

EXPULSION DE EXTRANJEROS Y CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

SUMARIO: I. Introducción.—II. Hechos concurrentes.—III. Fundamentos jurídicos.—IV. Valoración de la doctrina jurisprudencial.

I. La Sentencia de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1986, de la que es ponente el Magistrado señor Ruiz Sánchez, es una de las primeras Sentencias pronunciadas con referencia en resoluciones administrativas de expulsión decretadas por las autoridades gubernativas en aplicación de la controvertida Ley de Extranjería de 1 de julio de 1985.

II. Con fecha de 20 de julio de 1985, el Gobierno Civil de Gerona resuelve expulsar del territorio nacional a un extranjero, con prohibición de entrada en España durante tres años (1), en base a que, según los datos que fundaron la decisión administrativa, residía en España ilegalmente y, además, desarrollaba actividades ilícitas. La notificación que se hizo de dicha resolución no indicaba al interesado como procedente el recurso especial de la Ley 72/1978 y, por lo tanto, ni señalaba plazos para interponerlo ni el órgano competente para resolverlo, sino que solamente se indicaba que era procedente, en caso de estimarlo conveniente, el recurso contencioso ordinario, sin indicar tampoco el plazo ni el órgano ante el cual había de interponerse. Interpuesto por el actor el recurso especial de la Ley 72/1978, la Audiencia Territorial lo estima, siendo apelado por el Letrado del Estado. El Tribunal Supremo hace suyos los considerandos de la Audiencia Territorial y condena al Estado a pagar las costas del proceso.

III. El Tribunal Supremo hace suyos los considerandos del Tribunal de Instancia, y la doctrina que incorpora supone un toque de atención a la simplicidad que parece orientar las resoluciones administrati-

(1) La expulsión, considerada por la Ley de Extranjería como una sanción decretada por el Director General de Seguridad del Estado, es en este supuesto ordenada por el Gobernador Civil de Gerona, que ostenta este poder por delegación, consecuencia de lo cual se produce un incremento en los factores de discrecionalidad y una falta de homogeneidad de criterios, que no son precisamente beneficiosos para el extranjero afectado por la medida.

vas de expulsión dictadas. Conforme a los Fundamentos Jurídicos que la Sentencia contiene, los extranjeros gozan de los Derechos Fundamentales amparados en la Constitución, pues conforme al artículo 13.1 de la Constitución de 1978 «los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley», y por ello les son concedidos los Derechos de la Persona y los Derechos del Ciudadano, que posteriormente son desarrollados por la Ley de Extranjería. Los principios de presunción de inocencia, de legalidad y de libertad de residencia son las tres razones de fondo que justifican el pronunciamiento jurisdiccional.

a) *La presunción de inocencia:* El Tribunal señala claramente que las meras suposiciones o conjeturas, según las cuales el apelante se dedicaba a actividades ilícitas, no es motivo suficiente para ordenar la expulsión del extranjero, máxime cuando el señor Letrado del Estado, en segunda instancia, no incluye nuevos datos ni pruebas, sino que se limita a reproducir las meras suposiciones anteriores. Con ello el Tribunal Supremo neutraliza la excesiva discrecionalidad concedida a la Administración por la Ley de Extranjería para expulsar a los extranjeros de España, señalando que los extranjeros están, efectivamente, amparados por la presunción de inocencia recogida en el artículo 24 de la Constitución y que, por lo tanto, para proceder a la sanción es preciso demostrar mediante pruebas, no conjeturas ni suposiciones, que, efectivamente, el extranjero se dedica a actividades ilícitas.

b) *Respecto del principio de legalidad,* la Sentencia señala que si bien la Ley de Extranjería en su artículo 26.1.a) prevé como causa de expulsión el encontrarse ilegalmente en España, también es verdad que la disposición transitoria segunda de la misma Ley pone en marcha un procedimiento de regularización para, de esta forma, solucionar la estancia de los extranjeros en situación irregular, que residían de hecho en España, concediendo para ello un período de tres meses (posteriormente ampliado) y que el actor, acogiéndose a dicha disposición, presentó un escrito el 13 de julio de 1985, solicitando expresamente tal regularización. Por lo que el Tribunal determina que no se puede considerar al extranjero incurso en el supuesto a) del artículo 26.1 de la Ley de Extranjería hasta pasados tres meses de su publicación, y, por tanto, la causa alegada «estar ilegalmente en España» no es conforme a la Ley.

c) *El reconocimiento del principio de libertad de residencia* es conectado por el Tribunal con los principios de legalidad y de presunción de inocencia, conexión que le lleva a estimar que la Administración, al ordenar la expulsión sin motivo válido, violó el derecho del apelante a fijar libremente su residencia en territorio español. Derecho que considera amparado para el extranjero en virtud de la conexión del artículo 19 con el artículo 13 de la Constitución, pero incorporando una distinción, de dudoso contenido, entre el reconocimiento teórico del Derecho y la real efectividad de su contenido práctico.

IV. Los aspectos de mayor interés que contiene la doctrina que emana del Tribunal Supremo son:

1. La especial importancia que la Sentencia concede al derecho al procedimiento, como se puede comprobar al glosar el Fundamento Jurídico 4.º de la Sentencia, que hace especial incapié en el derecho por parte del apelante a utilizar el régimen especial de regularización contenido en la disposición transitoria segunda de la Ley de Extranjería y a que la Administración, antes de iniciar cualquier trámite dirigido a ordenar la expulsión del territorio nacional, debería esperar a la resolución del trámite iniciado (2).

2. La distinción, con contenidos claramente diferenciados, en lo que se refiere a las pretensiones que se pueden mantener en la vía jurisdiccional, entre la Ley de Protección de los Derechos Fundamentales y la vía contencioso-administrativa, de tal manera que, si bien el Tribunal se pronuncia sobre los derechos fundamentales vulnerados (estimando las pretensiones del recurrente en base a la Ley 72/1978), no entra, sin embargo, en la estimación de la indemnización que podía derivarse de la violación de los derechos antes reconocidos por el propio Tribunal, pues considera que tal derecho a indemnización no tiene contenido constitucional y, por lo tanto, no puede este Tribunal pronunciarse sobre el mismo, siendo preciso acudir a la vía ordinaria contencioso-administrativa para exigir tal derecho, incorporando en el efectivo reconocimiento de contenidos jurídicos una costosa duplicidad de vías jurisdiccionales.

3. El contraste entre el reconocimiento teórico del Derecho a la libertad de residencia contenido en el Fundamento Jurídico 6 de la Audiencia Territorial, con el contenido del Fundamento Jurídico 8 del mismo Tribunal que señala *no poder* conceder la residencia legal al demandante. De tal manera que el reconocimiento inicial del derecho contrasta con la supeditación a la necesidad de presentar la solicitud y realización de los trámites necesarios conforme a la Ley de Extranjería, para obtener la efectiva residencia legal del recurrente en España.

Esta contraposición entre teoría y práctica está, sin duda, implícita en el hecho de que el artículo 19 de la Constitución, cuando reconoce la libertad de circulación y residencia, relacione este principio con la nece-

(2) El Tribunal Supremo en esta Sentencia mantiene la doctrina, por él establecida, de reconocer el derecho a tramitar el procedimiento que en cada caso corresponde; en este sentido es clarificante la Sentencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 1985, de la que es Ponente el Magistrado señor Rolán Martínez, que reconoce:

«Que las facultades discrecionales de la Administración no se dan en materia de procedimiento, en las que la Administración tiene que someterse, como los administrados, a preceptos legales predeterminados, de tal modo que se puede hablar y afirmar que los administrados tienen derecho al procedimiento, con independencia de que la materia verse sobre actos más o menos discrecionales.»

sidad de estar en posesión de la nacionalidad española, en contraste con los principios de presunción de inocencia (art. 24 de la Constitución) y el principio de legalidad en la tipificación de sanciones y penas (art. 25.3 de la Constitución), reconocidos como Derechos de la Persona, y, en consecuencia, al margen de la nacionalidad, circunstancia diferenciadora que permite que, por medio de tratados o ley, se impongan requisitos para disfrutar del (condicional) derecho de libertad de residencia supeditado a la previa solicitud y posterior concesión del permiso de residencia.

M.^a Concepción APRELL LASAGABASTER