

LA EFECTIVIDAD DEL DERECHO DE DEFENSA
DEL EXTRANJERO EN LA FRONTERA ESPAÑOLA: POSIBLE
QUIEBRA DEL SISTEMA DE GARANTÍAS JURÍDICAS*
*THE EFFICIENCY OF THE RIGHT TO DEFENSE OF MIGRANTS
AT SPANISH BORDERS. POSSIBLE FAILURE OF THE SYSTEM
OF JUDICIAL GUARANTEES*

Susana CUADRÓN AMBITE**

RESUMEN: El presente artículo analiza la evolución legislativa en torno al contenido y efectividad del derecho de defensa de los extranjeros en un momento y lugar determinados, esto es, cuando se encuentran en frontera y pretenden entrar en territorio nacional y, por ende, en el espacio Schengen. El Estado español en esta materia ha tenido que conciliar la política migratoria impuesta por la Unión Europea y las exigencias constitucionales. De ello surge un sistema de garantías que actualmente podríamos considerar como eficaz y, que no obstante, la presión migratoria que España viene sufriendo en los últimos años, especialmente en nuestra frontera con Marruecos, ha supuesto que el gobierno quebrante el mismo tratando de legalizar actuaciones que nuestra práctica legal y jurisprudencial considera inconstitucionales.

Palabras clave: extranjeros, control fronterizo, denegación de entrada en territorio español, devolución, derecho de defensa.

ABSTRACT: *This paper analyzes legislative development regarding the content and effectiveness of the right to defense of migrants in a set place and time, which is when they are at the border and seek entrance into national territory, and hence into the Schengen area. The Spanish Government has had to reconcile the migratory policies imposed by the European Union along with the constitutional demands in respect to this matter. As a result, a system of guarantees has been created which may be considered efficient, nevertheless, the migratory pressure which Spain has been subject to, especially on its border with Morocco has caused the Government to fail upon these when trying to legalize actions which our legal practice and jurisprudence deem unconstitutional.*

Keywords: *Migrants. Border Control, Refusal of entry into Spanish Territory, Right to Defense.*

* Artículo recibido el 28 de noviembre de 2014 y aceptado para su publicación el 9 de mayo de 2015.

** Licenciada en derecho por la Universidad Complutense de Madrid y abogada en ejercicio del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid desde 1996. Actualmente doctoranda en la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), en Madrid (España). Este artículo forma parte del contenido de la tesis doctoral que la autora lleva a cabo en la UNED, cuyo título es “Protección jurisdiccional de extranjeros en frontera”, bajo la dirección de Juan Manuel Goig Martínez y la codirección de Marina Vargas Gómez-Urrutia.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado
nueva serie, año XLVIII, núm. 144,
septiembre-diciembre de 2015, pp. 973-1003

SUMARIO: I. *Introducción. España: frontera exterior.* II. *Mecanismos de control de entrada de extranjeros.* III. *El efectivo derecho de defensa en frontera.* IV. *Quiebra del derecho a la defensa y del sistema de garantías: las “devoluciones en caliente”.* V. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN. ESPAÑA: FRONTERA EXTERIOR

Con la adhesión por parte de España al Acuerdo Schengen y su Convenio de Aplicación,¹ relativo a la supresión gradual de controles en las fronteras comunes de la Unión Europea, se procede a reorganizar todo el sistema fronterizo de los países miembros a fin de que el control de entrada sobre extranjeros no comunitarios² se traslade a la fronteras exteriores, eliminándose de esta forma tanto las fronteras como los controles internos.

El objetivo de este Acuerdo, por tanto, es la creación de un espacio común que ha venido denominándose “espacio Schengen”, “que es el espacio resultante de la suma de los territorios de los Estados que sean partes en el mismo”;³ en el cual los ciudadanos de los Estados firmantes podrán circular libremente, y para ello se han ido adoptando una serie de medidas con la finalidad de suprimir los controles fronterizos internos y, por ende, el establecimiento de una sola frontera exterior común frente a los nacionales de países extranjeros; se trata de no sólo una frontera sino lo que es más importante, del establecimiento de un ordenamiento jurídico común a efectos de entrada, circulación y residencia frente a ciudadanos extranjeros.⁴

¹ Acuerdo Schengen del 14 de junio de 1985 y Convenio de Aplicación del 19 de junio de 1990.

² El mismo Acuerdo Schengen establece la definición de nacional comunitario de forma negativa, al señalar que es extranjero “cualquier persona que no sea nacional de los Estados miembros de las Comunidades Europeas”. Artículo 1o. del Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen.

³ Jiménez de Parga Maseda, P., *El derecho a la libre circulación de las personas físicas en la Europa comunitaria*, Tecnos, 1994, p. 142.

⁴ Artículo 1o. del Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen: “A los efectos del presente convenio se entenderá por: Fronteras interiores: Las fronteras terrestres comunes de las partes contratantes, así como sus aeropuertos por lo que respecta a sus vuelos interiores y sus puertos marítimos por lo que respecta a los enlaces regulares de transbordadores con procedencia o destino exclusivamente en otros puertos de los territorios de las partes contratantes y que no efectúen escala en los puertos ajenos a dichos territorios.

Así y tras la incorporación de España a la Unión Europea, dada su especial situación geográfica, nuestro país se convierte en el destino principal de un gran número de extranjeros que pretenden establecerse y trabajar, o bien, servir de acceso o puente para la entrada a otros países de Europa. De esta forma España se transforma de un país básicamente emigrante a un país receptor de inmigración. El motivo de ello es obvio: el desarrollo económico, social, político y educativo que ha tenido lugar en nuestro país a lo largo de los años noventa. La evolución de nuestra sociedad, el desarrollo del Estado de bienestar en todos sus aspectos, principalmente sanitario y educativo, trajo consigo una reestructuración del mercado laboral español que significó, en última instancia, la necesidad de una mano de obra extranjera con la finalidad de que ocupara puestos de trabajo y realizara aquellas actividades que los españoles *ya no estábamos dispuestos a desarrollar*. Consecuencia de ello fue que el número de extranjeros que llegó a nuestro país en la década 1990/2000, atraídos por las condiciones favorables de derechos y trabajo existentes, fue de gran importancia: en realidad, se produjo un fenómeno migratorio de rápido crecimiento con la llegada de verdaderas oleadas de inmigrantes de distintas nacionalidades y que claramente alteraron la composición de la población española. Con ello podemos afirmar que es en 2000 cuando se produce, en palabras de Cachón Rodríguez, “una institucionalización de la inmigración en España”.⁵

Nos encontramos de esta forma que España se erige en una de las fronteras exteriores de gran relevancia toda vez que es a través de nuestro país que se produce la llegada de un gran número de extranjeros procedentes, por un lado, del norte de África y del resto de países subsaharianos, a través de Marruecos, como consecuencia de la cercanía con la frontera con dicho país y, por otro lado, ciudadanos de origen latinoamericano, debido a la proximidad no sólo idiomática sino también histórica y cultural. Consecuencia de ello es que el territorio español ha sufrido no sólo una de las más importante presiones a nivel migratorio sino también por parte de la Unión Europea, a fin de evitar la llegada y permanencia de

Fronteras exteriores: Las fronteras terrestres y marítimas, así como los aeropuertos y puertos marítimos de las partes contratantes, siempre que no sean fronteras exteriores... Tercer Estado: Todo Estado que no sea una de las partes contratantes”.

⁵ Cachón Rodríguez, L., “Inmigración y mercado de trabajo en España: ¿suecas o ecuatorianas?”, en Varios autores, *Inmigración, extranjería y asilo*, Colex, 2005, p. 148.

nacionales de terceros países en el denominado *espacio Schengen*; lo que ha significado, en última instancia, el establecimiento de un régimen de control estricto con la finalidad de controlar los flujos migratorios así como la llegada y entrada física de extranjeros.

II. MECANISMOS DE CONTROL DE ENTRADA DE EXTRANJEROS

Así las cosas, nos encontramos actualmente que en nuestra legislación se regulan básicamente tres mecanismos de control, en primer lugar, la exigencia del requisito del visado que se expide por las autoridades consulares en el país de origen del extranjero o en el que tenga su residencia habitual, y los otros dos mecanismos cuya incidencia tiene lugar en la frontera física y en el momento en que se produce la entrada que son: denegación de entrada y regreso por un lado, así como devoluciones por otro.

1. *Visado*

En cuanto al primero de ellos, esto es la concesión del visado o mejor dicho la denegación del mismo, se erige como uno de los medios más eficaces de control de los flujos migratorios y la llegada de extranjeros habida cuenta de que, por un lado, la regla general es la exigencia del mismo, incluso para estancias de corta duración, esto es, inferiores a tres meses y, por otro, porque el visado siempre se solicita con carácter previo.⁶

Además será el Estado, en el ejercicio de su soberanía y atendiendo a los compromisos internacionales vigentes en la materia así como al cumplimiento de los fines de la política exterior y de otras políticas públicas españolas o de la Unión Europea (en adelante UE), como la política de inmigración,⁷ quien tenga la potestad para denegar o conceder el visado, posibilitando de esta forma la *elección* de unos extranjeros en detrimento de otros, principalmente inmigrantes económicos.

⁶ Moya Malapiera, D., “La evolución del sistema de control migratorio de entrada en España”, *Veinte años de inmigración en España. Perspectivas jurídica y sociológica. 1984 a 2004*, Fundación CIDOB, 2006, p. 63.

⁷ Artículo 27.4 de la Ley Orgánica de Extranjería (en adelante LO Ex) 4 /2000, en su redacción actual.

Obviamente, la función del visado como instrumento de control es innegable si bien no vamos a ahondar más en ello toda vez que no es objeto de este trabajo.

Centrémonos pues en la actuación de la administración y en los mecanismos de control de los que se puede hacer valer a fin de evitar y restringir la entrada de extranjeros en territorio nacional, a través de nuestra frontera, y que incidirán de forma directa en el ejercicio de los derechos fundamentales por parte de los extranjeros.

2. Denegación de entrada y regreso

Partiendo del hecho, jurisprudencialmente admitido, de que los extranjeros no son titulares del derecho fundamental a entrar en España, toda vez que no se considera un *derecho imprescindible para la garantía de la dignidad humana*⁸ y que, por tanto, puede determinarse la imposición u observancia de determinados requisitos para su ejercicio; el legislador ha fijado una serie de exigencias que los extranjeros deben cumplir para entrar en territorio español y, por ende, poder ejercer ese derecho que el artículo 19 de nuestra Constitución (en adelante CE) reconoce plenamente a los españoles y que, conforme al artículo 13 del mismo texto legal y, en virtud de los distintos acuerdos suscritos por España, también se predica de los ciudadanos de los países miembros del espacio Schengen.

⁸ Nuestro Tribunal Constitucional desde la Sentencia 107/84, y tratando de hacer una interpretación sistemática del texto constitucional, poniendo en relación los artículos 10 y 13 de la Ce, con el resto de artículos del capítulo primero, título I, lleva a cabo una clasificación tripartita de los derechos constitucionales. Así y conforme al principio de la dignidad humana, distingue entre aquellos derechos que son inherentes a dicha dignidad de aquellos que no son imprescindibles. Respecto de los primeros, los extranjeros podrán ser titulares de los mismos y ejercer en igualdad de condiciones que los españoles, sin que puedan imponerse condicionamientos a su ejercicio con base en la nacionalidad o a su situación administrativa. Entre otros y dentro de este grupo, podemos señalar el derecho a la vida (artículo 15 de la CE), a la libertad y seguridad (artículo 17), a la defensa (artículo 24)... Por el contrario, existen otros derechos que si bien se predicen también de los extranjeros, puede condicionarse su ejercicio al cumplimiento de determinados requisitos y, por tanto, no podrán ser ejercidos en igualdad de condiciones con los españoles, como sucede con el elenco de derechos que se recogen en el artículo 19 de la Ce, como es el derecho de entrada y libre circulación y residencia en el territorio español. Este criterio ha sido mantenido en sentencias posteriores, como 115/87, 94/93, 22/94, 236/07, entre otras.

A. *Requisitos de entrada para estancias de corta duración*⁹

Pues bien, tales requisitos vienen regulados en el artículo 25 de la Ley Orgánica de Extranjería 4/2000 (en adelante LO Ex) así como en el Reglamento de ejecución de la misma aprobado por Real Decreto 557/2011 (en adelante RD), concretamente en los artículos 1o. al 14: estar en posesión de un pasaporte o título de viaje, que acredite su identidad, reconocido y en vigor; efectuar la entrada por puestos habilitados; visado, en el caso de que fuera necesario; acreditar medios económicos para su estancia en territorio Schengen; justificar el motivo y las condiciones de la estancia; no tener ninguna prohibición de entrada y no figurar como rechazables.

En cuanto a la exigencia del visado y tal y como ya hemos señalado, se trata de una exigencia de carácter general; existen, por el contrario una serie de países, en aplicación de la política europea en materia de visados, a cuyos nacionales no se les exige este requisito para estancias de corta duración, esto es, estancias no superiores a 90 días dentro de un periodo de seis meses.¹⁰ Será en estos casos y respecto de los nacionales de estos países, que los controles de entrada serán más exhaustivos toda vez que para aquellos nacionales a quienes se les exige el visado, y ya vengán provistos del mismo, los controles relativos a medios económicos, justificación de los motivos del viaje y de las condiciones de estancia así como la comprobación de si el extranjero se encuentra incurso en alguno de los motivos de prohibición de entrada, ya se ha efectuado en el país de origen y por las autoridades consulares, determinando su concesión si cumplen con tales exigencias.

⁹ Hablaremos tan sólo de los supuestos de extranjeros que pretenden entrar en territorio español y, por ende, en territorio del espacio Schengen, y permanecer durante un corto periodo de tiempo, en todo caso, inferior a 90 días, toda vez que los extranjeros que vienen a residir y/o trabajar, se encuentran sometidos a un régimen distinto donde las figuras de control de entrada no se van a aplicar en frontera.

¹⁰ El listado de países a quienes no se les exige visado en tales circunstancias se recoge en el anexo II del Reglamento del Consejo, 539/2001, entre los que podemos señalar Estados Unidos, Canadá, Chile, Argentina, Venezuela o Japón.

B. *Incumplimiento de los requisitos de entrada*

Previamente al desarrollo de la presente cuestión hemos de hacer dos precisiones: la primera, que diferenciaremos dos tipos de incumplimiento puesto que las consecuencias son distintas: por parte de aquellos nacionales de terceros países que presentándose en el puesto fronterizo, no cumplen con el resto de exigencias referidas, y la de aquellos otros que entran o tratan de entrar ilegalmente, es decir, por lugares no habilitados para ello. Y la segunda que, como comprobaremos, la actuación de la administración, adquiere en estos supuestos una gran importancia toda vez que serán los funcionarios encargados del control fronterizo quienes tras realizar las oportunas comprobaciones tendentes al cumplimiento de los requisitos, y en el caso de que no se acrediten los mismos, procederán a denegar la entrada, siendo el jefe de servicio de fronteras el competente para ello.¹¹ En el caso de la devolución, ésta será acordada por la autoridad gubernativa competente para la expulsión (artículo 58.5 de la LO 4/2000),¹² si bien serán los funcionarios de los cuerpos de seguridad del Estado, encargado de la custodia de las costas y fronteras, quienes intervendrán de forma directa en el procedimiento toda vez que serán los que interceptarán a los extranjeros en la frontera y les conducirán a la correspondiente comisaría del Cuerpo Nacional de Policía, a efectos identificativos y, en su caso, a la devolución (artículo 23.2 del RD 557/2011).

C. *Extranjeros en el puesto fronterizo: entrada legal*

A los extranjeros que no cumplan con los requisitos de entrada, se les denegará ésta mediante resolución motivada y notificada, con información de los recursos que puedan interponerse así como el plazo y el órgano ante el que deban interponerse, así como su derecho a la asistencia letrada que podrá ser de oficio y, en su caso, de intérprete (artículo 15 del RD 557/2011).

¹¹ Artículo 15 del Rd 557/2011: “Los funcionarios responsables del control denegarán la entrada en el territorio español a los extranjeros que no reúnan los requisitos establecidos en este capítulo...”.

¹² La autoridad gubernativa será el delegado de gobierno o, en su caso, el subdelegado de gobierno de la provincia correspondiente, en el caso de Comunidades Autónomas con más de una provincia.

La consecuencia de dicha denegación de entrada es el regreso de los extranjeros al país de su procedencia, pudiéndose adoptar de forma inmediata las medidas necesarias para que el extranjero regrese en el plazo más breve posible (artículo 60 de la LO 4/2000).

La denegación de entrada es una figura jurídica que ya se contemplaba tanto en la LO Ex 7/85 de 1o. de julio como en los reglamentos de ejecución de la misma;¹³ sin embargo, no se hallaba provista de garantía alguna, es decir, no se regulaba la existencia de ningún procedimiento administrativo a fin de determinar en qué condiciones y conforme a qué criterios se acordaba tal medida. Ello significaba que los extranjeros que trataban de entrar a España a través de los puestos fronterizos legalmente establecidos para ello, en muchas ocasiones, se les denegaba la entrada de forma arbitraria sin que existiera control alguno sobre la actuación de la administración, llegándose a producir situaciones de evidente vulneración de los derechos fundamentales como el derecho a la defensa toda vez que los extranjeros desconocían los motivos por los que se les denegaba la entrada o no proporcionando la posibilidad de ser asistidos por un letrado; o incluso el derecho a la libertad puesto que la denegación de entrada, conllevaba —y conlleva— el retorno al país de procedencia; por lo que hasta que se producía el mismo, el extranjero permanecía en el puesto fronterizo, sin ningún tipo de control judicial sobre esa situación que constituía, a nuestro modo de ver, una manifiesta detención ilegal.¹⁴

¹³ Reglamentos aprobados por RD 1119/86 y RD 155/96.

¹⁴ El Informe del Defensor del Pueblo de 1996 se hace eco de tal situación al señalar que “Durante el presente año, se ha visto incrementado el número de quejas tramitadas con motivo del rechazo de que son objeto ciudadanos extranjeros a los que no se les permite la entrada en territorio nacional, al no cumplir con los requisitos establecidos en la normativa vigente. Del conjunto de las quejas recibidas se sigue apreciando que existe una falta de objetividad a la hora de determinar qué personas pueden acceder a nuestro país y aquellas que son objeto de rechazo, este último motivado, en algunas ocasiones, por una presunción de que el fin último del viaje es algún tipo de inmigración ilegal, si bien se ha observado que las investigaciones para determinar que, efectivamente, estos supuestos pueden suponer un fraude de ley, no se llevan a cabo con la profundidad necesaria... Esta institución entiende, y así lo ha venido señalando en los últimos informes presentados ante esas Cortes Generales, que es necesario adecuar determinados aspectos complementarios a las necesidades reales de los puestos fronterizos y, en concreto, la importancia que tiene poder ejercer algún tipo de control sobre los actos administrativos que a diario se producen en dichos puestos, provenientes de las decisiones que los responsables de fronteras adoptan cuando deciden la admisión o no de un extranjero en territorio nacional...”. Véase Re-

No es sino hasta la LO 4/2000, que no se reconoce el derecho a la defensa de aquellos extranjeros cuya entrada vaya a ser denegada, regulándose además la obligatoriedad por parte de la administración de que dicha denegación sea comunicada y notificada por escrito al interesado con indicación de los recursos que puede interponer. Llegamos así al actual sistema de garantías jurídicas, donde a través de los artículos 20 a 22 de la LO 4/2000, el legislador, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 24 de nuestra Ce, señala con carácter general el derecho de los extranjeros a la asistencia jurídica gratuita y a un intérprete en cualquier jurisdicción e igualmente en *todos los procedimientos administrativos que puedan llevar a su denegación de entrada, devolución o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de protección internacional*.¹⁵

3. Devolución

En cuanto a la devolución, ésta se prevé para dos situaciones: la de los extranjeros que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada, así como aquellos que la tengan prohibida por causa legalmente establecida en virtud de convenios internacionales en los que España sea parte (artículo 26 de la LO 4/2000) y en los casos en que los extranjeros pretendan entrar ilegalmente en el país, *entendiéndose como tal, por un lado, la mera tentativa de entrada y, por otro, el espacio de tierra firme del territorio nacional*.¹⁶

En estos casos la propia legislación indica que no es necesario expediente de expulsión pero ello no es óbice para negar la existencia de un procedimiento administrativo por muy sucinto que sea toda vez que los extranjeros, cuando van a ser devueltos, igualmente gozan de las mismas garantía jurídicas y del ejercicio del derecho a la defensa (resolución mo-

quejo Rodríguez, P., *El internamiento de extranjeros*, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 80 y 81, que a los extranjeros a quienes se les deniega la entrada, se les aísla en la zona internacional, dificultando que contacten con parientes, amigos e incluso abogados. Por eso se recuerda al Ministerio del Interior que su actuación puede ser discrecional pero no arbitraria. De ahí que sea exigible objetividad en las decisiones de sus funcionarios, muchas veces guiadas por circulares desconocidas y basadas en presunciones, que se informe a los extranjeros con precisión claridad y por escrito de los motivos del rechazo, así como de los recursos que puedan interponer, ante quién y en qué plazo.

¹⁵ Artículo 22.2 de la LO 4 /2000.

¹⁶ Sentencias del Tribunal Supremo (STSS) del 20 de marzo del 2003 y 3 de octubre de 2003.

tivada, con indicación de los recursos que proceden, asistencia letrada y, en su caso, de intérprete) que se establece para la medida de denegación de entrada. No obstante, y a pesar de la sumariedad de este tipo de procedimientos, adquiere especial relevancia la necesidad de dar audiencia al extranjero, garantía que ha sido reconocida expresamente por nuestro Tribunal Supremo.¹⁷

Se establecen, no obstante, dos excepciones a la ejecución de la devolución, quedando, por tanto, en suspenso y son los que se recogen en el artículo 23 del Reglamento, a saber: la primera, en el caso de mujeres embarazadas cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre; o se trate de personas enfermas y la medida pueda suponer un riesgo para la salud, y el segundo, cuando los extranjeros formalicen una petición de protección internacional hasta que sea resuelta, o bien, inadmitida.

4. *Naturaleza jurídica*

La denegación de entrada no posee un carácter sancionador,¹⁸ habida cuenta de que el extranjero no infringe la legalidad en esta materia sino que se apersona en el puesto fronterizo habilitado para llevar a cabo su entrada de forma regular y, no obstante ello, al no cumplir alguno de los requisitos exigidos, se le impide su acceso al territorio nacional. El fundamento de la exigencia del derecho a la defensa se encuentra en las implicaciones que este procedimiento, además de ser excesivamente sucinto, tiene *sobre la libertad y autonomía personal del extranjero*, puesto que hasta que se

¹⁷ En este sentido se ha pronunciado nuestro Tribunal Supremo, entre otras: STS 11 de abril del 95 y STS 22 de diciembre de 2005. Asimismo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en una sentencia del 5 de noviembre del 2014, Asunto Mukarubega, reconoce el derecho de audiencia al extranjero en el supuesto de prohibición de entrada y, por ende, en el caso de que se proceda a la devolución.

¹⁸ El carácter no sancionador de este tipo de resoluciones administrativas (denegación de entrada), viene confirmado por el Tribunal Constitucional en su STC 205/2007, donde en su Fundamento Jurídico Tercero se indica que “Por lo demás, debe destacarse que, sin duda, la resolución administrativa de la que se trata en este caso, carece de naturaleza sancionadora. La denegación de entrada en España... es una resolución que se dicta como consecuencia jurídica reglada de la constatación administrativa del incumplimiento de los requisitos legales para el ejercicio del derecho de entrada en territorio nacional. No concurre en ella la función represiva, retributiva o de castigo, propia de las sanciones...”.

procede a su regreso al país de procedencia, se encuentra privado de libertad y, por tanto, se hacía necesario que *se rodeara de una serie de garantías que de otro modo serían totalmente inhabituales en el procedimiento administrativo ordinario*.¹⁹

Lo mismo ocurre con la devolución, toda vez que a pesar de la redacción dada por el artículo 58.7 de la LO 4/2000, en su segundo inciso, por LO 2/2009 de 11 de diciembre “*Así mismo toda devolución acordada en aplicación del párrafo b) del mismo apartado de este artículo —devolución de extranjeros que pretendan entrar ilegalmente en el país— llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español por un plazo máximo de tres años*”, y la apariencia de tratarse de un procedimiento sancionador habida cuenta de la imposición de la prohibición de entrada como un castigo, en realidad se ha descartado el carácter sancionador de tal figura jurídica. Y ello porque nuestro Tribunal Constitucional en Sentencia 17/2013 de 31 de enero ha declarado tal inciso, esto es la imposición de la sanción de prohibición de entrada, inconstitucional al entender que,

aun cuando la prohibición de entrada no se adopta en ausencia de todo procedimiento administrativo, en cuanto que va unida a la devolución, la misma no respeta las específicas garantías que, conforme a nuestra doctrina, resultan exigibles a una actuación administrativa de naturaleza sancionadora, como la que ahora examinamos y en la que, si bien no mediante su aplicación literal, han de tenerse en cuenta (Fundamento Jurídico 12).

Señala igualmente el alto tribunal que

los procedimientos sancionadores, la manifestación del *ius puniendi* conlleva necesariamente garantizar el ejercicio sin trabas de las garantías de defensa del artículo 24.2 de la CE y, si bien para el caso de las devoluciones éstas no deben acordarse sin procedimiento alguno, puesto que no se recoge esta posibilidad en la normativa, la prohibición de entrada, carece *en su condición de sanción de la apertura y tramitación de un procedimiento contradictorio con las garantías, que conforme a nuestra doctrina, han de reconocerse en toda actividad sancionadora de la administración...*

¹⁹ Moya Malapiera, D. y Hernández Calero, D., “Los controles en frontera denegación de entrada, orden de regreso y devolución”, *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 208 y 209.

Nada dice el Tribunal Constitucional (TC) sobre si debe entenderse anulado también el reinicio del cómputo de la prohibición de entrada; sin embargo, entendemos que dicho reinicio, constituye una sanción autónoma e independiente, y no una “re-ejecución forzosa” de una resolución administrativa anterior que se ha incumplido, es decir, una medida de restablecimiento del régimen jurídico perturbado. La administración ya no ejerce una función meramente ejecutora sino que actúa en el ejercicio de su potestad sancionadora imponiendo un castigo, un plus sancionador a la conducta del extranjero que ha quebrantado la prohibición de entrada.²⁰ Por tanto, si se mantiene el carácter no sancionador de la figura jurídica de la devolución, no debería imponer tal sanción, esto es el reinicio del cómputo de prohibición de entrada porque en caso contrario, debería establecerse un procedimiento administrativo sancionador *ad hoc*, a fin de que se respetaran todas las garantías y principios que contienen este tipo de procedimientos.²¹

III. EL EFECTIVO DERECHO DE DEFENSA EN FRONTERA

Hasta aquí hemos determinado que efectivamente los extranjeros en frontera gozan de los derechos y garantías contemplados en el artículo 24 de la CE; ahora bien, cabe preguntarnos cómo se materializa tal derecho y si el mismo es un derecho real y eficaz o si, por el contrario, no tiene trascendencia práctica.

²⁰ Véase Rodríguez Candela, J., “Medidas de alejamiento del territorio nacional: denegación de entrada, retorno, devolución y expulsión por estancia irregular”, *Inmigración, Estado y derecho: perspectivas del siglo XXI*, Bosch, 2008, p. 494; Moya Malapiera, D. y Hernández Calero, D., “Los controles en...”, *cit.*, p. 221. Régimen jurídico tras la LO 2/2009, el RD 557/2011 y LO 12/2009.

²¹ Se han dictado dos sentencias en el sentido señalado, ambas del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Andalucía con sede en Málaga: Sentencia núm. 926/2010 de 26 de febrero y Sentencia núm. 182/13 de 25 de enero. En ellas se mantiene el carácter no sancionador de la devolución y, por tanto, al considerar que el reinicio del cómputo de prohibición de entrada constituye una nueva sanción —al incrementar el castigo inicial— tal precisión debe anularse.

1. *Situación anterior al Acuerdo del CGPJ de 28 de noviembre del 2007*

Como indica la propia LO Ex, la asistencia letrada comenzará en el momento mismo de efectuarse el control en el puesto fronterizo²² para el caso de denegación de entrada, y en los casos de devolución, en el momento de la presentación de los extranjeros en la Comisaría.

Por tanto, se procederá de forma inmediata a informar al extranjero bien de los posibles motivos de denegación de entrada o en su caso de devolución, así como del derecho a la asistencia letrada, ya sea particular o de oficio y, si no conoce o comprende el idioma, el derecho a la asistencia de intérprete.

El letrado deberá dirigirse al puesto fronterizo, donde se encuentre el extranjero, y en las dependencias policiales habilitadas para ello, se procederá a tomarle declaración en orden a averiguar si efectivamente cumple con los requisitos de entrada, sobre los motivos del viaje, las condiciones de la estancia y los medios económicos o de las circunstancias de la entrada ilegal y, en todo caso, con la finalidad de acreditar la posible existencia o concurrencia de alguno de los supuestos en los que la devolución no pueda llevarse a cabo. En esta diligencia de toma de declaración deberá estar presente el abogado a fin de verificar que se cumplen con las garantías previstas legalmente, esto es, contradicción, audiencia y motivación de las resoluciones, hacer alegaciones e incluso presentar y solicitar la práctica de las pruebas que se consideren pertinentes a fin de defender los intereses del ciudadano extranjero.

Una vez finalizada tal diligencia, se comunicará tanto al letrado como al extranjero, el inicio del procedimiento así como el informe-propuesta que se realice previamente a la adopción de la resolución administrativa. Dicho informe-propuesta así como las actuaciones realizadas o las pruebas practicadas serán elevadas al superior, quien dictará la resolución correspondiente que deberá estar motivada y ser notificada al interesado con indicación de los recursos que puedan interponerse contra ella, el plazo y el órgano ante el que deban formalizarse debiendo recoger igualmente tanto los hechos como los fundamentos de derecho con base en los cuales se sustente y acredite que el extranjero ha incumplido alguno o

²² Artículo 26.2 de la LO Ex.

algunos de los requisitos establecidos legalmente para acceder a territorio español, o bien, que incurre en alguno de los supuestos de devolución.

Recurso de alzada

Las resoluciones administrativas en las que se acuerde la denegación de entrada y el retorno o, mejor dicho, el regreso del extranjero al punto de origen, denominación que se ha adoptado tras la reforma operada por la LO 2/2009²³ —acuerdos que se adoptan en la misma resolución—; así como aquellas en las que se determine la devolución, no ponen fin a la vía administrativa, es decir, tan sólo cabe recurso de alzada conforme al artículo 114.1 de la Ley 30/92, en el plazo de un mes, a contar desde el día siguiente de la notificación.²⁴

Pues bien, en estos casos, hemos de cuestionarnos qué posibilidades de defensa tiene el extranjero y cuál sea la actuación a seguir por el letrado que en ese momento esté ejerciendo su asistencia jurídica.

Considerando que la interposición de un recurso de alzada tiene una efectividad práctica nula puesto que la resolución del mismo no es inmediata y la propia interposición no paraliza el regreso (del recurso de alzada conocerá el superior jerárquico) y que ante estas situaciones se requiere una respuesta rápida y efectiva, especialmente cuando el letrado estima que el ciudadano extranjero cumple con los requisitos de entrada, o bien, que concurren supuestos en los que no es posible ejecutar la devolución, entendiendo, por tanto, que la resolución adoptada por la autoridad gubernativa es a todas luces contraria a derecho; hemos de plantearnos, entonces, cuál sea la forma más adecuada de actuar o qué vías legales tiene el letrado para hacer valer los derechos que le asisten al ciudada-

²³ La introducción de la expresión *regresar*, que ha sido llevada a cabo por la LO 2/2009, sustituye a lo que anteriormente conocíamos como *retorno*, si bien el significado jurídico de dicha expresión sigue siendo el mismo. Dicha modificación no tiene otra finalidad que evitar la confusión que pudiera surgir con la figura jurídica que se regula en la Directiva 2008/115/CE, denominada *retorno* y que se aplica a los supuestos de expulsión de los nacionales de terceros países que se encuentren en situación irregular. Moya Malapiera, D. y Hernández Calero, D., “La nueva regulación...”, *cit.*, p. 212.

²⁴ Conforme a la disposición adicional décimo cuarta del Reglamento de Ejecución de la LO Ex, aprobado por RD 557/2011, con carácter general, todas las resoluciones en materia de extranjería ponen fin a la vía administrativa, exceptuándose las resoluciones sobre denegación de entrada y devolución.

no extranjero. Una de esas posibilidades es, como ya hemos señalado, la interposición del recurso administrativo pero interesando a la propia administración la suspensión de la ejecución de la medida adoptada, es decir, que no se proceda a ejecutar el regreso o la devolución, en tanto no se resuelva el recurso. Esta solución no es la más apropiada porque no debemos olvidar que el régimen de ejecutividad de las resoluciones administrativas en materia de extranjería es el previsto con carácter general en la legislación vigente (artículo 21.2 de la LO 4 / 2000);²⁵ es decir, que se aplica lo previsto en la Ley 30/92 de 26 de noviembre del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común²⁶ y de esta forma, aunque se prevé la posibilidad de que la resolución administrativa pueda ser suspendida, no es menos cierto que dicha posibilidad no tiene ninguna trascendencia. Aun previéndose la suspensión de la ejecutividad de la resolución administrativa que acuerda el regreso o la devolución del extranjero al país de procedencia, la solicitud de dicha suspensión no tiene efecto práctico alguno por los siguientes motivos: primero, porque los actos administrativos se presumen válidos, aunque se trate de una presunción *iuris tantum*, y los mismos son, con carácter general, inmediatamente ejecutables; segundo, porque tan sólo se

²⁵ Salvo lo dispuesto en esta Ley para la tramitación de expedientes de expulsión con carácter preferente.

²⁶ Por lo tanto, es plenamente aplicable lo dispuesto en el artículo 111 de la Ley 30/92: "1. La interposición de cualquier recurso, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el órgano a quien compete resolver el recurso, previa ponderación, suficientemente razonada, entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el perjuicio que se causa al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido, podrá suspender, de oficio o a solicitud del recurrente, la ejecución del acto impugnado cuando concurran alguna de las siguientes circunstancias: a) Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación. b) Que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62.1 de esta Ley.

3. La ejecución del acto impugnado se entenderá suspendida si transcurridos 30 días desde que la solicitud de suspensión haya tenido entrada en el registro del órgano competente para decidir sobre la misma, éste no ha dictado resolución expresa al respecto. En estos casos no será de aplicación lo establecido en el artículo 42.4, segundo párrafo, de esta Ley.

4. Al dictar el acuerdo de suspensión podrán adoptarse las medidas cautelares que sean necesarias para asegurar la protección del interés público o de terceros y la eficacia de la resolución o el acto impugnado".

podrá acordar la suspensión si concurren dos supuestos, que el acto que se recurre cause perjuicios de difícil o imposible reparación, o bien, que el acto sea nulo de pleno derecho y la impugnación se fundamente precisamente en este motivo; tercero, porque la administración no tiene obligación de resolver de forma inmediata sobre la suspensión, entendiéndose suspendido el acto sólo en el supuesto de que hayan transcurrido 30 días sin que se haya resuelto de forma expresa sobre dicha solicitud; y, ya por último, la propia administración no va a suspender un acto que evitaría el cumplimiento de las resoluciones que en materia fronteriza está facultada a adoptar habida cuenta que dicha suspensión podría suponer la entrada “provisional” del extranjero en territorio nacional.

Si se optara por esta vía nos encontraríamos, por tanto, que el regreso o la devolución del ciudadano extranjero, se ejecutaría no sólo antes de que se resolviera el propio recurso sino incluso antes de que se resolviera sobre la medida cautelar interesada.

Consecuentemente, en estos casos la actuación del letrado se reducía en la práctica a revisar que por parte de la administración se respetaran las garantías jurídicas contempladas en estos procedimientos sin que la interposición de un recurso de alzada, aunque sea inmediato y, en su caso, la petición de medidas cautelares, interesando la suspensión de la ejecución, no tenía operatividad alguna por lo que el derecho a la defensa de los extranjeros adolecería de verdadera efectividad.

2. Situación posterior a la adopción del Acuerdo por parte del CGPJ: recurso contencioso-administrativo y medida cautelarísima

Lo descrito hasta aquí, ha sido el panorama que en la práctica forense nos hemos venido encontrando, y ello a pesar de que las resoluciones administrativas, revestidas de aparente legalidad, eran posteriormente revocadas, ya en la correspondiente instancia judicial, por no ser conformes a derecho; sentencias que a pesar del contenido favorable a las pretensiones del recurrente, devenían ineficaces toda vez que el extranjero ya se encontraba en el país de procedencia.²⁷

²⁷ En este sentido: STS del 11 de abril, Sala de lo Contencioso, sección séptima; STS de 12 de enero del 2006, Sala de lo Contencioso, sección quinta, entre otras.

Sin embargo, este escenario sufre un importante cambio como consecuencia de la aprobación del Acuerdo del 28 de noviembre del 2007, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial,²⁸ por el que se modifica el artículo 42.5 del Reglamento 1/2005 del 2 de agosto, relativo a los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales. De esta forma, dicho artículo pasa a tener la redacción que señalamos a continuación:

El juez que desempeñe en cada circunscripción el servicio de guardia —esto es, el juez de instrucción—, conocerá también en idéntico cometido de sustitución, de las actuaciones urgentes e inaplazables que se susciten en el ámbito de la Oficina del Registro Civil así como de las atribuidas a los jueces decanos en el artículo 70 de la Ley 1/200 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil;²⁹ singularmente, se ocupará de las que, correspondiendo a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, sean instadas en días y horas inhábiles y exijan una intervención judicial inmediata en supuestos de...

c. Adopción de medidas cautelares, previstas en el artículo 135 de la Ley 29/1988 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en relación con actuaciones de la administración en materia de extranjería, asilo político y condición de refugiado que impliquen expulsión, devolución y 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 el procedimiento en trámite que tengan conexión con el objeto de dicha solicitud.

De esta forma y con la finalidad, por un lado, de dar respuesta a situaciones que demandan una “tutela judicial inmediata en garantía de los derechos de los ciudadanos” y, por otro, de “dotar de una mayor certeza a la regulación actual y atajar el peligro de una contraproducente dispersión de criterios en la actuación de los órganos judiciales encargados del

²⁸ *Boletín Oficial del Estado*, núm. 297, 12 de diciembre de 2007.

²⁹ Artículo 70 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: “Los jueces decanos y los presidentes de tribunales y audiencias, podrán adoptar, a instancia de parte, las medidas urgentes en los asuntos no repartidos, cuando, de no hacerlo, pudiera quebrantarse algún derecho o producirse algún perjuicio grave o irreparable”.

servicio de guardia”,³⁰ es por lo que se considera oportuno y adecuado reformar dicho artículo en el sentido aludido.

Nos encontramos así, que ante una resolución en la que se acuerde la denegación de entrada de un extranjero y, consecuentemente, su regreso al país de procedencia, o bien una devolución; el letrado que asiste a este extranjero en dependencias fronterizas puede instar, en lugar de interponer recurso de alzada, la adopción de una medida cautelarísima, que va a consistir en dejar en suspenso el regreso y/o devolución, y ello al amparo del artículo 135 de la LJCA (Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa).³¹ Sin embargo, hemos de afirmar que la tutela que otorga el nuevo artículo 45.2 es excepcional y está sometida al cumplimiento de determinados requisitos, en primer lugar, ha de tratarse de cuestión *urgente e inaplazable*; exigencia que quedaría acreditada por el hecho de que en la misma resolución denegando la entrada y acordando el regreso, o bien la devolución, se comunica al extranjero cuándo se va a producir el mismo, que normalmente suele ser en el mismo día, o al día siguiente,³² constituyendo, por tanto, el regreso o la devolución inminente una circunstancia de urgencia.

El segundo requisito alude a la necesidad de que la medida cautelarísima se solicite en días y horas inhábiles, es decir, en el periodo de tiempo en el que no puedan practicarse actuaciones ante los juzgados de lo contencioso toda vez que como señala el precepto legal, los juzgados de instrucción conocerán de estas cuestiones en *sustitución*.

Y por último habrá que acreditarse que no ha sido posible instar la suspensión de la ejecución del regreso ante el juzgado competente para ello, esto es, el órgano contencioso-administrativo.

El letrado deberá formalizar la petición de la medida cautelarísima por escrito mediante la interposición del correspondiente recurso contencioso-administrativo, justificando la concurrencia de los requisitos referidos en el artículo 130 de la LJCA, esto es, *que previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando*

³⁰ Exposición de motivos.

³¹ Según redacción dada tras la modificación operada por la Ley 37/2011.

³² En el caso de que se prevea que este regreso tendrá lugar en un plazo superior a 72 horas, la autoridad gubernativa deberá dirigirse al juez de instrucción a fin de que determine el lugar donde deberá permanecer el extranjero hasta que se produzca dicho retorno y que ya analizaremos en el apartado correspondiente.

la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso. Además, deberá explicar las circunstancias concurrentes en el caso concreto y, claro está, del propio extranjero, y practicar una mínima prueba a través de la que se pueda acreditar el cumplimiento de los requisitos de entrada o, si se tratara de una devolución, la concurrencia de los supuestos para acordar la suspensión de la misma, si bien en este momento procesal no se conocerá sobre el fondo del asunto.

El juez de instrucción podrá adoptar la medida cautelarísima, dejando en suspenso el regreso o la devolución, de forma provisional, sin audiencia a la parte contraria mediante resolución que adoptará la forma de auto contra el que no cabrá recurso alguno y remitirá de forma inmediata dicha decisión al puesto fronterizo donde se encuentre el extranjero o a la Comisaría, a fin de que no se proceda al regreso o a la devolución, así como al juzgado de lo contencioso para que sea este órgano quien, en el plazo de los tres días hábiles, decida si mantiene o no la medida adoptada por el juzgado de instrucción.

Si se mantiene la suspensión, se dejará sin efecto la ejecución de la resolución administrativa y al extranjero se le permitirá su entrada en territorio nacional; en caso contrario, se procederá de forma definitiva al regreso o a la devolución del extranjero al país de procedencia.

Durante todo el periodo de tiempo que transcurre desde la solicitud de la medida cautelarísima hasta el momento en que se adopte la resolución definitiva por parte del juzgado de lo contencioso, el extranjero permanecerá en las dependencias del puesto fronterizo habilitadas para tal fin.

Desde la aprobación de dicho Acuerdo por parte del CGPJ hasta la actualidad, se han interesado la adopción de las medidas cautelarísimas a los juzgados de instrucción en muchas ocasiones, habiéndose adoptado en otras tantas resoluciones positivas, esto es, resoluciones acordando la suspensión así como el mantenimiento de dicha medida por parte del juzgado de lo contencioso, pudiendo señalar entre otros:

- Auto del Juzgado de Instrucción núm. 43 de Madrid de 3 de julio de 2009; auto del Juzgado de Instrucción núm. 44 de Madrid de 25 de marzo de 2011, cuya medida ha sido confirmada por auto del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 3 de Madrid, de fecha 28 de marzo, permitiendo, por tanto, al entrada de la extranjera en te-

ritorio español a quien se le aplica el régimen comunitario al tratarse de la madre de un ciudadano norteamericano familiar de residente comunitario al encontrarse casado con una nacional austriaca con quien residía en España; auto del Juzgado de Instrucción núm. 51 de Madrid de 4 de febrero del 2012.³³

- Auto del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 11 de Madrid del 10 de mayo de 2010; auto del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 18 de Madrid del 19 de abril de 2011, que confirma la medida cautelarísima adoptada por el auto de instrucción

³³ Este auto es especialmente relevante toda vez que se trata de un menor no acompañado, de nacionalidad paraguaya, que al llegar a España se acuerda su retorno al país de procedencia sin que por parte de la administración se comunique al Ministerio Fiscal tal circunstancia y desatendiendo que los padres del menor se encontraban en España, residiendo en forma legal, circunstancia acreditada documentalmente. En este caso el Juzgado de Instrucción acuerda “revocar la resolución administrativa que deniega la entrada en territorio español del menor ...y que acuerda su devolución a la República de Paraguay. Se acuerda así mismo la puesta inmediata en libertad del referido menor y la consiguiente posibilidad de acceso al territorio español”. A la vista de esta resolución judicial así como las circunstancias que concurren, hemos de afirmar categóricamente que la resolución administrativa se había adoptado contra *legem*, toda vez que no sólo obvió el hecho de que se trataba de un menor, debiendo haber comunicado tal circunstancia al Ministerio Fiscal, sino que se acordó su denegación de entrada y consiguiente retorno (en el auto se habla de devolución, pero es claro que se trata de un error y hace referencia a la institución del retorno o regreso y no a la devolución), a pesar del cumplimiento de los requisitos legales de entrada: no requiere de visado y las condiciones de estancia así como los recursos económicos igualmente se habían acreditado porque sus padres, ambos residentes legales en España contaban con alojamiento y medios económicos. Entendemos que no sólo se ha adoptado una resolución administrativa ilegal sino que la misma también afectó al derecho a la libertad del menor, no estando por tanto dicha privación de libertad (durante el tiempo que permaneció en el puesto fronterizo hasta que se acordó judicialmente su libertad) amparada conforme a ley y, por ello, del mismo modo, consideramos que si en lugar de interesar la adopción de una medida cautelarísima, se hubiera instado un procedimiento de *habeas corpus*, la solución hubiera sido la de estimar el mismo y considerar la existencia de una detención legal y, claro está, acordar inmediatamente la puesta en libertad del menor. Lo que sí sorprende es la parte dispositiva del auto referido del Juzgado de Instrucción 51 de Madrid, en el que se acuerda literalmente “revocar la resolución administrativa”. No obstante ello, resulta evidente que, como ya se ha señalado, los juzgados de instrucción, al amparo del acuerdo del CGPJ, aunque actúen en sustitución de los juzgados de lo contencioso-administrativo, resulta claro que no tienen competencia para revocar una resolución administrativa ni creemos que la intención del magistrado haya sido esa sino tan sólo una deficiencia o error meramente formal en cuanto a la utilización de las distintas expresiones.

del Juzgado de Instrucción núm. 17 (la madre no cumplía con los requisitos de entrada pero viajaba con una menor cuyo padre era residente legal en España y, por tanto, se les permitió la entrada en territorio nacional).

Como podemos observar, la utilización de este instrumento jurídico ha sido bastante habitual por parte de los letrados defensores por varios motivos, el primero porque conlleva la paralización inmediata del regreso —o en su caso, devolución— del extranjero a su país de procedencia aunque se trate de una suspensión provisionalísima por razones de urgencia y el extranjero deba permanecer, hasta que se pronuncie el juzgado de lo contencioso, en las dependencias fronterizas habilitadas para ello, y el segundo motivo porque en este primer momento se produce ya un verdadero control judicial de la posible actuación discrecional de la administración y no por los juzgados de instrucción, que sólo adoptan la medida cautelarísima por las razones de urgencia ya aludidas, sino por parte de los órganos del orden contencioso toda vez que serán ellos quienes adopten la resolución manteniendo o no dicha medida a la vista de las circunstancias concurrentes.

Pero lo más importante es que se han dictado un gran número de resoluciones judiciales no sólo adoptando la medida cautelarísima sino que también por parte de los juzgados de lo contencioso, que son los verdaderamente competentes en la materia, se han dictado otros tanto autos, manteniendo la medida que deja en suspenso la ejecución de la resolución administrativa, esto es, el regreso del extranjero y permitiendo su entrada en territorio español. Ello nos lleva a concluir lo que ya adelantábamos en apartados anteriores, la arbitrariedad de la actuación de la administración en frontera y la aparente ilegalidad de la resolución de denegación de entrada toda vez que sin ahondar evidentemente en el fondo del asunto, existen elementos para considerar que dicha resolución administrativa se ha dictado contra *legem* y, por ende, que el extranjero cumple con los requisitos exigidos de manera legal.

3. *Problemas que suscita la aplicación del Acuerdo del Consejo de 28 de noviembre de 2007*

No obstante lo anterior y el avance que ha supuesto la adopción de tal acuerdo, en el sentido de la consecución de la plena efectividad de los derechos de los extranjeros en frontera, especialmente en relación con el derecho de defensa, hemos de indicar que no pocos problemas han surgido como consecuencia de su aplicación.

El primero de ellos es el referente al principio de jerarquía normativa y de reserva legal. El Acuerdo del Consejo de 28 de noviembre de 2007, reforma el artículo 42.5 del Reglamento 1/2005 del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) regulador de los aspectos accesorios de la carrera judicial, incidiendo de forma directa en la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y concretamente en los artículos 210 y 211,³⁴ en su redacción anterior a la Reforma operada por Ley Orgánica (en adelante LO) 8/2012, de medidas de eficiencia presupuestaria en la administración de justicia, y conforme a dicho Reglamento, se atribuye competencia a los juzgados de instrucción en materia contenciosa amparándose para ello en la figura de la *sustitución*.³⁵ Los motivos que llevaron al CGPJ para atribuir esas competencias ya los indicamos con carácter anterior, esto es, atender a situaciones urgentes e inaplazables *extravagantes al orden jurisdiccional penal* para asegurar la tutela judicial efectiva acudiendo a otro orden jurisdiccional ajeno al competente a la materia.

Con este panorama nos hemos de plantear si es conforme a ley la atribución de estas competencias por vía reglamentaria. Algunos jueces de instrucción entendieron que no lo era toda vez que se trataba de una materia de reserva de Ley Orgánica, y se apoyaron en el artículo 6o. de

³⁴ Estos artículos posibilitan las sustituciones de jueces de otro orden jurisdiccional únicamente en los supuestos en que en una población no hubiere otro juez de la misma clase, o bien, existiendo, varios jueces del mismo orden jurisdiccional, se hubieran agotado las posibilidades de sustitución entre ellos.

³⁵ Alba María Taboada García (abogada del Estado) entiende que esta sustitución sería procedente en los supuestos de ciudades donde sólo exista un Juzgado de lo Contencioso Administrativo como ocurre en Teruel o Ceuta, pero no en ciudades como Madrid, Barcelona o Sevilla, donde el número de juzgados de lo contencioso es superior, en “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*, núm. 7019, año XXIX, sección Doctrina, 24 de septiembre del 2008.

la LOPJ, en el que se recoge que *los jueces y tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa*, para no aplicar el Acuerdo por el que se modificaba el artículo 45.2 del Reglamento y que afectaba, como hemos visto, a sus competencias, extendiéndolas a materias contencioso-administrativas. Del mismo modo se entendió que dicho Acuerdo vulneraba al artículo 117 de la CE, concretamente sus apartados 3 y 4: *El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan. Los juzgados y tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho.*

Ante tal situación, un grupo de jueces decidieron interponer recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo del CGPJ,³⁶ argumentando que

la atribución reglamentaria del conocimiento por un órgano jurisdiccional de asuntos atribuidos legalmente y de conformidad con la LOPJ; a los órganos judiciales de otros órdenes jurisdiccionales, suponen la violación de esta legislación y de la reserva constitucional de Ley establecida por la CE y por dicha LO. Sin que quepa excusar esa violación jurídica, por el hecho de producirse sólo con ocasión de asuntos urgentes y en días y horas inhábiles, porque esto no lo autoriza la Constitución ni la Ley, ni puede reputarse como un aspecto puramente accesorio o secundario en el ejercicio de la función judicial.³⁷

Y así consideraron que el Acuerdo que se recurría, infringía los artículos 117.3, 4o. y 122.1 de la CE, artículos 9o., 110.2 y 84 y ss., de la LOPJ.

Pues bien, dicho recurso se resolvió mediante STS del 6 de octubre de 2009, acordándose la legalidad del Acuerdo, al concluir en su fundamento de derecho 4o. que “corresponde al CGPJ, la organización del servicio de guardia y que la LOPJ, permite la sustitución de jueces de un orden jurisdiccional por otro de un orden diferente, cuando se agoten las posibi-

³⁶ Recurso 9/2008.

³⁷ Fundamento Jurídico Primero de la STS, Sala Tercera, sección octava de 6 de octubre del 2009, por la que se resuelve el recurso interpuesto contra el acuerdo del CGPJ del 28 de noviembre de 2007.

lidades de sustitución entre ellos...”. Conforme a ello entiende el Tribunal Supremo que nada impide que el Consejo, atribuya, a través de un reglamento, competencias a los juzgados de instrucción correspondientes a los juzgados de lo contencioso, en funciones de sustitución, en determinados supuestos excepcionales que son los que se recogen en el artículo 45.2 del Reglamento, esto es, en supuestos de urgente e inaplazable necesidad y en días y horas inhábiles. Continúa diciendo el TS la razón de ello

es que no se puede exigir a los titulares de aquellos otros órganos judiciales —en el caso concreto, los contencioso-administrativos—, que estén disponibles todos los días y horas del año. Corroborar lo expuesto el hecho de que el apartado c) del artículo 42.5 del Reglamento, cuando regula la adopción por el Juzgado de Guardia de las medidas cautelarísimas del artículo 135 de la LJCA, dice que éste remitirá lo actuado al órgano judicial competente para la celebración de la ulterior comparecencia y resolución del expediente, lo que carecería de razón de ser si el precepto reglamentario discutido fuera una norma atributiva de competencia...

Así las cosas y resuelta la cuestión de la legalidad del Acuerdo y por ende del artículo 45 del Reglamento, los jueces de instrucción han aplicado el mismo y prueba de ello es el número de autos que se han dictado sobre la materia objeto de la discusión.

El segundo de los problemas que surge es en relación con la propia resolución que se recurre en los supuestos de denegación de entrada y regreso y devolución ya que se tratan, ambas, de resoluciones que no ponen fin a la vía administrativa, esto es, no cumplen con los requisitos de acceso a la vía contenciosa. Consecuentemente, pudiera ser una causa de inadmisibilidad del recurso contencioso y, por ende, de la medida de suspensión interesada. Sin embargo, la cuestión se resuelve aplicando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y especialmente la STC 218/1994, de 18 de julio de 1994, que determina claramente

la trascendencia constitucional de las medidas cautelares y su relación con los derechos fundamentales y las libertades públicas consagrados en el texto constitucional especialmente con el derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el artículo 24.1. La doctrina jurisprudencial que ha ido consolidándose parte de la premisa de que la “tutela judicial no es tal sin medidas cautelares adecuadas que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución

definitiva que recaiga en el proceso (STC 14/1992 Fundamento Jurídico Séptimo)”.

La potestad jurisdiccional de suspensión, como todas las medidas cautelares, responde... a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano judicial: esto es, de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede (contra lo dispuesto en el artículo 24.1 C.E.) desprovisto de eficacia (STC 238/1992, fundamento jurídico 3).

Es más, en esta misma Sentencia se añade que el legislador no puede eliminar de manera absoluta la posibilidad de adoptar medidas cautelares dirigidas a asegurar la efectividad de la Sentencia estimatoria, “pues con ello se vendría a privar a los justiciables de una garantía que se configura como contenido del derecho a la tutela judicial efectiva” (fundamento jurídico 3).

De esta forma, la justicia cautelar, en el proceso contencioso-administrativo, se impone con carácter preferente y estableciendo límites 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 revisora o de control de las actuaciones administrativas que establece el artículo 106.1 de la Constitución (auto del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 11 de Madrid del 10 de mayo de 2010) en el que se resuelve, entre otras cuestiones, la causa y la admisibilidad alegada por el abogado del Estado por tratarse de una resolución que no pone fin a la vía administrativa.

IV. QUIEBRA DEL DERECHO A LA DEFENSA Y DEL SISTEMA DE GARANTÍAS: LAS “DEVOLUCIONES EN CALIENTE”

No obstante, toda esta estructura jurídica que tiene su apoyo no sólo en la Constitución sino también en la normativa específica sobre la materia, existe la posibilidad de que quiebre y ello como consecuencia de la intención del actual gobierno español de legalizar las denominadas “devoluciones en caliente”, a través de una modificación en la Ley Orgánica de Seguridad ciudadana que ya ha sido aprobada en sede parlamentaria.³⁸

³⁸ Esta modificación ha sido incorporada a la LO 4/2015 de 30 de marzo de Seguridad Ciudadana, agregando a la LO Ex, una Disposición Adicional 10a. (en vigor a partir

Esta modificación, afectará, en principio, sólo a aquellos extranjeros que pretenden entrar ilegalmente en territorio español o sean interceptados en la frontera española con Marruecos.

Ello significa que los extranjeros que sean interceptados en las inmediaciones de la frontera o en la propia frontera —Ceuta o Melilla— intentando entrar ilegalmente, podrán ser devueltos de forma inmediata al país de procedencia —que en este caso es Marruecos— sin respetar el procedimiento establecido al efecto y, por ende, vulnerando el derecho a la defensa.

Evidentemente tal actuación, como ya hemos visto, carece de apoyo legal; sin embargo, el gobierno trata de justificarla amparándose básicamente en el “concepto operativo de frontera”, forzando un concepto de frontera que no está admitido en derecho ni en nuestra jurisprudencia,³⁹ y entendiendo que en los supuestos de intento de entrada ilegal —por puesto no habilitado— el extranjero nunca ha llegado a entrar en territorio nacional (concepto “operativo” de frontera).⁴⁰ De esta forma, se aplicaría

del 1o. de abril de 2015) *sobre el régimen especial de Ceuta y Melilla*. 1. 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. 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. 3. Las solicitudes de protección internacional se formalizarán en los lugares habilitados al efecto en los pasos fronterizos y se tramitarán conforme a lo establecido en la normativa en materia de protección internacional.

³⁹ STS 12 de octubre del 2003: “...los que pretendan entrar ilegalmente en el país, se está refiriendo, por una parte a la mera tentativa de entrada como ya dijimos en nuestra STS 20 de marzo del 2003 y por otro utiliza un concepto jurídico —país— sin contenido jurídico propio, que estima la Sala no hace referencia ni al espacio aéreo ni a las aguas interiores al mar territorial adyacente a las costas, delimitado como mar territorial, comprendiendo tan sólo el espacio de tierra firme del territorio nacional. Entendido así el término ‘país’ resulta acomodado a derecho el precepto reglamentario recurrido interpretado en el sentido de que permite la devolución de un extranjero interceptado tanto en el límite fronterizo de la costa como en las inmediaciones de ésta dentro del mar territorial...”.

⁴⁰ El auto del Juzgado de 1a. Instancia e Instrucción de Melilla de fecha 11 de septiembre de 2014, adoptado en el procedimiento Diligencias Previas 866/2014, recoge el concepto de frontera y determina la frontera española frente a Marruecos, concluyendo a la vista de los distintos acuerdos entre ambos países, primero, que el espacio entre vallas es terreno español y, por tanto, sujeto a sus soberanía; segundo, que el doble vallado y la sirga tridimensional, pudieran encontrarse incluidas “en el concepto de fortificaciones y defensas” adoptadas por España y, por lo tanto, sujetas a su soberanía.

tal denominación para dos supuestos concretos: primero, si la entrada o intento de entrada se produce tratando de “saltar la valla” en Melilla: “La valla interna materializa la línea con la que el Estado, en una decisión libre y soberana, delimita a los solos efectos del régimen de extranjería, el territorio nacional...”. Y, por tanto, sólo cuando el inmigrante rebese la valla interna “alcanza el territorio nacional y entonces quedaría sujeto al régimen de extranjería...”; por el contrario, si el extranjero se encuentra en las inmediaciones sin acceder a la valla o bien se sitúa entre la valla exterior e interior, entiende el gobierno que no ha alcanzado el territorio nacional y, por ello, los extranjeros en estas situaciones podrán ser rechazados por las fuerzas de seguridad del Estado encargadas de la custodia y control de fronteras.⁴¹

Segundo, del mismo modo en los supuestos de entrada por Ceuta se indica que

para evitar riesgos en la integridad física de aquellos que intentan sobrepasar el espigón a nado... se les interceptaría en la línea de playa anexa con una barrera de agentes que a efectos prácticos constituyen el límite fronterizo... es decir, que la frontera se retrotraería hasta el lugar donde las acciones de contención y rechazo pueden llevarse a cabo...”,⁴² modificación de la línea fronteriza que lleva a cabo el gobierno en base a una “decisión libre y soberana”.

Por el contrario, no se aplicaría el concepto “operativo de frontera” para aquellos inmigrantes que lleguen a las costas por mar a través de embarcaciones, debiendo, por tanto, ser rescatados, y aplicar a continuación el régimen de extranjería y, por ende, el procedimiento establecido para proceder a su devolución, con todas las garantías que ello conlleva.

Sin embargo nada de todo esto tiene cobertura legal y así se señala en el Informe elaborado por juristas,⁴³ todos ellos profesores y catedráticos de distintas universidades españolas. En dicho Informe se establece que efectivamente el concepto “operativo de frontera” es un concepto ficticio,

⁴¹ Informe del 8 de febrero de 2014, de la Dirección Adjunta Operativa de la Guardia Civil.

⁴² *Idem*.

⁴³ Informe publicado el 27 de junio del 2014 y promovido desde el Proyecto I+D+Iusmigrante (DER 2011-26449).

toda vez que tanto la noción de frontera como zona territorial soberana son conceptos jurídicos que están regulados en la normativa correspondiente, no pudiendo el gobierno modificarlos en su propio interés, evitando cumplir con la normativa legal; además, se indica que “cualquier actuación de la administración que se desarrolle dentro o fuera del territorio nacional es una actividad realizada por funcionarios públicos españoles en el ejercicio de sus cargos y, por tanto, sometida a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico español”.

Otro de los argumentos utilizados por el gobierno a fin de justificar tal actuación, siguiendo el Informe que se cita, es que se podría expulsar a cualquier persona que incluso encontrándose ya en territorio español, hubiera entrado ilegalmente, es decir fuera de los puestos habilitados, y ello sin la necesidad de incoar procedimiento alguno. Tal situación no se contempla, actualmente, en la normativa de extranjería toda vez que para estos casos y tras la Sentencia del TS de 20 de marzo del 2003, se declaró nula tal posibilidad que venía regulada en el antiguo Reglamento de ejecución de la LO 4 /2000, aprobado por RD 864/2001.

Por último, el gobierno esgrime un motivo más para fundamentar dicha legalización, que es la aplicación del Acuerdo de Readmisión firmado con Marruecos en 1992; sin embargo, tampoco este Acuerdo supone amparo legal para llevar a cabo las devoluciones “en caliente”: en el mismo tan sólo se regula el procedimiento a seguir en el caso de que España proceda a entregar a extranjeros en situación irregular que hayan entrado a través de este país y Marruecos a readmitirlos, procedimiento que en nada obsta a la aplicación de la ley de extranjería. Por tanto, como bien señala el Informe, el ámbito material del Acuerdo de Readmisión y la ley de extranjería sobre la materia, son completamente distintos.

La aplicación del concepto “operativo de frontera” y la devolución inmediata de extranjeros sin procedimiento alguno permitiría, por un lado, las devoluciones “colectivas” expresamente prohibidas tanto en nuestra normativa interna como a nivel internacional⁴⁴ y, por otro, se procedería incluso a devolver a posibles solicitantes de asilo vulnerando los derechos que les asisten y principalmente el principio de “no devolución”. Tam-

⁴⁴ En este sentido hay que señalar la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala) del 23 de febrero de 2012, en la que se le condena a Italia por llevar a cabo una devolución colectiva de inmigrantes a Libia, expresando la ilegalidad de la misma.

bién, se pondría en riesgo la integridad física de los ciudadanos extranjeros al poder devolver a aquellos que actualmente nuestra legislación de extranjería contempla como excepciones, que es el caso de mujeres en estado de gestación, siempre que tal devolución pueda suponer un riesgo para la gestación o para ella y personas enfermas cuando la aplicación de tal medida igualmente ponga en riesgo su salud.

De esta forma, la actuación de las fuerzas y cuerpos del Estado, encargados de la custodia y control de las fronteras, atentaría gravemente contra la Constitución vulnerando de forma directa los derechos de los que son titulares los extranjeros así como uno de los principios básicos de nuestro Estado de derecho y que se contempla en el artículo 9.3 de la Ce, que es el sometimiento de los poderes públicos a la Constitución, a las leyes y al resto del ordenamiento jurídico e incluso la normativa de la Unión Europea.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AJA, E., “Veinte años de doctrina del Tribunal Constitucional sobre derechos de los inmigrantes”, *La democracia constitucional. Estudios en homenaje a Rubio Llorente*, Congreso de los Diputados-TC-CEPC y otros, 2000.
- ASENSI SABATER, José (dir.), *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Zaragoza, Edijus, 2000.
- CORDERO LOZANO, C., *Expulsión, devolución y retorno de extranjeros*, Bosch, 2011.
- GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, Pedro José, *Libertades de circulación, residencia, entrada y salida en España*, Civitas, 1991.
- GOIG MARTÍNEZ, J. M., *Inmigración y derechos fundamentales. Jurisprudencia, legislación y políticas migratorias en España*, Universitas Internacional, 2008.
- JIMÉNEZ DE PARGA MASEDA, P., *El derecho a la libre circulación de las personas físicas en la Europa comunitaria*, Tecnos, 1994.
- REQUEJO RODRÍGUEZ, P., *El internamiento de extranjeros*, Tirant lo Blanch, 2006.
- VARIOS AUTORES, *Reflexiones sobre la nueva ley de extranjería*, Madrid, Consejo del Poder Judicial, 2001.
- , *Normativa comentada sobre derecho de extranjería*, Lex Nova, 2001.
- , *La regulación de la inmigración en Europa*, Estudios Sociales La Caixa, núm. 17, 2005.

- , *Inmigración, extranjería y asilo*, Colex, 2005.
- , *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.
- , *Veinte años de inmigración en España. Perspectivas jurídicas y sociológica 1985-2004*, Fundación CIDOB, 2006.
- , *Derechos de los inmigrantes en España*, Tirant lo Blanch, 2009.
- , *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España. Régimen jurídico tras la LO 2/2009, el RD 557/2011 y la LO 12 /2009*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

1. Artículos

- DOMÍNGUEZ LUIS, C., y NIETO MENOR, M., “La suspensión de la ejecución de las resoluciones de denegación de entrada u retorno de extranjeros”, *REDA*, núm. 118, 2003.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, A., “La regulación de las devoluciones y expulsiones de extranjeros: la ilegalidad de las devoluciones de extranjeros efectuadas sin las debidas garantías”, *Diario La Ley*, núm. 8382, sección Doctrina, 22 de septiembre de 2014.
- FERNÁNDEZ DE VALDERRAMA, C., “La gestión de los flujos migratorios. Algunas cuestiones previas en torno al caso español”, *Colección mediterráneo económico: procesos migratorios, economía y personas*, Instituto de Estudios sociales de Cajamar, núm. 1, 2002.
- MOYA MALAPIERA, D., “¿Luchar contra los flujos migratorios o canalizarlos?: Evolución del régimen de entrada, residencia, trabajo y salida de extranjeros en el actual modelo de gestión Migratoria”, *Revista Catalana de Derecho Internacional Público*, núm. 40, 2010.
- , “La devolución de extranjeros en el ordenamiento jurídico español”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 62, 2002.
- OLESTI RAYO, Andreu, “La Unión Europea y la progresiva creación de un régimen comunitario de extranjería”, *Revista Catalana de Derecho Público*, núm. 40, 2010.
- , *El Código de Fronteras Schengen y las condiciones de entrada por las fronteras exteriores para los nacionales de terceros países*, Tirant lo Blanch, Cuadernos de la Escuela Diplomática, Relaciones Internacionales y Derecho, vol. 33, 2007.

RODRÍGUEZ CANDELA, J. y GARCÍA ESPAÑA, Elisa, “La devolución del extranjero”, *Diario La Ley*, sección Doctrina, 1996, Referencia D-269, t. V.

———, “Medidas de alejamiento del territorio nacional: denegación de entrada-retorno, devolución y expulsión por estancia irregular”, *Inmigración, Estado y derecho: perspectivas del siglo XXI*, Bosch, 2008.

TABOADA GARCÍA, Alba María, “El servicio de guardia en el ámbito de lo contencioso administrativo. Sombras sobre la legalidad del Reglamento 1 /2005 de 15 de septiembre del CGPJ”, *Diario La Ley*, año XXIX, núm. 7019, sección Doctrina de 24 de septiembre de 2008.

VALLE GÁLVEZ, J. A. del, *Inmigración, extranjería y fronteras de la UE: cinco problemas conceptuales*, Tirant lo Blanch, Cuadernos de la Escuela Diplomática, Relaciones Internacionales y Derecho, vol. 33, 2007.

2. Informes

Informe del Consejo General de la Abogacía. Subcomisión de Extranjería, “Problemática de la asistencia letrada en las fronteras interiores Schengen”, enero de 2006, disponible en www.icab.es

Informe del Defensor del Pueblo de 1996, disponible en www.defensordelpueblo.es

Informe sobre de la Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía. 2012, “Protocolos de actuación letrada en materia de extranjería”, disponible en www.icab.es

Informe 8 de febrero de 2014, de la Dirección Adjunta Operativa de la Guardia Civil relativo a los incidentes acaecidos en la frontera de Ceuta el 6 de febrero de 2012, dirigido al director general de la Guardia Civil.

Informe jurídico sobre “Expulsiones en caliente: Cuando el Estado actúa al margen de la ley”, 27 de junio de 2014. Promovido desde el Proyecto I+D+Iusmigrante (DER 2011-26449), disponible en www.migrarconderechos.es