

Procedimiento preferente de expulsión de extranjeros. Derechos de audiencia y tutela cautelar

Fernando NIETO MARTIN

1. ARTICULO 63 LEY ORGÁNICA 8/2000, DE 22 DE DICIEMBRE

Son muchas y trascendentales las novedades introducidas por la nueva Ley de Extranjería —que modifica, de forma parcial, una anterior de 12 enero de 2000— Y, así, entre otras: la limitación en el ejercicio de derechos y libertades por parte de los ciudadanos extranjeros que se encuentran de forma ilegal en España (asociación, sindicación y huelga,...); la reducción de supuestos que posibilitan el pase de una situación de ilegalidad a otra amparada por el ordenamiento jurídico; la inclusión de nuevos enunciados jurídicos que legitiman la expulsión o salida obligatoria del territorio español de ciudadanos de terceros países no integrados en la Unión Europea: “Encontrarse irregularmente en territorio español”, que antes sólo daba lugar a la imposición de una multa económica.

Una de estas novedades afecta al cauce de tramitación de los expedientes administrativos seguidos para la expulsión del territorio español de ciudadanos de terceros países. Se trata de un nuevo procedimiento administrativo, al que se denomina “preferente”, que tiene cuatro rasgos básicos de identidad: 1) poderse aplicar a los supuestos más característicos, habituales de expulsión del territorio español (estancia ilegal; participación en la realización de actividades contrarias al orden público); 2) extraordinaria limitación del tiempo de audiencia concedido al ciudadano extranjero que queda sometido a este procedimiento de expulsión (cuarenta y ocho horas); 3) suspensión del expediente cuando conste la existencia de una previa solicitud de residencia temporal por arraigo y la causa determinante del inicio de éste sea la estancia ilegal en España; 4) ejecución “inmediata” de la orden administrativa que declare la expulsión.

En concreto, el texto legal contenido en el artículo 63 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre (que presenta unos rasgos normativos muy similares a los de la Ley 7/1985, de 1 de julio, de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España) es el siguiente:

“1. La tramitación de los expedientes de expulsión, en los supuestos de ... tendrá carácter preferente.

2. Cuando de las investigaciones se deduzca la oportunidad de decidir la expulsión, se dará traslado de la propuesta motivada por escrito al interesado, para que alegue lo que considere adecuado, en el plazo de cuarenta y ocho horas. En los supuestos en que se haya procedido a la detención preventiva del extranjero, éste tendrá derecho a asistencia letrada...

3. En el supuesto de la letra a) del artículo 53 (“Encontrarse irregularmente en territorio español...”),

cuando el extranjero acredite haber solicitado con anterioridad permiso de residencia temporal por situación de arraigo, conforme a lo dispuesto en el artículo 31.4 de esta Ley, el órgano encargado de tramitar la expulsión continuará la misma, si procede, por el procedimiento establecido en el artículo 57.

4. La ejecución de la orden de expulsión en estos casos se efectuará de forma inmediata”.

Además de este precepto, ha de tomarse en consideración el artículo 21.2 de esa norma legal a tenor del que:

“El régimen de ejecutividad de los actos administrativos dictados en materia de extranjería 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 preferente”.

2. DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA SIN INDEFENSION

El objeto de este artículo es el de contrastar si tal procedimiento preferente queda incluido dentro de los muy amplios márgenes de apreciación que corresponden al legislador estatal del que procede la Ley Orgánica de 22 de diciembre de 2000 o, por el contrario, tal previsión legal afecta, de modo peyorativo, a uno de los derechos fundamentales que se sitúan en la clave de bóveda del Estado de Derecho: el de tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 Constitución Española), por impedir o dificultar de forma extrema el ejercicio de este derecho a los ciudadanos extranjeros que se ven sometidos a un procedimiento de expulsión seguido a través de la vía preferente que establece la nueva Ley de Extranjería (núcleo esencial del derecho, indisponible para el legislador estatal).

Son varias las características ínsitas al derecho constitucional de tutela judicial efectiva —derecho reconocido, con rasgos muy similares, en la Ley Fundamental de Bonn y en la Constitución italiana—, entre las que, dentro del espacio propio de actuación de los poderes públicos, destacan las de: universalidad de la tutela, que posibilita el control, con parámetros jurídicos, de la totalidad de la actividad desarrollada por las Administraciones Públicas¹; la audiencia, en el propio espacio administrativo, de la/s persona/s afectada/s por la incoación de un procedimiento de rasgos sancionadores que incide sobre sus derechos legítimos; la posibilidad de que la decisión final sea suspendida, en sede cau-

¹ Lo que constituye, en palabras de la STC 294/1994, “la eliminación del sistema de derechos y garantías características del Estado de Derecho”.

telar, por un juzgado o tribunal de lo contencioso-administrativo.

La transformación introducida en nuestro Derecho Positivo por la mencionada previsión constitucional (art. 24.1 CE) reclama la abolición de cualquier espacio público de poder inmune o exento del control de los tribunales de justicia; la limitación de los supuestos de discrecionalidad administrativa; la necesidad de motivar los actos públicos que restrinjan derechos de los ciudadanos; el seguimiento necesario de un procedimiento administrativo que permita ejercitar el derecho a alegar y probar, y ello en un amplio y dilatado abanico de funcionalidades propias de ese Derecho que, además de su vertiente subjetiva (derecho fundamental de cualquier persona humana) cuenta con una dimensión objetiva como "elemento de un sistema de valores que impregna todos los ámbitos del ordenamiento" (Tribunal Constitucional alemán).

Dos de las funcionalidades de ese derecho fundamental pueden quedar dañadas por el actual modo de regulación del procedimiento preferente para la expulsión de ciudadanos extranjeros:

— El de audiencia, que consiste en el derecho a tomar conocimiento de los hechos ilícitos que se imputan a la persona contra la que se sigue un procedimiento sancionador, a conocer la sanción que se le puede imponer por estos hechos junto con el derecho a presentar alegaciones y pruebas que desvirtúen la realidad de los hechos que se le atribuyen o la calificación jurídica concedida a éstos por la Administración.

— El de tutela cautelar, que impide dar ejecutividad inmediata a las actuaciones administrativas cuando un ciudadano —que disponga de interés legítimo— cuestione la legalidad de tal decisión ante un juzgado o tribunal contencioso-administrativo y solicite la suspensión del correspondiente acto administrativo. Esta vertiente del derecho fundamental de tutela judicial efectiva se denomina tutela cautelar y por su cauce se establecen, en sede judicial, las razones jurídicas que reclaman ya, con inmediatez, la puesta en práctica o ejecución de una cierta actuación administrativa o que, por el contrario, determinan la paralización de esa ejecutividad mientras dure la controversia judicial por existir relevantes intereses del recurrente afectados por la ejecución o por constituir cauce indispensable para conceder efectividad a la sentencia (resolución de fondo) que, en definitiva, dicten los tribunales.

3. AUDIENCIA DEL INTERESADO

Por lo que se refiere a la audiencia, la limitación temporal (48 horas) que el legislador estatal concede al ciudadano vinculado por una causa de expulsión preferente (por ejemplo, como hemos visto, la de "Encontrarse irregularmente en territorio español") dificulta, en gran medida, el ejercicio constitucional del derecho a alegar y probar la tenencia de una situación objetiva que, en su caso, podría excluir el resultado sancionador. Esta limitación temporal cuenta aquí con gran relevancia a la vista de:

el resultado al que puede conducir el procedimiento sancionador: salida obligatoria del territorio español; la desinformación que padecen un gran número de ciudadanos extranjeros; las dificultades de demostrar su tiempo de permanencia en territorio español o una situación de arraigo familiar o social en el país; la dificultad de probar la existencia de fundadas sospechas de que va a ser sometido a un tratamiento inhumano en el país de destino². En definitiva, se coloca al ciudadano extranjero "sin papeles" en una posición de riesgo e incertidumbre constante al quedar expuesto a estas situaciones acumulativas: la detención cautelar por la Policía durante un término máximo de setenta y dos horas; la necesidad de presentar alegaciones y de probar su situación subjetiva en cuarenta y ocho horas; la de ser expulsado con total celeridad si la Administración concluye que ha desarrollado una conducta incluida en uno de los tipos de infracción que menciona el artículo 63.1.

Con este parámetro, resulta muy criticable la redacción legal que contiene el artículo 63 de la Ley de 22 diciembre de 2000 —desde la perspectiva de su derecho constitucional a alegar y probar los hechos que excluyen la imputación punitiva dirigida contra él por la Administración del Estado, imputación que se recoge en una propuesta inicial de expulsión— dada la trascendente restricción temporal que concede al ciudadano que se ve afectado en sus derechos legítimos por ese procedimiento sancionador de carácter preferente. Esta crítica se refuerza cuando se analizan otros aspectos del enunciado jurídico que contiene el texto ordinamental:

— La indeterminación normativa del tipo de infracción que aparece en el artículo 53 f): "La participación por el extranjero en la realización de actividades contrarias al orden público previstas como graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana" hace especialmente dificultoso el ejercicio del derecho de defensa dentro del limitado margen temporal de cuarenta y ocho horas (derecho a la presunción de inocencia).

— Se silencia cualquier mención a la aportación de pruebas por parte del interesado y a la solicitud de traer al proceso documentos, declaraciones testimoniales u otros medios probatorios por cuyo cauce se acredite la falta de certeza del presupuesto objetivo sobre el que se construye la declaración de responsabilidad punitiva.

— Se prescinde, en general, de conceder valor alguno a las peticiones de residencia, de exención de visado,... formuladas por el interesado salvo en el caso de que éste haya "solicitado con anterioridad permiso de residencia temporal por situación de arraigo, conforme a lo dispuesto en el artículo 31.4

² Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 11 de julio de 2000, Jabari contra Turquía. La señora Jabari, de nacionalidad iraní, fue detenida por las fuerzas de seguridad de Turquía en febrero de 1998 cuando intentaba entrar el país con un pasaporte falso. Las autoridades turcas iniciaron el procedimiento para su expulsión a Irán, ante lo cual la interesada solicitó la concesión de asilo político alegando la existencia de una orden de detención contra ella en su país de origen bajo la acusación de haber cometido adulterio. La petición fue denegada por haber sido presentada fuera de plazo.

de esta Ley” y se vea afectado por el supuesto de expulsión de “Encontrarse irregularmente en territorio español”.

— Lo esencial (derecho fundamental a la protección de la familia y derechos humanos) es poder demostrar que se tiene suficiente arraigo familiar (o laboral, en su caso) en España y lo accesorio que se haya iniciado ya un procedimiento de residencia temporal por arraigo familiar. Sobre este basamento, si el ciudadano afectado por un procedimiento de expulsión preferente (por cualquier de las causas legales que legitiman su uso) manifiesta contar con arraigo bastante en España, el órgano administrativo que tramite el correspondiente procedimiento sancionador tendría que concederle un margen temporal suficiente para demostrar la vigencia de esa situación (por ej., el tiempo de duración de una convivencia no matrimonial estable con el ciudadano español A. F. o con el extranjero residente legal en España A.D.), los datos que apoyan la veracidad de la misma... , bajo riesgo de dañar, de modo irreparable, ese derecho del que es titular toda persona humana.

— El derecho a la protección familiar tiene un valor y relevancia intrínseca muy superior al de la eficacia administrativa, agilidad de los procedimientos administrativos y materialización de las políticas migratorias de los Estados (políticas que incluyen, desde luego, la salida obligatoria de su territorio, en determinados supuestos legales, por parte de los ciudadanos de terceras nacionalidades).

— La remisión legal contenida en el artículo 31.4 de la LO de 22-12-2000: “cuando se acredite una situación de arraigo, en los supuestos previstos reglamentariamente” perjudica el principio de certeza en la aplicación del Derecho y determina que ese arraigo queda condicionado a su definición y términos reglamentarios y no a la simple alegación (con aportación de prueba certera sobre el basamento objetivo ofrecido por el interesado) de que dispone de vínculo afectivo o familiar suficiente con un ciudadano español/de otro país de la Unión Europea o con el titular de un permiso de residencia.

— La doctrina legal establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce que una orden de expulsión puede afectar al derecho de toda persona física a la protección de la familia con abstracción de cual sea la causa que constituya el substrato de la salida obligatoria de uno de los países firmantes del Convenio de Roma³.

— La norma evita recoger cualquier otro tipo de

³ Sentencia Cliz contra Holanda de 11 de julio de 2000: “En el presente caso, el Tribunal considera que la ejecución de la referida orden de expulsión entorpeció el correcto desarrollo del proceso en el que habían de decidirse los derechos del interesado en relación con la posibilidad de continuar la relación familiar con su hijo”. Del mismo modo, el Tribunal Supremo español afirma (STS de 1 de julio de 2000) que “... la interpretación y aplicación sistemática de todos los preceptos citados, tanto de la Constitución como del ordenamiento jurídico de extranjería y del Código Civil, no autoriza la expulsión de los extranjeros casados con español o española, sin haberles dado la posibilidad de obtener el correspondiente visado de residencia, pues, de lo contrario, se impediría la convivencia marital, impuesta legalmente, y se eludiría el principio constitucional de protección a la familia ... al forzar la separación de hecho de los cónyuges sin haberles concedido la posibilidad de legalizar la situación del cónyuge extranjero”.

arraigo en España: laboral, económico, tenencia de anteriores permisos de residencia que posibiliten una tramitación más pausada del procedimiento sancionador⁴.

— Por último, no quiero dejar de reseñar que la situación de arraigo existe aunque el solicitante del arraigo o aquél (ciudadano español o extranjero en situación de legalidad en España) a quien se pretenda uno arraigar carezca de medios suficientes de vida⁵

4. TUTELA CAUTELAR

Esta restricción del derecho de audiencia ha de conectarse al hecho de que la orden definitiva de expulsión se ejecutará —según la nueva ley— “de forma inmediata” lo que, entendido el correspondiente enunciado jurídico en sus términos gramaticales, impide el ejercicio del derecho constitucional a solicitar de los juzgados y tribunales de lo contencioso-administrativo la paralización del correspondiente mandato administrativo de expulsión. Esta previsión legal no casa, así, con la interpretación “ex constitutione” concedida por el Tribunal Constitucional al derecho de tutela cautelar y al correlativo privilegio administrativo de la ejecución forzosa de sus propios actos: “...la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso” (STC 14/1992); “...comporta que el control judicial se extienda también al carácter inmediatamente ejecutivo de sus actos” (STC 148/1993)⁶.

Las restricciones normativas impuestas al ejercicio del derecho a la tutela cautelar —que, no se olvide, se sitúa en la médula del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, constituyendo uno de sus aspectos más significativos— se acrecientan sobre la base de estos datos:

— Imposibilidad legal de solicitar la suspensión de un acto administrativo u otra medida cautelar

⁴ Cuando es muy reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo que resalta el valor que esos intereses pueden disponer desde el punto de vista de su derecho a permanecer en España mientras los tribunales de justicia resuelven su petición de heterotutela planteada frente a un acuerdo administrativo de expulsión (por todas, STS de 20 de mayo de 2000): “Esta Sala ha dictado reiteradas resoluciones ... en ellas se ha declarado que dicha suspensión resulta procedente cuando la persona afectada tiene arraigo en España por razón de sus intereses familiares, sociales o económicos, por lo que la ejecución de la orden de expulsión ... habría de producirle unos perjuicios de difícil reparación, que en parte afectarían a su esfera personal”; “la jurisprudencia de esta Sala viene considerando que ha de tenerse como circunstancia ‘excepcional’ el arraigo en territorio español, demostrado, entre otras circunstancias ... el disfrute de permiso de trabajo o el haber sido previamente titular de permisos de residencia” (STS de 27 de junio de 2000).

⁵ “... ha insistido en el significado social de ésta, de manera que no puede desconocerse aunque el familiar, que reside legalmente en España, tenga una precaria situación económica” (STS de 20 de junio de 2000).

⁶ O, como afirma la STC de 20 de mayo de 1996: “La ejecución inmediata de un acto administrativo es, pues, relevante desde la perspectiva del artículo 24.1 CE ya que si tiene lugar imposibilitando el acceso a la tutela judicial puede suponer la desaparición o pérdida irremediable de los intereses cuya protección se pretende o incluso prejuzgar irremediablemente la decisión final del proceso causando una real indefensión ... es más, la fiscalización plena, sin inmunidades de poder, de la actuación impuesta por el artículo 106.1 de la CE comporta que el control judicial se extienda también al carácter inmediatamente ejecutivo de sus actos”.

mientras se tramite el correspondiente procedimiento de expulsión preferente ya que el contencioso-administrativo limita su objeto (en general, sub. art. 25.1 LJ de 1998) a los actos "que pongan fin a la vía administrativa".

— La medida cautelar se ha de solicitar conjuntamente con la interposición del recurso contencioso-administrativo (art. 136.1).

— La adopción de una medida cautelar sin oír previamente al Ente administrativo del que procede una actuación de poder público (art. 135: "El juez o tribunal, atendidas las circunstancias de especial urgencia que concurren en el caso, adoptará la medida sin oír a la parte contraria") puede resultar insatisfactoria para el derecho de tutela judicial ante la ejecución "inmediata" de la orden de expulsión y ante la carencia de órganos judiciales de lo contencioso-administrativo que se encuentren en servicios de guardia más allá del horario de apertura de las oficinas judiciales.

— Los juzgados de instrucción no tienen competencia judicial alguna para resolver cualesquiera cuestiones relacionadas con una orden de expulsión diversas de aquella que incide acerca de la necesidad de ingreso del extranjero en un centro de internamiento hasta un máximo de cuarenta días (art. 62, Ley 8/2000).

— La Administración no respeta, con habitualidad, la doctrina constitucional a tenor de la que la simple presentación de una petición cautelar ante los tribunales de justicia —petición puesta en conocimiento del órgano del que procede la decisión ejecutiva— reclama, inexorablemente, la paralización de ese acto administrativo hasta que se produzca la resolución de los juzgados de lo contencioso-administrativo⁷.

— Existen notables dudas interpretativas acerca de cuál es el órgano jurisdiccional competente para resolver los conflictos planteados en materia de extranjería, situación legal (cuyo origen se sitúa en la confusa redacción dada al artículo 8.3 de la Ley Jurisdiccional de 1998) que plantea añadidas dificultades de acceso para los ciudadanos extranjeros afectados por una orden administrativa de expulsión.

— Por último, si el Tribunal Supremo mantiene la doctrina actual acerca de qué órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa son competentes para conocer de los recursos que afecten a materias de cuantía indeterminada⁸ (como lo es, indudablemente, la expulsión del territorio español) resultará inútil la cercanía del ciudadano extranjero a un

juzgado provincial de lo contencioso-administrativo cuando el recurso contencioso y la solicitud de medidas cautelares habrá de plantearla ante un órgano judicial más lejano, más formalizado (auto de medidas cautelares firmado por tres magistrados) y con menor agilidad.

5. EFICACIA DE LA ACTUACION ADMINISTRATIVA. DERECHO A LA PROTECCION DE LA VIDA FAMILIAR

Indudablemente, también ha de concederse notable valor a los intereses públicos que se sitúan en la raíz del establecimiento de ese procedimiento preferente: el de eficacia de la actividad administrativa que se facilita en gran medida si el plazo de alegaciones y de prueba otorgado a la persona que queda vinculada por un procedimiento sancionador se reduce de forma considerable (cuarenta y ocho horas) y si la orden punitiva impuesta se ejecuta de modo inmediato.

Esta eficacia (art. 103.1 Constitución Española) es una herramienta indispensable para que el Estado pueda hacer uso adecuado de las potestades que le corresponden en el ámbito del control de los flujos migratorios. Entre estas potestades o poderes se sitúa, de modo notable, la de imponer la salida obligatoria del territorio estatal a aquellas personas que se encuentren en el mismo sin cumplir los requisitos legales. Y, con esta perspectiva, tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como el Tribunal Constitucional (STC 24/2000) destacan la "amplia potestad de que disponen los poderes públicos para controlar la entrada, la residencia y la expulsión de los extranjeros en su territorio".

La eficacia administrativa no es, sin embargo, omnímoda o absoluta sino que su utilización debe asumir el contenido esencial, característico, mínimo de los derechos fundamentales de los ciudadanos que pueden quedar afectados por la resolución administrativa existiendo, por tanto, un ámbito indisponible para el legislador estatal o autonómico. Además, el Estado se compromete a respetar (véase, art. 10.2 Constitución Española) los Tratados y Convenios Internacionales firmados por España en materia de Derechos Humanos, derechos que han de ser visualizados tanto por el legislador como por el aplicador (Administración Pública; juzgados y tribunales de lo contencioso-administrativo) en el momento de concretar si un cierto supuesto objetivo reclama, como medida punitiva, la salida obligatoria del territorio español de un ciudadano extranjero y en el momento de coheronar las potestades administrativas de expulsión con el acervo de derechos "humanos", universales, básicos, que corresponden a cualquier persona física.

Para lo que aquí interesa, son dos los derechos que deben situarse siempre en el umbral de visión de legislador/aplicador: el de tutela judicial efectiva sin indefensión; el de protección a la vida familiar. Dadas las menciones ya efectuadas al derecho fundamental de tutela judicial sobre la base del cumplimiento de los derechos de audiencia y contradic-

⁷ STC de 20 de mayo de 1996: "... es lógico entender que mientras se toma aquella decisión no pueda impedirse ejecutando el acto, con lo cual la Administración se habría convertido en juez. Los obstáculos insalvables a esta fiscalización lesionan, por tanto, el derecho a la tutela judicial ... el derecho a la tutela se satisface facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que éste resuelva sobre la suspensión".

⁸ ATS, Sección Primera, de 20 de octubre de 2000: "... la Sala entiende que los actos emanados de la Administración periférica del Estado de cuantía indeterminada, como indudablemente son los de autos, deben recibir el mismo tratamiento competencial que el establecido para los de cuantía superior a 10 millones de pesetas. Esto significa que el conocimiento de los recursos deducidos contra esos actos, con arreglo a lo dispuesto en la Ley 29/1998 ... no está atribuido a los Juzgados ... sino a los Tribunales Superiores de Justicia".

ción; de la impugnabilidad judicial de cualquier actuación administrativa; del sometimiento de la potestad de "autotutela ejecutiva" al control seguido por los tribunales de justicia, han de concentrarse aquí los términos expositivos sobre el derecho a la protección de la vida familiar. Este derecho ha constituido el molde habitual de control a los efectos de establecer la legitimidad/illegitimidad en el ejercicio de la potestad pública de expulsión dentro del espacio territorial de aplicación del Convenio de Roma⁹, habiendo fijado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos una jurisprudencia progresiva de la que —relacionada ésta con el texto normativo que refleja el artículo 63 de la Ley de 22 de diciembre de 2000— se podrían extraer estas dos conclusiones:

— El derecho a la protección de la vida familiar ha de ser visualizado y tomado en consideración en cualquier de los supuestos legales de expulsión.

— El tribunal europeo analiza la adecuación o proporción existente entre la medida punitiva de expulsión y las concretas circunstancias fácticas vigentes en el supuesto objetivo de que se trate, estimando desproporcionada la expulsión (entre otros supuestos) cuando se ha vivido largo tiempo en el país y la familia demuestra arraigo; cuando se pone en peligro un matrimonio, etc.¹⁰

6. INTERPRETACION CONSTITUCIONAL DEL ORDENAMIENTO JURIDICO

La Constitución Española de 1978 no sólo ha concedido a los ciudadanos una serie de derechos fundamentales y libertades públicas, colocándolos en la cúspide del Estado de Derecho, sino que también impone a la Administración Pública la obligación taxativa de garantizarlos. Ello así, la Administración del Estado (Jefatura de Policía; Delegación del Gobierno) debe efectuar ineludiblemente una interpretación constitucional del término de alegaciones de cuarenta y ocho horas y de la puesta en práctica "inmediata" de la orden de expulsión al objeto de permitir el uso del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 24.1 CE. Es decir, el superior valor jurídico del texto constitucional y de la interpretación dada al mismo por el Tribunal Constitucional reclama —de los órganos administrativos que tramiten y resuelven los procedimientos sancionadores seguidos en materia de extranjería por vía "preferente"— el dotar de contenido efectivo, veraz, a este derecho a través de: la ampliación del plazo de alegaciones y de prueba cuando resulte indispensable para satisfacer el derecho de contradicción y defensa del interesado en el procedimiento de expulsión; asumir que la

puesta en práctica inmediata de la orden de expulsión no ha de constituir obstáculo suficiente para que el expulsado pueda plantear una solicitud cautelar ante los juzgados o tribunales de lo contencioso-administrativo (por lo que la medida de expulsión se ha de demorar un tiempo mínimo prudencial), y que esta solicitud ha de retardar la pena de salida obligatoria de España hasta lograr una decisión judicial en sede cautelar; valorar la elevada trascendencia de esa medida de castigo ante los intereses legítimos que pueden quedar dañados por la misma (si las personas contra las que se dirigen los procedimientos de expulsión tienen, en definitiva, un suficiente arraigo familiar o social en España).

Además, existen otras cuestiones relacionadas, de modo intrínseco, con el cauce preferente de expulsión de extranjeros introducido por la nueva Ley de Extranjería:

— Si el extranjero "sin papeles" tiene suficiente arraigo familiar o social en España (relación de convivencia marital con un español o con un extranjero residente legal, hijos de nacionalidad española entre otros muchos supuestos) son otras las personas dañadas por la expulsión, que van a quedar también afectadas por la misma y cuyos derechos legítimos deben ser valorados.

— La Administración ha de justificar, de forma amplia y suficiente, las causas que imponen la salida obligatoria del territorio español de un ciudadano extranjero evitando cualquier uso arbitrario de ese poder (motivación de los actos administrativos).

— La Administración ha de excluir el uso discrecional de la potestad de expulsar a los ciudadanos extranjeros que se encuentren de forma ilegal en España o que hayan incurrido en alguno de los supuestos legales de expulsión, adecuando esta medida a la concurrencia estricta de los supuestos normativos y a la utilización precisa del principio de proporcionalidad administrativa al objeto de hacer coincidir la pena impuesta con la gravedad de la conducta desarrollada, el desvalor subjetivo de la misma y los perjuicios que ésta genera en los intereses públicos: "Para la graduación de las sanciones, el órgano competente en imponerlas se ajustará a criterios de proporcionalidad, valorando el grado de culpabilidad y, en su caso, el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su trascendencia" (art. 55.3 Ley 22 de diciembre de 2000).

7. CONCLUSIONES

A modo de conclusiones, cabe afirmar que el procedimiento preferente de expulsión que diseña el artículo 63 de la Ley Orgánica de 22 de diciembre de 2000 presenta notables carencias y deficiencias jurídicas desde el punto de vista de los derechos de audiencia y de tutela cautelar, deficiencias agravadas por el hecho de que los órganos jurisdiccionales competentes para resolver las solicitudes de heterotutela judicial planteadas contra los acuerdos administrativos de expulsión son los Tribunales Superiores de Justicia, órganos más lejanos al recurrente y menos ágiles que los juzgados de lo con-

⁹ Véase, de este modo, sentencias Gul contra Suiza de 19 febrero 1996, Beldjoudi contra Francia de 26 de marzo de 1992, Moustaguim contra Bélgica de 18 de febrero de 1991 y Berrehab contra Holanda de 21 de junio de 1988.

¹⁰ Sentencia Cliz contra Holanda de 11 julio de 2000, en la que el Tribunal señala (reiterando su anterior doctrina legal) que la orden de expulsión constituye una interferencia sobre el derecho a la vida familiar y advierte que, al amparo del artículo 8 párrafo 2º, dicha interferencia sólo puede entenderse justificada cuando es el resultado de una intervención prevista por la ley y tiene carácter necesario dentro de una sociedad democrática.

tencioso-administrativo en la resolución de solicitudes urgentes de suspensión como las planteadas al amparo del artículo 135 LJ de 1998: medidas provisionales (impidiéndose con ello, además, la tenencia de una doble instancia como sucedería si la competencia inicial se atribuye a los juzgados).

Para paliar estas deficiencias, los órganos administrativos que tramitan y resuelven los correspondientes procedimientos sancionadores y los juzgados y tribunales que fiscalicen cautelarmente (y en cuanto al fondo) esas decisiones han de valorar siempre:

— La supremacía formal de los derechos fundamentales (aquí, el de tutela judicial efectiva y el de protección de la vida familiar) sobre el principio de eficacia administrativa.

— La recurribilidad universal de las actuaciones públicas y el derecho de acceso a la jurisdicción en todo supuesto.

— La necesidad de prorrogar el plazo de audiencia en determinados supuestos, específicamente cuando se solicite la práctica de medios probatorios que no se encuentren a disposición inmediata del afectado por la expulsión y que guarden una relación intrínseca con un motivo que pueda hacer desaparecer la causa de expulsión (por su habitualidad, el de una solicitud anterior de permiso de residencia no resuelta todavía en el momento de tramitarse el procedimiento sancionador).

— La relación existente entre la irreparabilidad de los perjuicios causados al/a los ciudadanos extranjeros expulsados y a terceros y la demora que en la ejecución forzosa de esa orden administrativa genera el planteamiento de un recurso judicial

— La vastedad y heterogeneidad de las medidas cautelares que se pueden adoptar por el juez de lo contencioso-administrativo

— Las especiales precauciones que han de tomarse en el caso de que se alegue la existencia de arraigo familiar con un español o con un extranjero legalmente establecido en España dados los términos en que se expresa la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Supremo español, y considerando: que esa situación ha de valorarse en cualquier supuesto de expulsión, y no sólo en el de estancia ilegal en España; que la falta de solicitud previa de un permiso de residencia temporal por arraigo tampoco excluye el análisis de las alegaciones y pruebas relativas a la situación familiar o afectiva del interesado en el procedimiento de expulsión preferente; que la Administración del Estado ha de efectuar un esfuerzo de motivación si se opone ese reagrupamiento familiar o si la san-

ción se funda en enunciados jurídicos de márgenes difusos como el citado de “La participación por el extranjero en la realización de actividades contrarias al orden público”.

— La relevancia propia del derecho constitucional a la presunción de inocencia que fluye en la aplicación administrativa de algunos tipos de infracción de los que dan lugar a la salida obligatoria del territorio español: “La participación por el extranjero en la realización de actividades contrarias al orden pública...”.

— La inclusión en las normas sancionadoras de un importante hálio de indeterminación (conceptos jurídicos indeterminados) no impide constatar que la potestad de expulsión tiene elementos reglados, por lo que los jueces de lo contencioso-administrativo pueden entrar siempre a examinar el basamento sustancial de la decisión administrativa y establecer si ésta se adecúa al ordenamiento jurídico, es proporcionada a la índole y caracteres de la conducta desarrollada por el ciudadano extranjero y si la misma ha respetado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y el de protección de la vida familiar.

En definitiva, la lectura jurídica que ha de darse al procedimiento preferente de expulsión de extranjeros pasa por exigir a los órganos administrativos competentes en este ámbito sectorial una interpretación y sensibilidad ajustada al texto constitucional y al Convenio Europeo de Derechos Humanos y Protocolos suscritos por España, interpretación que haga factible el empleo suficiente de los derechos de defensa en el propio procedimiento sancionador y el cuestionamiento cautelar de la decisión ante los Tribunales de Justicia, sin contraponer, sin más y como si de intereses contradictorios se tratara, los de tutela y audiencia de los ciudadanos extranjeros en España *versus* política de control migratorio del país. Ambos pueden actuar de forma simultánea sin menoscabo alguno y con mejora notable para nuestro Estado de Derecho que, recuérdese, lo es en cuanto asume que las garantías procedimentales y judiciales básicas corresponden cualquier persona con olvido de su nacionalidad y en cuanto garantiza que cualquier acto de poder procedente de una Administración Pública queda potencialmente sometido a la férula o control de terceros: juzgados y tribunales de lo contencioso-administrativo sin excepción alguna basada en razones de urgencia o celeridad, lo que, por lo demás, constituyen ideas matrices que sustentan y hacen firme a la Unión Europea como Unión de Derecho (Principios Generales del Derecho Comunitario).