nº 107 de 05-05-1993.
STC, Sala 2ª, nº 148/93, de 29-04-1993, BOE nº 127 de 28-05-1993
STC, Pleno, nº 341/93, de 18-11-1993, BOE nº 295 de 10-12-1993.
STC, Sala 1ª, nº 12/94 de 17-01-1994, BOE nº. 41, de 17-02-1994.
STC Sala 1ª, nº 12/94 de 17-01-1994, BOE nº. 41, de 17-02-1994.
STC, Sala 2ª, nº 57/94, de 28-02-1994, BOE nº 71 de 24-03-1994.
STC, Sala 1ª, nº 105/94, de 11-04-1994, BOE nº 117 de 17-05-1994.
STC, Sala 1ª, nº 120/94, de 25-04-1994, BOE nº 129 de 31-05-1994.

STC, Pleno, nº 213/94, de 14-07-1994, BOE nº 197 de 18-08-1994.
STC, Sala 2ª, nº 218/94, de 18-07-1994, BOE nº 197 de 18-08-1994.
STC, Sala 1ª, nº 242/94, de 20-07-1994, BOE nº 197 de 18-08-1994.
STC, Sala 2ª, nº 324/94, de 1-12-1994, BOE nº 310 de 28-12-1994.
STC, Pleno, nº 337/94 de 23-12-1994, BOE nº 19 de 23-01-1995.
STC, Sala 1ª, nº 34/95, de 6-02-1995, BOE nº 59 de 10-03-1995.
STC, Pleno, nº 37/95 de 7-02-1995, BOE nº 59 de 10-03-1995.
STC, Sala 2ª, nº 96/95, de 19-06-1995, BOE nº 175, de 24-07-1995.
STC, Sala 2ª, nº 130/95, de 11-09-1995, BOE nº 246 de 14-10-1995.
STC, Sala 2ª, nº 147/95, de 16-10-1995, BOE nº 269 de 10-11-1995.
STC, Sala 1ª, nº 154/95, de 24-10-1995, BOE nº 284 de 28-11-1995.
STC, Sala 2ª, nº 21/96, de 12-02-1996, BOE nº 67 de 18-03-1996.
STC, Sala 1ª, nº 86/96, de 21-05-1996, BOE nº 150, de 21-06-1996.
STC, Sala 1ª, nº 87/96, de 21-05-1996, BOE nº 150 de 21-06-1996.
STC, Sala 2ª, nº 78/96, de 20-05-1996, BOE nº 150 de 21-06-1996.
STC, Sala 2ª, nº 98/96, de 10-06-1996, BOE nº 168 de 12 -07-1996.
STC, Sala 1ª, nº 101/96, de 11-06-1996, BOE nº 168 de 12 -07-1996.
STC, Sala 1ª, nº 128/96, de 9-07-1996, BOE nº 194 de 12 -08-1996.
STC, Sala 1ª, nº 182/96, de 12-11-1996, BOE nº 303 de 17-12-1996.
STC, Pleno, nº 173/98, de 23-07-1998, BOE nº 197 de 18 -08-1998.
STC, Sala 2ª, nº 199/98, de 13-10-1998, BOE nº 276 de 18 -11- 1998.
STC, Sala 1ª, nº 224/98, de 24-11-1998, BOE nº 312 de 30-12-1998.
STC, Sala 2ª, nº 231/98, de 1-12-1998, BOE nº 312 de 30 -12- 1998.
STC, Sala 2ª, nº 14/99, de 22-02-1999, BOE nº 65 de 17 -03-1999.
STC, Pleno, nº 32/99, de 08-03-1999, BOE nº 89 de 04-04-1999.
STC, Pleno, nº 50/99, de 06-04-1999, BOE nº 100 de 27-04-1999.
STC, Pleno, nº 116/99, de 17-06-1999, BOE nº 162 de 08 -07-1999.
STC, Sala 1ª, nº 173/99, de 27-09-1999, BOE nº 263 de 03-11-1999.
STC, Sala 2ª, nº 174/99, de 27-09-1999, BOE nº 263 de 03-11-1999.
STC, Sala 1ª, nº 24/00, de 31-01-2000, BOE nº 54 de 31-03-2000.
STC, Pleno, nº 91/00, de 30-03-2000, BOE nº 107 de 4-05-2000.
STC, Sala 1ª, nº 95/00, de 10-04-2000, BOE nº 119 de 18-05-2000.
STC, Sala 2ª, nº 137/00, de 29-05-2000, BOE nº 156 de 30-06-2000.
STC, Sala 2ª, nº 144/00, de 29-05-2000, BOE nº 156 de 30-06-2000.

STC, Sala 2ª, nº 179/00, de 26-06-2000. BOE nº 180 de 28 -07-2000.
STC Sala 2ª, nº 252/00, de 30-10-00, BOE nº 288 de 1-12-2000.
STC Sala 2ª, nº 258/00, de 30-10-2000, BOE nº 288 de 1-12-2000.
STC, Pleno, nº 276/00, de 16-11-2000, BOE nº 299 de 14-12-2000.
STC, Sala 2ª, nº 13/01, de 29-01-2001, BOE nº 52 de 01-03-2001.
STC, Sala 2ª, nº 108/01, de 23-04-2001, BOE nº 128 de 29 -05-2001.
STC, Pleno, nº 119/01, de 24-05-2001, BOE nº 137 de 8-06-2001.
STC, Sala 1ª, nº 132/01, de 8-06-2001, BOE nº. 158 de 03-07-2001.
STC, Sala 2ª, nº 169/01, de 16-07-2001, BOE nº 194 de 14-08-2001.
STC, Pleno, nº 175/01, de 26-07-2001, BOE nº 194 de 14-08-2001.
STC, Sala 1ª, nº 221/01, de 31-10-2001, BOE nº 287 de 30 -11- 2001.
STC Sala 1ª, nº 5/02, de 14-01-2002; BOE nº 34 de 8-02-2002.
STC, Pleno, nº 53/02, de 27-02-2002, BOE nº 80 de 3-04- 2002.
STC Sala 2ª, nº 158/02, de 16-09-2002, BOE nº 242 de 9-10-2002
STC, Sala 2ª, nº 221/02, de 25-11-2002, BOE nº 304 de 20-12-2002, FJ 5.
STC, Sala 1ª, nº 50/03, de 17-03-2003, BOE nº 91 de 16 -04-2003.
STC, Pleno, nº 72/03, de 10-04-2003, BOE nº 114 de 13 -05-2003.
STC, Sala 2ª, nº 82/03 de 5-05-2003, BOE nº 118 de 17-05-2003.
STC, Pleno, nº 95/03, de 22-05-2003, BOE nº 139 de 10 -06-2003.
STC, Sala 1ª, nº 224/03 de 15-12-2003, BOE nº 17 de 20-01-2004.
STC Sala 2ª, nº 39/04 de 22-03-2004, BOE nº 99 de 23-04-2004.
STC, Sala 1ª, nº 45/04, de 23-03-2004, BOE nº 99 de 23-04- 2004.
STC, Sala 2ª, nº 58/04, de 19-04-2004, BOE nº 120 de 1 -05-2004.
STC, Pleno, nº 253/04, de 22-12-2004, BOE nº 18 de 21-01-2005.
STC, Sala 1ª, nº 24/05, de 14-02-2005, BOE nº. 69, de 22-03-2005.
STC, Sala 1ª, nº 72/05, de 4-04-2005, BOE nº 111 de 10-05-2005.
STC, Sala 1ª, nº 75/05, de 4-04-2005, BOE nº 111 de 10 -05-2005.
STC, Sala 1ª, nº 152/05, de 2-06-2005, BOE nº 162 de 08-07-2005.
STC, Pleno, nº 303/05, de 24-11-2005, BOE nº 304 de 21-12-2005.
STC, Sala 1ª, nº 17/06, de 30-01-2006, BOE nº 51 de 01-03-2006.
STC, Sala 2ª, nº 73/06, de 13-03-2006, BOE nº 92 de 18 -04- 2006.
STC, Sala 1ª, nº 116/06 de 24-04-2006, BOE nº 125 de 26-05-2006.
STC, Pleno, nº 222/06, de 6-07-2006, BOE nº 185 de 04-08-2006.
STC, Sala 2ª, nº 52/07, de 12-03-2007, BOE nº 92 de 17-04- 2007.

STC, Sala 1ª nº 62/07 de 27-03-2007, BOE nº 100 de 26-04-2007.
STC, Sala 1ª, nº 147/07, de 18-06-2007, BOE nº 179, de 27-07-2007
STC, Sala 2ª, nº 184/07, de 10-09-2007, BOE nº 248, de 16 -10-2007.
STC, Pleno, nº 236/07, de 7-11-2007, BOE nº 295 de 10 -12- 2007.
STC, Pleno, nº 259/07, de 19 -12-2007, BOE nº 19 de 22 -01-2008.
STC, Pleno, nº 260/07, de 20-12-2007, BOE nº 19 de 22-01-2008.
STC, Sala 2ª, nº 22/08, de 31-01-2008, BOE nº 52 de 29-02-2008.
STC, Sala 2ª, nº 58/08, de 28-04-2008, BOE nº 135 de 04-06-2008.
STC, Sala 1ª, nº 169/08, de 15-12-2008, BOE nº 8 de 09 -01-2009.
STC, Sala 1ª, nº 183/08, de 22-12-2008, BOE nº 21 de 24-01-2009.
STC, Sala 1ª, nº 184/08, de 22-12-2008, BOE nº 21 de 24-01-2009.
STC, Sala 2ª, nº 90/09, de 20-04-2009, BOE nº 111 de 07 -05-2009.
STC, Sala 1ª, nº 140/09, de 15-06-2009, BOE nº 172 de 17-07-2009.
STC, Sala 1ª, nº 149/09, de 17-06-2009, BOE nº 172 de 17-07-2009.
STC, Sala 1ª, nº 199/09, de 28-09-2009, BOE nº 254 de 21-10-2009.
STC, Sala 1ª, nº 212/09, de 26-11-2009, BOE nº 313 de 29 -12-2009.
STC, Sala 1ª, nº 218/09, de 21-12-2009, BOE nº 15 de 18-01-2010.
STC, Pleno, nº 60/10, de 7-10-2010, BOE nº 262 de 29 -10- 2010.
STC, Pleno, nº 78/10, de 20-10-2010, BOE nº 279 de 18-11-2010.
STC, Pleno, nº 132/10, de 2-12-2010, BOE nº 4 de 05-01-2011.
STC, Pleno, nº 31/10, de 28-06-2010, BOE nº 172 de 16-07-2010.
STC, Sala 1ª, nº 43/10, de 26-07-2010, BOE nº 195 de 12-08-2010
STC, Sala 2ª, nº 142/10, de 21-12-2010, BOE nº 16 de 19-01-2011.
STC, Sala 1ª, nº 183/11, de 21-11-2011, BOE nº 306 de 21-12-2011.
STC, Sala 2ª, nº 145/11, de 26-09-2011, BOE nº 258, de 26-10-2011.
STC, Sala 2ª, nº 95/12, de 7-05-2012, BOE nº 134, de 05-06-2012.
STC Sala 1ª, nº 145/12 de 2-07-2012, BOE nº 181 de 30-07-2012.
STC, Pleno, nº 198/12, de 6-11-2012, BOE nº 286, de 28-11-2012.
STC, Pleno, nº 17/13, de 31-01-2013, BOE nº 49 de 26 -02-2013.
STC, Sala 1ª, nº 27/13, de 11-02-2013, BOE nº 61 de 12-03-2013.
STC, Pleno, nº 61/13, de 14-03-2013, BOE nº 86 de 10-04-2013.
STC Sala 2ª, nº 92/13 de 22-04-2013, BOE nº 123 de 23-05-2013.
STC, Sala 2ª, nº 186/13, de 4-11-2013, BOE nº 290 de 04-12-2013.
STC, Pleno, nº 26/14, de 13-02-2014, BOE nº 60 de 11-03-2014.

STC, Sala 1ª, nº 46/14, de 7-04-2014, BOE nº 111 de 07-05-2014.
STC, Pleno, nº 52/14, de 10-04-2014, BOE núm. 111, de 07-05-2014.
STC, Sala 1ª, nº 57/14, de 5-05-2014, BOE nº 134 de 3-06-2014.
STC, Pleno, nº 141/14, de 11-09-2014, BOE nº 243 de 07-10-2014.
STC, Pleno, nº 215/14, de 18-12-2014, BOE nº 29 de 03-02-2015.
STC, Pleno, nº 7/15, de 22-01-2015, BOE nº 47 de 24-02-2015.
STC, Sala 2ª, nº 74/15, de 27-04-2015, BOE nº 136, de 8-06-2015.
STC, Sala 2ª, nº 101/15 de 25-05-2015, BOE nº 159 de 4-07-2015.
STC, Pleno, nº 84/15, de 30-06-2015, BOE nº 136 de 8-06-2015.
STC, Sala 2ª, nº 87/15, de 11-05-2015, BOE nº 146, de 19-04-2015.
STC, Sala 2ª, nº 88/15, de 11-05-2015, BOE nº 146, de 19-04-2015.
STC, Pleno, nº 155/15, de 9-07-2015, BOE nº 194, de 14-08-2015.
STC, Pleno, nº 217/15, de 22-10-2015, BOE nº 284, de 27-11-2015.
STC, Pleno, nº 232/15, de 5-11-2015, BOE nº 296 de 11-12-2015
STC, Pleno, nº 270/15, de 17-12-2015, BOE nº 19 de 22-01-2016.
STC, Sala 1ª, nº 11/16 de 1-02-2016, BOE nº 57 de 7-03-2016.
STC, Sala 2ª, nº 131/16, de 18-07-2016, BOE nº 196 de 15-08-2016.
STC, Pleno, nº 140/16, de 21-07-2016, BOE nº 196 de 15-08-2016.
STC, Sala 1ª, nº 146/16, de 19-09-2016, BOE nº 263 de 31-10-2016.
STC Sala 2ª, nº 149/16 de 16-09-2016, BOE nº 263 de 31-10-2016.
STC, Pleno, nº 154/16, de 22-09-2016, BOE nº 263, de 31-10-2016.
STC, Sala 2ª, nº 201/16, de 28-11-2016, BOE nº 7 de 09-01-2017.
STC, Sala 2ª, nº 14/17, de 30-01-2017, BOE nº 59 de 10-03-2017.
STC, Pleno, nº 89/17, de 4-07-2017, BOE nº 171 de 19-07-2017.
STC, Sala 2ª, nº 6/18, de 22-01-2018, BOE nº 46 de 21-02-2018.
STC, Sala 1ª, nº 22/18, de 5-03-2018, BOE nº 90 de 13-04-2018.
STC, Pleno, nº 55/18, de 24-05-2018, BOE nº 151 de 21-06-2018
STC, Sala 2ª, nº 84/18, de 16-07-2018, BOE nº 199 de 17-08-2018.
STC, Pleno, nº 140/18 de 20-12-2018, BOE nº 22 de 25-01-2019.
STC, Pleno, nº 37/19, de 26-03-2019, BOE nº 99, de 25-04-2019.
STC, Sala 1ª, nº 54/19, de 6-05-2019, BOE nº 138, de 10-06-2019.
STC, Sala 1ª, nº 26/20, de 24-02-2020, BOE nº 83, de 26-03-2020.
STC, Sala 1ª, nº 42/20, de 9-03-2020, BOE nº 163 de 10-06-2020.
STC, Pleno, nº 172/20, de 19-11-2020 BOE nº 332 de 22-12-2020

AUTOS DEL TC:

ATC Sec. 2ª nº 388/82, de 10-12-1982.
ATC, Sala 2ª, nº 811/85, de 20-11-1985.
ATC, Pleno, nº 144/90, de 29-03-1990.
ATC, Sala 1ª, nº 313/90, de 23-07-1990.
ATC, Sala 1ª, nº 314/90, de 23-07-1990.
ATC, Pleno, nº 356/93, de 1-12-1993.
ATC, Sec. 1ª, nº 331/97, de 3-10-1990.
ATC, Sala 1ª, nº 149/99, 14-06-1999.
ATC, Sala 2ª, nº 313/99, 15-12-1999.
ATC, Sec. 2ª, nº 48/04, de 12-2-2004.
ATC, Sec. 2ª, nº 372/07, de 17-09-2007.
ATC, Pleno, nº 54/10, de 19-05-2010, BOE nº 192 de 09-08-2010.
ATC, Sala 2ª, nº 151/13, de 8-07-2010, BOE nº 183 de 01-08-2013.
ATC, Pleno, nº 86/11, de 9-06-2011.
ATC, Sala 1ª, nº 172/13, de 9-09-2013, BOE nº 242 de 09-10-2013.
ATC, Sala 1ª nº 213/09, de 12-03-2009.
ATC, Pleno, nº 168/16, de 4-10-2016, BOE nº 276 de 15-11-2016.
ATC, Pleno, nº 40/2017, de 28-02-2017.
ATC, Sala 1ª nº 65/18, de 18-06-2018.
ATC, Pleno nº 16/19, de 12-03-2019.

DICTAMENES DEL TC.

DTC, Pleno, nº 1/92 de 1-06-1992, BOE nº 177 de 14-07-1992.
DTC Pleno, nº 1/04 de 13-12-2004, BOE nº 3 de 4-01-2004.

SENTENCIAS DEL TS

STS, Sala 3ª, Sec. 1, nº 2089/95 de 08-04-1995, Rec.7136/91.
STS, Sala 3ª, Sec. 1, nº 4574/95 de 18-09-1995, Rec. 1970/93.
STS, Sala 3ª, Sec. 6ª, nº 5980/96 de 25-11-1995, Rec. 1017/93.
STS, Sala 3ª, Sec.3ª, nº 2674/96 de 6-05-1996, Rec. 4775/95.
STS, Sala 1ª, Sec. 1ª, nº 446/96 de 3-06-1996, Rec. 3292/92.
STS, Sala 3ª, Sec. 7ª, nº 1855/97 de 14-03-1997, Rec. 6994/93.
STS, Sala 3ª, Sec. 7ª, nº 2405/97 de 07-04-97, Rec. 1882/94.
STS, Sala 3ª, Sec. 6ª nº 347/98 de 23-01-1998, Rec. 885/94.
STS Sala 3ª Sec. 7ª, nº 958/98 de 13-02-1998 Rec. 5562/96

STS, Sala 3ª, Sec. 6ª, nº 1745/99, de 13-03-1999, Rec. 6337/95.
STS, Sala 3ª, Sec. 6ª, nº 2880/99, de 28-04-1999, Rec. 6741/95.
STS, Sala 3ª, Sec. 6ª, nº 3512/99, de 20-05-1999, Rec. 7282/95.
STS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 5712/99 de 22-9-99, Rec. 6211/97.
STS, Sala 3ª, Sec. 6ª, nº 6245/99, de 9-10-1999, Rec. 9389/95.
STS, Sec. 6ª, nº 7769/99 de 4-12-1999, Rec. 7018/96.
STS, Sala 3ª, Sec. 6ª, nº 608/00, de 01-02-2000, Rec.1875/97
STS, Sala 3ª, Sec. 6ª, nº 1250/00 de 19-02-2000, Rec. 270/96.
STS, Sala 3ª, Sec. 6ª, nº 1715/00 de 4-03-2000. Rec. 407/96.
STS, Sala 3ª Sec. 6ª, nº 2041/00 de 14-03-2000, Rec. 5598/96.
STS, Sala 3ª, Sec. 6ª, nº 3853/00 de 10-05-2000, Rec. 7067/97.
STS, Sec. 6ª, nº 3939/00, de 16-05-2000, Rec. 1953/97.
STS, Sec. 6ª, nº 4616/00, de 12-06-2000, Rec. 2267/96.
STS Sala 3ª, Sec. 6ª, nº 7685/00 de 24-10-2000, Rec. 7497/97.
STS, Sec. 7ª, nº 543/01 de 30-01-2001, Rec. 506/98.
STS Sala 3ª Sec. 3ª nº 691/2001 de 05-02.2001, Rec. 10957/98.
STS, Sec. 7ª, nº 2285/01 de 20-03-2001, Rec. 8552/96.
STS, Sala 3ª, Sec. 6ª, nº 3152/01 de 17-04-2001, Rec. 8183/98,
STS, Sala 3ª Sec. 5ª, nº 4127/01 de 19-05-2001, Rec. 6222/96.
STS, Sala, Sec. 6ª, nº 1772/2001 de 6-03-2001, Rec. 7538/97.
STS, Sala 3ª, Sec. 4ª, nº 9901/01 de 17-12-2001, Rec. 8520/96.
STS, Sala, Sec. 5ª, nº 1274/02 de 25-02-2002, Rec. 2617/00.
STS, Sala 3ª, Sec. 6ª nº 1630/02 de 08-03-2002, Rec. 3786/99.
STS Sala 3ª, Sec. 6ª, nº 2369/02 de 3-04-2002, Rec. 7917/99.
STS, Sala 3ª, Sec. 6ª, nº 4962/02 de 4-07-2002, Rec. 7876/99.
STS, Sala 3ª, Sec. 6ª, nº 5348/02 de 16-07-2002, Rec. 7922/99.
STS, Sala 3ª, Sec. 6ª, nº 5489/02 de 19-07-2002, Rec. 8463/99.
STS, Sala 3ª Sec. 4ª, nº 5564/02 de 22/07/2002, Rec. 3507/98.
STS Sala 3ª Sec. 4ª nº 5706/02 de 26-07-2002, Rec. 902/98.
STS, Sala 3ª, Sec. 6ª, nº 6993/02, de 23-10-2002, Rec. 8451/99.
STS, Sala 3ª, Sec. 6ª, nº 7703/02 de 19-11-2002, Rec. 7216/99.
STS, Sala 3ª, Sec. 4ª, nº 1850/03 de 18-03-2003, Rec. 2976/98.
STS, Sala 3ª, Sec. 6ª, nº 1924/03 de 20-03-2003, Rec. 488/01.
STS, Sala 3ª, Sec. 6ª, nº 3130/03 de 08-05-2003, Rec. 3836/00.

STS Sala 3ª, Sec. 7ª, nº 3576/03 de 26-05-2003, Rec. 5591/99.
STS, Sala 3ª, Sec. 3ª, nº 4921/03 de 11-07-2003, Rec. 6978/01.
STS Sala 3ª, Sec. 6ª, nº 6218/03 de 13-10-2003, Rec. 120/02.
STS Sala 3ª, Sec. 6ª nº 5525/03 de 17-09-2003, Rec. 3024/99.
STS, Sala 3ª, Sec. 4ª, nº 7774/03 de 4-12-2003, Rec. 2928/01.
STS, Sala 3ª, Sec. 1ª, nº 1605/04 de 09-03-2004. Rec. 61/03.
STS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 2408/04 de 7-4-2004, Rec. 1678/02.
STS, Sala 3ª, Sec. 6ª, nº 3999/04 de 10-06-2004, Rec. 60/03.
STS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 7452/04 de 17-11-2004, Rec. 4547/02.
STS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 7661/04 de 24-11-2004, Rec. 4099/02.
STS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 7658/04 de 24-11-2004, Rec. 6922/02.
STS, Sala 3ª, Sec. 4ª, nº 1026/05 de 21-02-2005, Rec. 352/02.
STS Sala 3ª, Sec. 2ª, nº 4268/05 de 28-06-2005, Rec. 6/04.
STS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 6156/05 de 14-10-2005, Rec. 2642/03.
STS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 6164/05 de 14-10-2005, Rec. 4098/03.
STS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 6611/05 de 28-10-2005, Rec. 3478/03.
STS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 6614//05 de 28-10-2005, Rec. 3769/03.
STS Sala 3ª, Sec. 5ª nº 6770/05 de 4-11-2005, Rec. 4378/03.
STS Sala 3ª, Sec. 5ª nº 6771/05 de 4-11-2005, Rec. 10375/03.
STS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 8227/05 de 15-12-2005, Rec. 5743/03.
STS, Sala 3ª, Sec. 5, nº 7761/05, de 22-12-2005, Rec. 3743/02.
STS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 623/06 de 17-02-2006, Rec. 658/02.
STS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 632/06 de 17-02-2006, Rec. 6747/02.
STS, Sala 3ª Sec. 5ª, nº 2708/06 de 12-05-2006, Rec. 4345/03.
STS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 5174/06, de 25-07-2006, Rec. 8165/04.
STS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 5926/06 de 06-10-2006, Rec. 4465/03.
STS, Sala. 3ª, Sec. 5ª, nº 7888/06 de 14-12-2006, Rec. 3405/03.
STS, Sala 3ª, Sec. 4ª, nº 488/07 de 08-01-2007, Rec. 38/05.
STS, Sala 3ª, Sec. 4ª, nº 706/07 de 09-01-2007, Rec. 40/05.
STS, Sala 3ª, Sec. 4ª, nº 782/07 de 10-01-2007, Rec. 39/05.
STS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 321/07 de 25-01-2007, Rec. 8251/03.
STS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 270/ 07 de 25-01-2007, Rec.7589/03.
STS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 337/07 de 25-01-2007, Rec. 7986/03.
STS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 276/07 de 25-01-2007, Rec. 4342/03.

STS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 1255/07 de 6-02-2007, Rec. 6632/04.
STS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 1256/07 de 9-02-2007, Rec. 9833/03.
STS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 2904/07 de 21-03-2007. Rec. 9941/03.
STS, Sala 3ª, Sec. 2ª, nº 4396/07 de 25-05-2007, Rec.1916/04.
STS, Sala 3ª, Sec. 7ª, nº 6792/07 de 19-10-2007, Rec. 3332/03.
STS Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 7392/07 de 8-11-2007, Rec. 8074/02.
STS, Sala 3ª, Sec. 4ª, nº 7850/07 de 14-11-2007, Rec. 77/04.
STS, Sala 3ª Sec. 5ª, nº 7514/07 de 22-11-2007, Rec. 2469/04.
STS Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 7871/07, de 23-11-2007, Rec. 10176/03.
STS, Sala 3ª, Sec. 4ª, nº 8400/07 de 14-12-2007, Rec. 2958/05.
STS, Sala 3ª, Sec. 2ª, nº 872/08, de 13-03-2008, Rec. 8143/04.
STS, Sala 4ª, Sec. 1ª, nº1864/08 de 18-03-2008, Rec. 800/07.
STS, Sala 3ª, Sec. 3ª, nº 2491/08 de 14-05-2008, Rec. 3562/07.
STS, Sala 3ª, Sec. 3ª, nº 2694/08 de 21-05-2008, Rec. 3464/07.
STS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 4109/08 de 15-07-2008, Rec. 5357/04.
STS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 5595/08 de 20-10-2008, Rec. 5719/07.
STS, Sala 4ª, Sec. 1ª, nº 6602/08 de 12-11-2008, Rec. 3177/07.
STS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 7161/08 de 18-12-2008, Rec. 4708/05.
STS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 40/08 de 9-01-2009 Rec. 2975/04.
STS, Sala 3ª, Sec. 2ª, nº 1370/09 de 11-03-2009, Rec. 10455/04.
STS, Sala 3ª, Sec. 4ª, nº 2860/09 de 6-05-2009. Rec. 1388/08.
STS, Sala 1ª, Sec. 1ª, nº 565/09 de 31-07-2009, Rec. 247/07.
STS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 6706/09 de 12-11-2009, Rec.1517/07.
STS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 7614/10 de 17-12-2010, Rec. 3721/07.
STS, Sala 3ª, Se. 3ª, nº 7364/10 de 21-12-2010, Rec. 1935/10.
STS, Sala 3ª, Sec. 3ª, nº 340/12 de 31-01-2011. Rec. 4213/10
STS Sala 3ª, Sec. 3ª, nº 1338/11 de 18-03-2011, Rec. 1698/10.
STS Sala 3ª, Sec. 3ª, nº 1860/11 de 22-03-2011, Rec. 49/10.
STS Sala 3ª, Sec. 3ª, nº 2318/11 de 3-05-2011, Rec. 5007/10.
STS Sala 3ª, Sec. 3ª, nº 2485/11 de 5-05-2011, Rec. 6037/10.
STS Sala 3ª, Sec. 4ª, nº 4383/11 de 28-06-2011, Rec. 4423/10.
STS, Sala 3ª, Sec. 3ª, nº 4416/11 de 30-06-2011, Rec. 76/09.
STS, Sala 3ª, Sec. 2ª, nº 3789/11 de 9-07-2011, Rec. 5481/08.
STS, Sala 3ª, Sec. 2ª, nº 6705/11 de 10-10-2011, Rec. 3941/08.

STS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 2484/12 de 20-03-2012, Rec. 1501/08.
STS, Sala 3ª, Sec. 7ª, nº 3243/12 de 30-04-2012, Rec. 1869/11.
STS, Sala 3ª, Sec. 2ª, nº 3390/12 de 17-05-2012, Rec. 3439/11.
STS, Sala 3ª, Sec. 4ª, nº 3613/12 de 29-05-2012, Rec. 4195/10.
STS, Sala 3ª, Sec. 3ª, nº 4855/12 de 29-06-2012, Rec. 5805/11.
STS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 6391/12 de 5-10-2012, Rec. 6050/11.
STS Sec. 5ª, nº 6540/12, de 11-10-2012, Rec. 5666/11.
STS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 7981/12 de 31-10-2012, Rec. 5924/09.
STS, Sala 3ª, Sec. 3ª, nº 8195/12 de 5-12-2012, Rec. 1723/12.
STS, Sala 3ª, Sec. 2ª, nº 8600/12 de 18-12-2012, Rec. 2392/12.
STS, Sala 3ª, Sec. 6ª, nº 2587/13 de 23-05-2013, Rec. 3439/10.
STS, Sala 3ª, Pleno, nº 3829/13 de 9-07-2013, Rec. 357/11.
STS Sala 3ª Sec. 6ª, nº 5507/13 de 19-11-2013, Rec. 875/11.
STS Sala 3ª, Sec. 3ª, nº 5987/13 de 3-12-2013, Rec. 4586/12.
SSTS Sala 3ª, Sec. 3ª, nº 1249/14 de 1-04-2014, Rec. 2462/13.
STS, Sala 3ª, Pleno, nº 1093/14 de 03-03-14, Rec. 4453/12.
STS, Sala 3ª, Sec. 7ª, nº 1422/14 de 26-03-2014, Rec. 9/13.
STS, Sala 3ª, Sec. 6ª, nº 1207/14 de 28-03-2014, Rec.3869/11.
STS Sala 3ª, Sec. 2ª, nº 1737/14, de 28-04-2014, Rec. 4900/11.
STS, Sala 3ª, Sec. 4ª, nº 2625/14 de 17-06-2014, Rec. 3155/13
STS, Sala 3ª, Sec 3ª nº 2578/14 de 18-06-2014, Rec. 2675/11.
STS, Sala 3ª, Sec. 4ª, nº 2639/14 de 18-06-2014 Rec. 3158/13.
STS, Sala 3ª, Sec. 3ª, nº 2915/14 de 10-07-2014. Rec. 3288/11.
STS Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 3431/14 de 11-07-2014, Rec. 5219/11.
STS, Sala 3ª, Sec. 3ª, nº 3765/14 de 29-09-2014, Rec.4045/11.
STS, Sala 3ª, Sec. 6ª, nº 4404/14 de 20-10-2014, Rec. 6448/11.
STS, Sala 3ª, Pleno, nº 807/15 de 10-02-2015, Rec. 373/14.
STS, Sala 3ª, Sec. 2ª, nº 1137/15 de 23-03-2015, Rec. 3105/13.
STS Sala 3ª, Sec. 3ª nº 2550/15 de 20-5-2015, Rec. 3205/14.
STS, Sala 3ª, Sec. 6ª, nº 2564/15 de 08-06-2015, Rec. 39/14.
STS, Sala 3ª Sec. 6ª, nº 33890/15 de 13-07-2015, Rec. 2487/13.
STS, Sala 3ª Sec. 6ª, nº 3365/15 de 13-07-2015, Rec.1617/13.
STS, Sala 3ª, Sec. 4ª, nº 3389/15 de 14-07-2015, Rec. 3670/14.
STS, Sala 3ª, Sec. 2ª, nº 4391//15 de 21-10-2015, Rec. 2271/14.

STS, Sala 3ª. Sec. 3ª, nº 4977/15 de 2-11-2015, Rec. 4089/14.
STS, Sala 3ª, Sec. 3, nº 4627/15 de 3-11-2015, Rec. 396/14.
STS, Sala 3ª. Sec. 5ª, nº 5342/15 de 20-11-2015, Rec. 1203//14.
STS, Sala 3ª, Sec. 2ª, nº 5080/15 de 14-12-2015, Rec. 614/15.
STS, Sala 3ª, Sec. 2ª, nº 5081/15 de 14-12-2015, Rec. 607/15.
STS, Sala 3ª, Sec. 3ª, nº 124/16 de 25-01-2016, Rec. 2133/15.
STS Sala 3ª, Sec. 2ª, nº 694/16 de 24-02-2016, Rec. 2517/15
STS, Sala 3ª, Sec. 2ª, nº 695/16 de 24-02-2016, Rec. 1301/14
STS, Sala 3ª, Sec. 6ª, nº 999/16 de 6-05-2016, Rec. 3615/14.
STS, Sala 3ª, Sec. 1ª, nº 1741/16 de 03-07-2016 Rec. 2542/15.
STS, Sala 3ª, Sec. 2ª, nº 1668/16 de 7-07-2016, Rec. 3454/14.
STS, Sala 3ª, Sec. 3ª, nº 1883/16 de 20-07-2016, Rec. 746/16.
STS, Sala 3ª Sec. 3ª, nº 1897/16 de 20-07-2016, Rec. 40/16.
STS, Sala 3ª Sec. 3ª, nº 1979/16 de 26-07-2016, Rec. 43/16.
STS, Sala 3ª, Sec. 3ª, nº 2011/16 de 19-09-2016, Rec. 1661/16.
STS, Sala 3ª, Sec. 3ª, nº 2012/16 de 19-09-2016, Rec.1668/16.
STS, Sala 3ª, Sec. 3ª, nº 2094/16 de 28-09-2016, Rec. 1304/16.
STS, Sala 3ª, Sec. 3ª, nº 2382/16 de 7-11-2016, Rec. 1656/16.
STS, Sala 3ª, Sec. 3, nº 15/17 de 10-01-2017, Rec. 961/13.
STS, Sala 3ª. Sec. 3ª, nº 3917 de 17-01-2017, Rec. 2695/15.
STS, Sala 4ª, Pleno, nº 76/17, de 31-01-2017, Rec.1153/15.
STS, Sala 4ª, Pleno, nº 78/17, de 31-01-2017, Rec. 3345/15.
STS Sala 3ª, Sec. 2ª, nº 173/17 de 6-02-2017, Rec. 1168/16.
STS, Sala 3ª, Sec. 3ª, nº 270/17, de 16-02-17, Rec. 1349/16.
STS Sala 3ª, Sec. 4ª, nº 443/17, de 14-3-2017, Rec. 3212/15.
STS, Sala 3ª, Sec. 2ª, nº 1089/17, de 24-03-2017, Rec. 1296/16.
STS, Sala 4ª, Sec. 1, nº 1554/15, de 5-07-2017, Rec. 1554/15.
STS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 1295/17, de 18-07-2017, Rec. 298/16.
STS, Sala 4ª, Sec. 1ª, nº 863/17, de 7-11-2017, Rec. 849/16.
STS, Sala 4ª, Sec. 1ª, nº 1033/17, de 19-12-2017, Rec. 3664/16.
STS, Sala 3ª, Sec. 4ª, nº 84/18 de 24-01-2018, Rec.98/17.
STS, Sala 3ª Sec. 5ª, nº 78/19 de 29-01-2018, Rec. 4835/17.
STS Sala 3ª, Sec. 2ª nº 815/2018, de 21-05-2018, Rec. 113/17.
STS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 893/18 de 31-05-2018, Rec. 1321/17.

STS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 962/18 de 11-06-2018, Rec. 1202/17.
STS, Sala 3ª Sec. 5ª, nº 980/18 de 12-06-2018, Rec. 2958/17.
STS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 1030/18 de 18-06-2018, Rec. 308/16.
STS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 1118/18 de 02-07-2018, Rec. 333/17.
Sala, STS, 3ª, Sec. 5ª, nº 1135/18 de 03-07-2018, Rec. 1214/17.
STS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 1150/18 de 5-07-2018, Rec. 3700/17.
STS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 1168/18 de 09-07-2018, Rec. 599/17.
STS, Sala 3ª Sec. 2ª, nº 1232/18 de 17-07-2018, Rec. 2878/17.
STS, Sala 3ª, Sec. 3, nº 1342/18 de 19-07-2018, Rec. 3662/17.
STS, Sala 3ª, Sec. 2ª, nº 1790/18, de 18-12-2018, Rec. 481/17.
STS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 60/19 de 28-01-2019, Rec. 3964/17.
STS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 120/19 de 05-02-2019, Rec. 6379/17.
STS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 160/19 de 11-02-2019, Rec. 5211/17.
STS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 191/19 de 19-02-2019, Rec. 5607/17.
STS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 257/19 de 27-02-2019, Rec. 5809/17.
STS, Sala 4ª, Pleno, nº 276/19 de 03-04-2019, Rec. 1299/17.
STS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 702/19 de 27-05-2019, Rec.4461/17.
STS Sala 3ª, Sec. 4ª, nº 709/19 de 28-05-2019, Rec. 262/16
STS, Sala 3ª, Sec. 3ª, nº 872/19 de 24-06-2019, Rec. 1307/18.
STS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 1211/19 de 23-09-2019, Rec. 4798/2018.
STS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 1334/19 de 9-10-2019, Rec. 5076/18.
STS, Sala 3ª, Sec. 5ª nº 1638/19, de 26-11-2019, Rec. 7066/18.
STS, Sala 4ª, Sec. 2ª, nº 1853/19 de 18-12-2019, Rec. 4442/18.
STS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 1865/19 de 19-12-2019, Rec. 222/19.
STS Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 22/20 de 15-01-2020, Rec.6078/18.
STS Sala 3ª, Sec. 4ª, nº 153/20 de 6-02-2020, Rec. 2909/17.
STS Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 162/20 de 10-02-2020, Rec. 531/19.
STS Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 273/20 de 26-02-2020, Rec. 1531/19.
STS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 303/20 de 2-03-2020, Rec. 871/19.
STS Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 321/20 de 4-03-2020, Rec. 5364/18.
STS Sala 3ª, Sec. 1ª, nº 307/20 de 16-06-2020, Rec. 2629/19.
STS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 900/20 de 1-07-2020, Rec. 1052/19.
STS Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 1047/20 de 20-07-2020, Rec. 6680/18.
STS Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 1048/20 de 20-07-2020, Rec. 4541/19.

STS Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 1125/20 de 27-07-2020, Rec. 3522/19.
STS Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 1136/20 de 30-07-2020, Rec. 3863/18.
STS Sala 3ª, Sec. 2ª, nº 1307/20, de 15-10-2020, Rec. 315/18.
STS Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 1472/20 de 10-11-2020, Rec. 3160/19.
STS Sala 3ª, Sec. 2ª, nº 1551/20 de 19-11-2020, Rec. 6226/18.
STS Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 1632/20 de 30-11-2020, Rec. 144/20.

AUTOS DEL TS.

ATS Sala 3ª, Sec. 1ª, nº 2791/88 de 6-02-1988.
ATS Sala 3ª, Sec. 4ª, nº 2062/88 de 2-09-1988.
ATS Sala 3ª, Sec. 1ª, nº 2027/88 de 17-11-1988.
ATS Sala 3ª, Sec. 1ª, nº 832/89 de 4-11-1989.
ATS, Sala 3ª, Sec. 3ª, nº 3527/91 de 8-05-1991.
ATS, Sala 3ª, Sec. 1ª, nº 148/91 de 21-05-1991.
ATS, Sala 3ª, Sec. 3ª, nº 3780/91 de 21-05-1991.
ATS, Sala 3ª, Sec.1ª, nº 285/91 de 16-07-1991.
ATS, Sala 3ª, Sec.1ª, nº 291/91 de 16-07-1991.
ATS, Sala 3ª, Sec. 1ª, nº 308/91 de 20-07-1991.
ATS, Sala 3ª, Sec. 1ª, nº 309/91 de 20-07-1991.
ATS, Sala 3ª, Sec. 1ª nº 2884/92 de 11-03-1992.
ATS, Sala 3ª, Sec. 1ª, nº 1464/92 de 14-05-1992.
ATS, Sala 3ª, Sec. 1ª, nº 4042/93 de 4-10-1993.
ATS, Sec. 1ª, nº 1589/93 de 4-10-1993.
ATS Sala 3ª Sec. 1 nº 150/93 de 12-07-1993.
ATS Sala 3ª Sec. 1 nº 4127/93 de 12-07/-1993, Rec. 3567/91.
ATS, Sala 3ª, Sec. 1ª, nº 4092/93 de 28-09-1993, Rec. 1539/91.
ATS, Sala 3ª, Sec. 1ª, nº 220/93 de 28-09-1993.
ATS, Sala 3ª, Sec. 4ª, nº 3866/96 de 7-06-1996, Rec. 9479/90.
ATS de Sala 3ª, Sec. 4ª, nº 3982/96 de 17-05-1996. Rec. 7636/90.
ATS Sala 3ª, Sec. 3ª, nº 6952/97 de 08-07-1997, Rec. 6824/92.
ATS Sala 3ª, Sec. 3ª, nº 3259/99 de 16-02-1999, Rec. 10012/97.
ATS Sala 3ª Sec. 4ª, nº 12064/01 de 26-11-2001, Rec. 464/01.
ATS Sala 3ª Sec. 1ª, nº 759/03 de 24-01-2003, Rec. 3364/01.
ATS Sala 3ª Sec. 4ª, nº 9087/04 de 12-07-2004, Rec. 92/03.
ATS Sala 3ª, Sec. 3ª, nº 5368/05 de 4-05-2005, Rec. 75/05.

ATS Sala 1ª, Sec. 1ª, nº 5744/05, de 13-05-2005, Rec. 106/04.
ATS Sala 3ª, Pleno, nº 1192/06 de 28-04-2006, Rec. 47/06.
ATS Sala 3ª, Pleno, nº 240/07 de 15-01-2007, Rec. 47/06.
ATS Sala 1ª, Sec. 1ª, nº 15668/07 de 28-12-2007 Rec. 182/07.
ATS, Sala 1ª, Sec. 1ª, nº 12227/08 de 11-12-2008, Rec. 204/08.
ATS Sala 3ª, Sec. 3ª nº 1084/09 de 05-02-2009, Rec. 37/08.
ATS Sala 3ª, Sec. 2ª, nº 15222/09 de 28-09-2009. Rec. 4432/06.
ATS Sala 3ª, Sec. 3ª, nº17514/09 de 18-12-2009, Rec. 545/09.
ATS, Sala 1ª, Sec. 1ª, nº 6323/10, de 11-05-2010, Rec., 359/09.
ATS Sala 3ª, Sec. 1ª, nº 10113/11, de 6-10-2011, Rec. 1809/2011.
ATS Sala 3ª, Sec. 1ª, nº 10122/11 de 6-10-2011, Rec. 1827/2011.
ATS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 9706/11 de 13-10-2011, Rec. 557/11.
ATS Sala 3ª, Sec. 1ª, nº 11312/11 de 3-11-2011, Rec. 339/11.
ATS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 11454/11 de 18-11-2011, Rec. 601/11.
ATS, Sala 3ª, Sec. 1ª, nº 1487/12 de 26-01-2012, Rec. 3117/11.
ATS Sala 3ª, Sec. 1ª, nº 2462/12 de 16-02-2012, Rec. 3535/11.
ATS Sala 3ª, Sec. 1ª, nº 2463/12 de 16-02-2012, Rec. 3610/11.
ATS Sala 3ª, Sec. 1ª, nº 3655/12 de 15-03-2012, Rec. 2855/11.
ATS, Sala 1ª, Sec. 1ª, nº 4247/12 de 27-03-2012, Rec. 41/12.
ATS, Sala 3ª, Sec. 7ª, nº 3626/12 de 10-04-2012, Rec. 3785/12.
ATS Sala 3ª, Sec. 3ª, nº 4417/12 de 8-05-2012, Rec. 313/12.
ATS Sala 3ª Sec. 3ª, de 5-06-2013, Rec. 653/12.
ATS, Sala 3ª, Sec. 1ª, nº 2803/14 de 2-04-2014, Rec. 510/2013.
ATS, Sala 3ª, Sec. 3, nº 2169/14 de 20-03-2014, Rec. 961/13.
ATS, Sala 3ª, Sec. 1ª, nº 353/17 de 1-02-2017, Rec. 3238/16.
ATS, Sala 3ª, Sec. 1ª, nº 354/17 de 1-02-2017, Rec. 2989/16.
ATS Sala 3ª, Sec. 1ª nº 9980/17 de 24-10-2017, RQ 343/17.
ATS Sala 3, Sec. 4ª nº 9997/17, de 26-10-2017, Rec. 630/17.
ATS, Sala 3ª, Sec. 5ª, nº 10498/17 de 03-11-2017, Rec. 599/17.
ATS Sala 3ª, Sec. 1ª nº 2059/18 de 21-02-2018, Rec. 5941/17.
ATS Sala 3ª, Sec. 1ª, nº 7502/18 de 25-06-2018, Rec. 236/18.
ATS Sala 3ª, Sec. 1ª, nº 9803/18 de 20-09-2018, Rec. 299/18.
ATS Sala 3ª, Sec. 1ª, nº 8/19 de 8-01-2019, Rec. 4798/18.
ATS Sala 3ª, Sec. 1ª, nº 1430/19 de 8-02-2019, Rec. Queja 2/19.

ATS, Sala 3ª, Sec. 1ª, nº 11076/19, de 28-10-2019, Rec. 3522/19.
ATS Sala 3ª, Sec. 1ª, nº 13735/19 de 4-12-2019, Rec. 3565/19.
ATS, Sala 3ª, Sec. 1ª, nº 13133/19 de 13-12-2019, Rec. 2657/18.
ATS, Sala 3ª, Sec. 1ª, nº 12952/19 de 13-12-2019, Rec. 4541/19.
ATS, Sala 3ª, Sec. 1ª, nº 1189/20, de 12-02-2020, Rec. 5237/19.
ATS, Sala 3ª, Sec. 4ª, nº 2418/20, de 25-03-2020, Rec. 88/20.
ATS, Sala 3ª, Sec. 4ª, nº 2445/20, de 31-03-2020, Rec. 91/20.
ATS, Sala 3ª, Sec. 4ª, nº 2446/20, de 20-04-2020, Rec. 91/20.
ATS Sala 3ª, Sec. 4ª, nº 4057/20 de 29-06-2020, Rec. 150/20.
ATS, Sala 3ª, Sec. 1ª, nº 5913/20, de 30-07-2020, Rec. 2118/20.
ATS Sala 3ª, Sec. 4ª, nº 6325/20 de 22-07-2020, Rec. 79/19.

SAN.

SAN Sala (Contencioso), Sec. 4ª, nº 2448/09 de 27-5-2009, Rec. 137/09.
SAN Sala (Contencioso), Sec. 8ª, nº 301/12 de 30-01-2012. Rec. 540/11.
SAN Sala (Contencioso), Sec. 2ª. nº 171/16 de 21-04-2016. Rec. 600/15.
SAN Sala (Contencioso), Sec. 2ª. nº 435/17 de 29-09-2017. Rec. 44/17.
SAN Sala (Contencioso), Sec. 3ª, nº 4849/19 11-12-2019, Rec. 942/2019.
AAN, Sala (Contencioso), Sec. 2ª, nº 77/2017, de 16-03-2017, Rec. 175/2017.
AAN, Sala (Contencioso), Sec. 2ª, nº 195/2018, de 10-05-2018, Rec. 223/2018.
AAN, Sala (Contencioso), Sec. 2ª, nº 361/2018, de 3-08-2018, Rec. 119/2018

STSJ ANDALUCÍA

STSJA, (Sede Granada), Sala (Contencioso), Sec. 2ª, nº 370/02 de 25-03-2002. Rec. 82/02.
STSJA, (Sede Sevilla), Sala (Contencioso), Sec. 4ª, nº 4247/06 de 20-01-2006. Rec. 281/05.
STSJA, (Sede Sevilla), Sala (Contencioso), Sec. 4ª, nº 4197/06 de 28-07-2006, Rec. 119/06.
STSJA, (Sede Sevilla), Sala (Contencioso), Sec. 4ª, nº 974/06 de 20-10-2006. Rec. 201/06.
STSJA, (Sede Málaga), Sala (Contencioso), Sec. 1ª, nº 2306/10 de 31-05-2010 Rec. 411/08.
STSJA, (Sede Málaga), Sala (Contencioso), Sec. 2ª, nº 4657/10 de 29-11-2010 Rec. 572/08.
STSJA, (Sede Sevilla), Sala (Contencioso), Sec. 4ª, nº 1445/10, de 27-12-10, Rec. 528/10.
STSJA, (Sede Málaga), Sala (Contencioso), Sec. 3ª, nº 1142/11 de 28-03-2011, Rec. 378/09.

STSJA, (Sede Granada), Sala (Contencioso), Sec. 1ª, nº 2777/11 de 31-10-2011. Rec. 2469/03.

STSJA, (Sede Málaga), Sala (Contencioso), Sec. 1ª, nº 2065/12 de 29-06-2012 Rec. 502/10.

STSJA, (Sede Málaga), Sala (Contencioso), Sec. 3ª, nº 396/13 de 27-02-2013, Rec. 62/13.

STSJA, (Sede Granada), Sala (Contencioso), Sec. 1ª nº 494/14 de 24-2-2014, Rec. 657/13.

STSJA, (Sede Granada), Sala (Contencioso), Sec. 1ª, nº 2986/14 de 17-11-2014. Rec. 547/11.

STSJA, (Sede Sevilla), Sala (Contencioso), Sec. 2ª, nº 134/15, de 13-02-2015, Rec. 138/14.

STSJA, (Sede Granada), Sala (Contencioso), Sec. 1ª, nº 1829/15 de 19-10-2015, Rec. 435/15.

STSJA, (Sede Granada), Sala (Contencioso), Sec. 4ª, nº 839/16 de 21-03-2016, Rec. 740/15.

STSJ A, (Sede Granada), Sala (Contencioso), Sec. 1ª, nº 2023/17 de 16-10-2017, Rec. 524/17.

STSJA, (Sede Sevilla) Sala (Contencioso), Sec. 4ª, nº 1003/2017 de 16-11-2017, Rec. 699/17.

STSJA, (Sede Málaga), Sala (Contencioso), Sec. 2ª, nº 2276/2017, de 17-11-2017, Rec.1258/2017.

STSJ A, (Sede Málaga), Sala (Contencioso), Sec. 2ª, nº 2344/2017, de 27-11-2017, Rec. 1259/2017.

STSJA, (Sede Málaga), Sala (Contencioso), Sec. 2ª, nº 2472/17 de 4-12-2017, Rec. 1378/17.

STSJA, (Sede Granada), Sala (Contencioso), Sec. 4ª, nº 2567/17 de 21-12-2017, Rec. 872/17.

STSJA, (Sede Granada), Sala (Contencioso), Sec. 4ª, nº 2602/17, de 21-12-2017, Rec. 940/17.

STSJA, (Sede Granada), Acuerdo Pleno de Sala (Contencioso), Sec. 1ª y 4ª Granada), de 26-06-2017.

STSJ A, (Sede Málaga), Sala (Contencioso), Sec. 2ª, nº 86/18, de 22-01-2018, Rec. 580/16.

STSJA, (Sede Granada), Sala (Contencioso), Sec. 1ª, nº 974/18 de 17-05-2018, Rec. 216/18.

STSJA, (Sede Granada), Sala (Contencioso), Sec. 1ª, nº 1992/19 de 12-09-2019, Rec. 4825/19.

STSJA, (Sede Granada), Sala (Contencioso), Sec. 1ª, nº 2947/19 de 18-12-2019, Rec. 3439/19.

STSJA, (Sede Granada), Sala (Contencioso), Sec. 4ª, nº 3365/20 de 29-10-2020, Rec. 1740/20.

STSJ ARAGÓN

STSJ Aragón, Sala (Contencioso), Sec. 2ª, S 17-09-2018, nº 282/2018, Rec. 399/2018.

STSJ Aragón, Sala (Contencioso), Sec. 1ª, nº 119/19 de 25-03-2019, Rec. 433/18

STSJIB.

STSJIB, Sala (Contencioso), Sec.1ª, nº 96/12 de 7-02-2012, Rec. 486/11.

STSJIB, Sala (Contencioso), Sec. 1ª. nº 515/16 de 04-10-2016, Rec. 226/16.

STSJ CANTABRIA.

STSJCant. Sala (Contencioso), Sec. 1ª, nº 475/05 de 28-10-2005, Rec. 97/05.

STSJCant. Sala (Contencioso), Sec. 1ª, nº 325/07 de 20-04-2007, Rec. 322/06.

STSJCant. Sala (Contencioso), Sec. 1ª, nº 697/12, de 25-09-12, Rec. 191/12.

STSJCant. Sala (Contencioso), Sec. 1ª, nº 175/18 de 30-04-2018. Rec. 239/17.

STSJ Castilla y León.

STSJCL, (Sede Valladolid), Sala (Contencioso), Sec.3ª, nº 1754/09 de 15-07-2009, Rec. 676/08.

STSJCL, (Sede Valladolid), Sala (Contencioso), Sec. 3ª, nº 2122/10 de 1-10-2010, Rec. 120/10

STSJCL, (Sede Burgos) Sala (Contencioso), Sec. 1ª nº 165/15, de 31-07-2015, Rec. 84/15.

STSJCL, (Sede Burgos) Sala (Contencioso), Sec. 1ª, nº 111/16 de 27-05-2016, Rec. 61/16.

STSJCL, (Sede Valladolid), Sala (Contencioso), Sec. 3ª, nº 1459/16 de 21-10-2016, Rec. 350/16.

STSJCL, (Sede Valladolid), Sala (Contencioso), Sec. 1ª, nº 166/17 de 7-02-2017. Rec. 556/16.

STSJCL, (Sede Valladolid), Sala (Contencioso), Sec. 3ª, nº 505/17 de 28-04-2017. Rec. 123/17.

STSJCL, (Burgos) Sala (Contencioso), Sec. 1ª,139/17 de 28-06-2017 Rec. 77/17.

STSJCL, (Burgos) Sala (Contencioso), Sec. 1ª, nº 178/17 de 22-09-2017, Rec. 119/17.

STSJCL, (Sede Valladolid), Sala (Contencioso), Sec. 3ª, nº 1174/17 de 25-10-2017. Rec. 413/17.

STSJCL, (Sede Burgos), Sala (Contencioso), Sec. 1ª, nº 218/17 de 03-11-2017, Rec. 130/17.

STSJCL, (Sede Valladolid), Sala (Contencioso), Sec. 3ª, nº 46/18 de 25-01-2018, Rec. 565/17.

STSJCL, (Sede Valladolid), Sala (Contencioso), Sec. 2ª, nº 435/18 de 8-05-2018, Rec. 579/17.

STSJCL, (Sede Burgos), Sala (Contencioso), Sec. 1ª, nº 164/18, de 22-06-2018, Rec. 67/18.

STSJCL, (Sede Valladolid), Sala (Contencioso), Sec. 3ª, nº 643/18 de 27-06-2018, Rec. 223/18.

STSJCL, (Sede Burgos), Sala (Contencioso) Sec. 1ª, nº 229/19, de 27-09-2019, Rec. 98/19.

STSJ CATALUÑA

STSJCat. Sala (Contencioso), Sec. 5ª, nº 494/06 de 9-06-2006, Rec. 290/05.

STSJCat. Sala (Contencioso), Sec. 3ª, nº 366/10, Rec. 368/09.

STSJCat. Sala (Contencioso), Sec. 5ª, nº 561/12, de 21-09-2012, Rec. 1448/09.

STSJCat. Sala (Contencioso), Sec. 5ª, nº 608/16, de 27-07-2011, Rec.412/14

STSJCat. Sala (Contencioso), Sec. 3ª, nº 937/18, 31-10-2018, Rec. 388/217.

STSJ COMUNIDAD VALENCIANA

STSJCV, Sala (Contencioso), Sec. 3ª, nº 52/03 de 08-01-2003, Rec. 394/02.

STSJCV, Sala (Contencioso), Sec. 3ª, nº 1416/05 de 15-07-2005, Rec. 1270/04.

STSJCV, Sala (Contencioso), Sec. 5ª, nº 97/11 de 2-02-2011, Rec. 119/10.

STSJCV, Sala (Contencioso), Sec. 5ª, nº 559/11 de 6-07-2011, Rec. 659/10.

STSJCV, Sala (Contencioso), Sec. 5ª, nº 857/11, de 26-10-2011, Rec. 716/10.

STSJCV, Sala (Contencioso), Sec. 1ª, nº 498/14 de 28-05-2014, Rec. 112/14.

STSJCV, Sala (Contencioso), Sec. 5ª, nº 790/15 de 18-09-2015, Rec. 656/13.

STSJCV, Sala (Contencioso), Sec. 5ª, nº 422/17 de 28-04-2017, Rec. 303/15.

STSJCV, Sala (Contencioso), Sec. 5ª, nº 856/18 de 28-09-2018, Rec. 748/18.

STSJCV, Sala (Contencioso), Sec. 5ª, nº 212/19 de 12-03-2019, Rec.1311/18.

STSJCV, Sala (Contencioso), Sec. 5ª, nº 232/19 de 23-03-2019, Rec. 881/17.

STSJCV, Sala (Contencioso), Sec. 5ª, nº 291/19 de 11-04-2019, Rec. 388/17.

STSJCV, Sala (Contencioso), Sec. 4ª, nº 235/2020, de 10-06-2020, Rec. 416/19.

STSJCV, Sala (Contencioso), Sec. 4ª, nº 253/2020 de 10-06-2020, Rec. 478/19.

ATSJV, Sala (Contencioso), Sec. 2ª, de 14-05-2014, Pieza de medidas Cautelarisimas 223/14.

STSJ GALICIA

STSJG, Sala (Contencioso), Sec. 2ª, nº 120/01 de 25-01-2001. Rec. 5395/97

STSJG, Sala (Contencioso), Sec. 1ª, nº 611/11 de 01-06-2011. Rec. 695/10.

STSJG, Sede (Coruña), Sala (Contencioso), Sec. 1ª, nº 537/14 de 1-10-2014, Rec. 537/14.

STSJG, Sede (Coruña), Sala (Contencioso), Sec. 1ª, nº 425/18 de 11-10-2018, Rec. 56/18.

STSJ MADRID.

STSJM, Sala (Contencioso), Sec. 9ª, nº 48/01 de 13-11-2001, Rec. 61/01.
STSJM, Sala (Contencioso), Sec. 8ª, nº 188/07 de 28-02-2007. Rec. 5/07.
STSJM, Sala (Contencioso), Sec. 5ª, nº 563/07 de 26-03-2007, Rec. 415/06.
STSJM, Sala (Contencioso), Sec. 3ª, nº 392/07 de 18-05-2007, Rec. 152/07.
STSJM, Sala (Contencioso), Sec. 9ª, nº 930/07 de 10-07-2007, Rec. 53/07.
STSJM, Sala (Contencioso), Sec. 9ª, nº 1380/07 de 6-11-2007, Rec. 243/07.
STSJM, Sala (Contencioso), Sec. 6ª, nº 1517/07 de 04-12-2007, Rec. 651/07.
STSJM, Sala (Contencioso), Sec. 9ª, nº 388/08 de 25-03-2008, Rec. 679/07.
STSJM, Sala (Contencioso) Sec. 2ª, nº 1221/08 de 19-06-2008. Rec. 107/08.
STSJM, Sala (Contencioso-Administrativo, Sec. 8ª, nº 569/08 de 23-07-2008, Rec. 569/08.
STSJM, Sala (Contencioso), Sec. 1ª, nº 783/09 de 05-06-2009, Rec. 334/09.
STSJM, Sala (Contencioso), Sec. 8ª, nº 1528/09 de 22-07-2009. Rec. 412/09.
STSJM, Sala (Contencioso), Sec. 9ª, nº 1470/09 de 22-10-2009, Rec. 1137/08.
STSJM, Sala (Contencioso), Sec. 1ª, nº 195/10 de 26-02-2010, Rec. 1639/09.
STSJM, Sala (Contencioso), Sec. 10ª, nº 79/10 de 15-04-2010, Rec. 139/10.
STSJM, Sala (Contencioso), Sec. 5ª, nº 95/12 de 31-01-2011, Rec. 1172/11.
STSJM, Sala (Contencioso), Sec. 3ª, nº 10260/11 de 20-06-2011, Rec. 549/10.
STSJM, Sala (Contencioso), Sec. 2ª, nº 1148/12, de 19-07-2012, Rec. 463/12.
STSJM, Sala (Contencioso), Sec. 2ª, nº 1731/12 de 13-12-2012, Rec. 1054/12.
STSJM, Sala (Contencioso), Sec. 4ª, nº 644/13 de 24-10-2013, Rec. 465/13.
STSJM, Sala (Contencioso), Sec. 9ª, nº 109/14 de 24-01-2014, Rec. 454/13.
STSJM, Sala Contencioso), Sec. 2., nº 229/14 de 5-03-2014, Rec. 1296/12.
STSJM, Sala (Contencioso), Sec. 5ª, nº 721/14 de 30-05-2014, Rec. 227/14.
STSJM Sala (Contencioso), Sec. 1ª, nº 22/16 de 30-07-2014 Rec. 1796/13.
STSJM, Sala (Contencioso), Sec. 6ª, nº 520/14 de 26-09-2014, Rec. 660/14.
STSJM, Sala (Contencioso), Sec. 1ª, nº 801/14 de 27-11-2014, Rec. 494/14.
STSJM, Sala (Contencioso), Sec. 10ª, nº 588/15 de 4-02-2015, Rec.783/14.
STSJM, Sala (Contencioso), Sec. 10ª, nº 403/15 de 8-06-2015, Rec.136/15.
STSJM Sala (Contencioso), Sec. 6ª, nº 295/15, de 30-06-2015, Rec. 209/15.
STSJM, Sala (Contencioso), Sec. 10ª, nº 670/15 de 14-10-2015, Rec. 208/15.
STSJM, Sala (Contencioso), Sec. 10ª nº 653/15 de 20-10-2015, Rec. 310/15.
STSJM, Sala (Contencioso), Sec. 9ª, nº 900/15 de 6-11-2015, Rec. 730/14.
STSJM, Sala (Contencioso), Sec. 10ª, nº 738/15, de 18-11-2015, Rec. 583/15

STSJM, Sala (Contencioso), Sec. 10ª nº 787/15, de 26-11-2015, Rec. 440/15.
STSJM, Sala Contencioso), Sec. 10, nº 815/15 de 11-12-2015, Rec. 705/15.
STSJM, Sala (Contencioso), Sec. 10ª, nº 833/15 de 18-12-2015, Rec. 797/15.
STSJM. Sala (Contencioso), Sec. 10, nº 81/16 de 16-02-2016, Rec. 520/15.
STSJM, Sala (Contencioso), Sec. 2ª, nº 57/17 de 1-02-2017, Rec. 893/16.
STSJM, Sala (Contencioso), Sec. 1ª, nº 325/17, de 19-04-2017, Rec. 1522/16.
STSJM Sala (Contencioso), Sec.1ª, nº 506/17 de 26-06-2017, Rec. 1186/16.
STSJ M (Contencioso), Sec. 9ª, nº 563/17, de 21-07-2017, Rec. 565/16.
STSJM, Sala (Contencioso), Sec. 1ª, nº 877//17 de 18-12-2017, Rec. 1457/16.
STSJM, Sala (Contencioso), Sec. 1, nº 58/18, de 26-01-2018, Rec. 41/17.
STSJM, Sala (Contencioso), Sec. 2ª, nº 67/18 de 5-02-2018, Rec. 1009/17.
STSJM, Sala (Contencioso), Sec. 10ª, nº 114/18 de 26-02-2018, Rec. 739/17.
STSJM, Sala (Contencioso), Sec. 10ª, nº 154/18 de 6-03-2018, Rec. 348/17.
STSJ M, Sala (Contencioso), Sec. 1ª, nº 307/18 de 19-04-2018, Rec. 924/17.
STSJM Sala (Contencioso), Sec. 10ª, nº 396/18 de 12-06-2018, Rec. 216/18.
STSJM, Sala (Contencioso), Sec. 2ª, nº 586/18 de 25-07-2018, Rec. 234/18.
STSJM, Sala (Contencioso), Sec. 1ª, nº 817/18, de 30-10-18, Rec. 1491/17.
STSJM, Sala (Contencioso), Sec. 1ª, nº 841/18 de 5-11-18 Rec. 562/18.
STSJM, Sala (Contencioso), Sec. 10ª, nº 604/19 de 25-07-2019, Rec. 209/19.
STSJM, Sala (Contencioso), Sec. 10ª, nº 732/20 de 23-10-2020, Rec. 496/20.
ATSJM, Sala (Contencioso), Sec. 1ª, de 23-04-18, Rec. (Pieza separada) 1491/17.
ATSJM, Sala (Contencioso), Sec. 1ª, de 23-05-18, Rec. (Pieza separada) 562/18.

STSJ MURCIA.

STSJMur. Sala (Contencioso), Sec. 1ª, nº 872/11 de 30-09-2011, Rec. 110/10.
STSJMu. Sala (Contencioso), Sec. 1ª, nº 223/19 de 17-04-2019, Rec. 62/19.

STSJ NAVARRA.

STSJN Sala (Contencioso), Sec. 1ª, nº 898/04 de 27-09-2004, Rec. 1125/02.
STSJN Sala (Contencioso), Sec. 1ª, nº 69/18 de 26-02-2018, Rec. 2/18.

STSJ PAÍS VASCO.

STSJPV Sala (Contencioso), Sec. 3ª, nº 774/07 de 14-12-2007, Rec. 309/07.
STSJPV Sala (Contencioso), Sec. 2ª, nº 403/08 de 13-06-2008, Rec. 453/08.
STSJPV Sala (Contencioso) Sec. 2ª, nº 747/09 de 20-11-2009, Rec. 54/08.
STSJPV (Sede Bilbao), Sala (Contencioso), Sec.3, nº 668/15 de 10-12-2015, Rec. 258/14.
STSJPV Sala (Contencioso) Sec. 2ª, nº 8/16, de 15-01-2016, Rec. 796/15.

STSJPV Sala (Contencioso) Sec.3ª, nº 316/16, de 5-07-2016, Rec. 257/16.
STSPV, Sala (Contencioso), Sec. 3ª, nº 557/16 de 22-11-2016, Rec. 135/16.
STSPV, Sala (Contencioso) Sec. 2ª, nº 35/17 de 25-01-2017, Rec. 668/16.
STSJPV, Sala (Contencioso), Sec. 1ª, nº 209/18 de 03-05-2018, Rec. 41/18.
ATSJPV, Sala (Contencioso), Sec. 2ª, nº 371/04 de 22-12-2004, Rec. 1805/04.

STSJ RIOJA.

STJSR Sala (Contencioso), Sec. 1ª, nº 258/08 de 30 -10-2008. Rec. 85/08.

AUTOS TSJ.

ATSJ Castilla la Mancha, (sede en Albacete), Sala (Contencioso), nº 362/2019 de 25-07-2019.

AUDIENCIAS PROVINCIALES.

SAP de Palencia, nº 359/99 de 23-11-1999, Rec. 169/99.

SENTENCIAS JUZGADOS.

SJCA nº 9 de Barcelona de 09-06-2014, Rec. 24/13.
SJCA nº 4 Alicante, nº 70/15 de 19-02-2015, Rec. 218/14.
SJCA nº 1 de Orense, nº 163/16, de 5-09-2016, Rec. 60/16.
SJCA nº 1 Bilbao, nº 42/18 de 23-03-2018, Rec. 216/17.
SJCA nº 4 Málaga, nº 314/18 de 27-07-2018, Rec. 165/18.
SJCA nº 9 Valencia, nº 403/19, de 23-12-2019, Rec. 175/19.
SJCA nº 17 de Barcelona, nº 245/2020 de 15-09-2020. Rec. PA 26/20.

AUTOS DE JUZGADOS.

AJCA nº 8 Valencia, nº 172/09 de 18-5-2009, Rec. 70/09
AJCA nº 1 San Sebastián, PA 152/10
AJCA nº 3, Bilbao, Pieza Separada 46/11.
Acuerdo Gubernativo nº 286/2012, de los Juzgados de Instrucción nº 6, 19 y 20 de M, de 27-02-2012.
Auto del Juzgado de Instrucción de Control de los CIE Las Palmas de Gran Canaria, de 30-03-2012
AJCA nº2 Bilbao, nº 20/2012 de 08-05-2012. Rec.104/12. Pieza separada 17/12.
Auto del Juzgado de Instrucción nº 3 Control de CIE Valencia, de 21-12-2012.
AJCA nº 5 Valencia, de 08-05-2015, Rec. 56/15.
AJCA nº 4 de Santa Cruz de Tenerife de 08-05-2015, Rec. 104/15.
AJI nº 6 M de 20-12- 016.
AJI nº 1 de Algeciras (Cádiz), de 9-05-2017.
AJCA nº 7 Barcelona, nº 89/2017 de 30-08-2017, Rec. 309/17.

AJCA nº 1 Toledo de 12-03-2018.
AJCA nº 2 de Toledo, nº 6/18 de 16-04-2018, 20/18.
AJCA nº 20 de M, de 23-01-2019.
AJI nº 3 de Valencia, nº 50/19 de 25-07-2019.
AJCA nº 1 de Granada, de 4-09-2019, PA nº 1052.1/19.
AJCA nº 4 de Zaragoza, de 17-09-2018, PA 276/18.
AJCA nº 4 de Granada, nº 1469/19 de 24-10-2019, PA nº 1437/19.
AJCA nº 3 de Pontevedra, de 11-11-2019.
AJCA nº 3 de Granada, nº 1667/19 de 20-12-2019, PA nº 1711/19.
AJI nº 3 de Valencia, S/N de fecha 13-03-2020.
AJCA. nº 5 de Granada nº 452/20 de 8-07-2020, Rec. PA 407/20.
AJCA nº 4 de Granada nº 486/20 de 14-07-2020, Rec. PA 402/20.
AJCA nº 2 de Almería nº 179/20 de 24-07-2020, Rec. PA 109.1/20.
AJCA nº 2 de Melilla, S/N de 22-07-2020 Rec. PA 30/2020.
AJCA nº 1 de Granada nº 560/20 de 28-07-2020, Rec. PA 394/20.
AJCA, nº 6 de Valencia S/N de 3-09-2020, PA 156/20.
AJCA, nº 3 de Huelva S/N de 16-09-2020, PA 445/19.
AJCA, nº 34 de M, nº 79/20 de 16-09-2020, PA 168/20.
AJCA nº 3 Granada nº 661/20 de 28-10-2020, PA 1.711/19.