

## **LAS MEDIDAS CAUTELARES EN MATERIA DE EXTRANJERIA**

### **INTRODUCCION.- Definición de Medidas Cautelares**

En Derecho Común.- Art. 721 de la LEC .

Requisitos: Peligro de Mora procesal , Apariencia de buen derecho, Caucion .

En Derecho Administrativo, rige el principio de ejecutividad de los actos administrativos proclamada en los artículos 56 y 57 de la LPAC 30/92

Articulo 56 .Ejecutividad.

*Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo serán ejecutivos con arreglo a lo dispuesto en esta Ley.*

Articulo 57.Efectos.

- 1. Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa.*
- 2. La eficacia quedará demorada cuando así lo exija el contenido del acto o esté supeditada a su notificación, publicación o aprobación superior.*
- 3. Excepcionalmente, podrá otorgarse eficacia retroactiva a los actos cuando se dicten en sustitución de actos anulados, y, asimismo, cuando produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y ésta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas.*

Una vez notificado un acto administrativo que ponga fin a la via administrativa, lesivo para los interesados, no basta con su impugnacion ante el Orden jurisdiccional Contencioso administrativo para demorar su ejecución, ya que como se ha visto, la ley otorga a la Administracion, autora del acto, la facultad de ejecutar lo dispuesto por ella misma. Por eso, si queremos evitar las consecuencias dañosas de la ejecucion del acto administrativo debemos pedir la suspensión de la mencionada *ejecutividad*.

La petición de suspensión de la ejecutividad del acto administrativo puede postularse en via administrativa conforme al articulo 111 de la LPAC 30/92.

*Articulo 111. Suspensión de la ejecución.*

- 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 concurren alguna de las siguientes circunstancias:

Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.

Que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62.1 de esta Ley.

**La ejecución del acto impugnado se entenderá suspendida si transcurridos treinta 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.

Cuando de la suspensión puedan derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, aquélla sólo producirá efectos previa prestación de caución o garantía suficiente para responder de ellos, en los términos establecidos reglamentariamente.

La suspensión podrá prolongarse después de agotada la vía administrativa cuando exista medida cautelar y los efectos de ésta se extiendan a la vía contencioso-administrativa. Si el interesado interpusiera recurso contencioso-administrativo, solicitando la suspensión del acto objeto del proceso, se mantendrá la suspensión hasta que se produzca el correspondiente pronunciamiento judicial sobre la solicitud.

5. Cuando el recurso tenga por objeto la impugnación de un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada de personas, la suspensión de su eficacia habrá de ser publicada en el periódico oficial en que aquél se insertó.

Si la Administración no accede a suspender la eficacia del acto administrativo o bien si no ha sido solicitada en vía administrativa podemos solicitarla ante los Órganos de la Jurisdicción contencioso administrativa, a no ser que por los mismos hechos estén conociendo los Organos de la Jurisdicción Penal , en cuyo caso la Administración no solo debe suspender la ejecutividad del acto administrativo, sino el trámite del procedimiento administrativo mismo, por la preferencia del Orden Penal , debiendo estar todos a lo que resuelva éste Orden Jurisdiccional , conforme establece el artículo 7 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora.

*.Artículo 7. Vinculaciones con el orden jurisdiccional penal.*

1. En cualquier momento del procedimiento sancionador en que los órganos competentes estimen que los hechos también pudieran ser constitutivos de

*ilícito penal, lo comunicarán al Ministerio Fiscal, solicitándole testimonio sobre las actuaciones practicadas respecto de la comunicación.*

*En estos supuestos, así como cuando los órganos competentes tengan conocimiento de que se está desarrollando un proceso penal sobre los mismos hechos, solicitarán del órgano judicial comunicación sobre las actuaciones adoptadas.*

*2. Recibida la comunicación, y si se estima que existe identidad de sujeto, hecho y fundamento entre la infracción administrativa y la infracción penal que pudiera corresponder, el órgano competente para la resolución del procedimiento acordará su suspensión hasta que recaiga resolución judicial.*

*3. En todo caso, los hechos declarados probados por resolución judicial penal firme vinculan a los órganos administrativos respecto de los procedimientos sancionadores que substancien.*

Pues bien, con estas premisas con las que hemos centrado el tema, empezaremos el examen de la materia objeto de ésta conferencia, que es la adopción de medidas cautelares tanto por la Autoridad Administrativa frente al extranjero como las solicitadas por el extranjero ante el Organo Jurisdiccional en materia de extranjería.

#### **PRIMERO .- A)**

Medidas cautelares en materia de Extranjería adoptadas por la Autoridad Gubernativa sobre el extranjero..

#### **REGULACION LEGAL**

Ley Organica 4/2000, 8/2000 y 2 /2009.

#### **Reglamentos**

**Real Decreto 2393/2004 de 30 de diciembre y del vigente (Real Decreto 557/2011 de 20 de abril tras su reforma por la Ley Organica 2/2009.)**

Medidas favorables.

**Artículo 59.** Colaboración contra redes organizadas.

**Artículo 59 bis.** Víctimas de la trata de seres humanos.

Medidas desfavorables. art. 61

**Artículo 61.** Medidas cautelares.

1. Desde el momento en que se incoe un procedimiento sancionador en el que pueda proponerse la expulsión, el instructor, a fin de asegurar la resolución final que pudiera recaer, podrá adoptar alguna de las siguientes medidas cautelares:

a. Presentación periódica ante las autoridades competentes.

- b. Residencia obligatoria en determinado lugar.
- c. Retirada del pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad, previa entrega al interesado del resguardo acreditativo de tal medida.
- d. Detención cautelar, por la autoridad gubernativa o sus agentes, por un período máximo de 72 horas previas a la solicitud de internamiento.  
En cualquier otro supuesto de detención, la puesta a disposición judicial se producirá en un plazo no superior a 72 horas.
- e. Internamiento preventivo, previa autorización judicial en los centros de internamiento.
- f. Cualquier otra medida cautelar que el juez estime adecuada y suficiente.

2. En los expedientes sancionadores en la comisión de infracciones por transportistas, si éstos infringen la obligación de tomar a cargo al extranjero transportado ilegalmente, podrá acordarse la suspensión de sus actividades, la prestación de fianzas, avales, o la inmovilización del medio de transporte utilizado.

#### **Artículo 62.** Ingreso en centros de internamiento

#### **Artículo 62 quinquies.** Medidas de seguridad.

1. Las actuaciones de vigilancia y seguridad interior en los centros podrán suponer, en la forma y con la periodicidad que se establezca, inspecciones de los locales y dependencias y siempre que fuera necesario para la seguridad en los centros registros de personas, ropas y enseres de los extranjeros internados.

2. Se podrán utilizar medios de contención física personal o separación preventiva del agresor en habitación individual para evitar actos de violencia o lesiones de los extranjeros, impedir actos de fuga, daños en las instalaciones del centro o ante la resistencia al personal del mismo en el ejercicio legítimo de su cargo. El uso de los medios de contención será proporcional a la finalidad perseguida, no podrán suponer una sanción encubierta y sólo se usarán cuando no exista otra manera menos gravosa para conseguir la finalidad perseguida y por el tiempo estrictamente necesario.

3. La utilización de medios de contención será previamente autorizada por el director del centro, salvo que razones de urgencia no lo permitan, en cuyo caso se pondrá en su conocimiento inmediatamente. El director deberá comunicar lo antes posible a la autoridad judicial que autorizó el internamiento la adopción y cese de los medios de contención física personal, con expresión detallada de los hechos que hubieren dado lugar a dicha utilización y de las circunstancias que pudiesen aconsejar su mantenimiento. El juez, en el plazo más breve posible y siempre que la medida acordada fuere separación preventiva del agresor, deberá si está vigente, acordar su mantenimiento o revocación.

**Medidas cautelares en el reglamento 2393/2004 de 30 de diciembre y del vigente (Real Decreto 557/2011 de 20 de abril tras su reforma por la Ley Organica 2/2009.)**

**Artículo 244.** Medidas cautelares en el procedimiento de expulsión.

1. De conformidad con lo previsto en los [artículos 55 y 61 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero](#), el instructor podrá adoptar en cualquier momento mediante acuerdo motivado las medidas de carácter provisional que resulten necesarias para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer.

En caso de que el procedimiento tramitado fuera de carácter ordinario no podrá adoptarse la medida cautelar de internamiento.

2. En iguales términos que los establecidos en el [artículo 221 de este Reglamento](#), el instructor podrá mantener la aprehensión de los bienes, efectos o instrumentos que hayan servido para la comisión de la infracción prevista en el [artículo 54.1.b\) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero](#).

**Artículo 251.** Medidas cautelares en el procedimiento para la imposición de multas.

1. En iguales términos que los establecidos en el [artículo 221 de este Reglamento](#) se podrá proceder a la aprehensión de los bienes, efectos o instrumentos que hayan sido utilizados para la comisión de la infracción prevista en el [artículo 54.1.b\) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero](#).

2. Cuando se siga expediente sancionador por alguna de las infracciones previstas en el [artículo 54.2.b\) y c\) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero](#), y los transportistas infrinjan la obligación de tomar a cargo al extranjero transportado ilegalmente, la autoridad gubernativa podrá acordar alguna de las siguientes medidas:

- a. Suspensión temporal de sus actividades, que no podrá exceder de un periodo de seis meses.
- b. Prestación de fianza o avales, en atención al número de afectados y el perjuicio ocasionado.
- c. Inmovilización del medio de transporte utilizado hasta el cumplimiento de la referida obligación.

**PRIMERO.- B)**

Medidas cautelares solicitadas por el extranjero ante el Organo Jurisdiccional en materia de extranjería

En materia de extranjería, frente al acto administrativo *desfavorable para el extranjero, puede solicitarse la suspensión de dicho acto*

a). *Antes de estar iniciado el proceso judicial en caso de darse el supuesto del nº 2 del artículo 136 de la LJCA .*

1. *En los supuestos de los artículos 29 y 30, (caso de recusación del funcionario o falta de capacidad de obrar del interesado) la medida cautelar se adoptará salvo que se aprecie con evidencia que no se dan las situaciones previstas en dichos artículos o la medida ocasione una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el Juez ponderará en forma circunstanciada.*

2. *En los supuestos del apartado anterior, las medidas también podrán solicitarse antes de la interposición del recurso, tramitándose conforme a lo dispuesto en el artículo precedente. En tal caso el interesado habrá de pedir su ratificación al interponer el recurso, lo que habrá de hacerse inexcusablemente en el plazo de diez días a contar desde la notificación de la adopción de las medidas cautelares. En los tres días siguientes, el Secretario judicial convocará la comparecencia a la que hace referencia el artículo anterior.*

*De no interponerse el recurso, quedarán automáticamente sin efecto las medidas acordadas, debiendo el solicitante indemnizar de los daños y perjuicios que la medida cautelar haya producido.*

b) Mediante otrosí en la demanda,

c) Con fecha posterior a la demanda, en cualquier momento del procedimiento incluso en trámite de recurso de apelación.

d) También puede solicitarse después de haber sido denegada judicialmente la suspensión, cuando hubieran sucedido circunstancias nuevas, distintas de las tenidas en cuenta para la denegación de la medida.

La LJCA prevee un procedimiento cautelar urgente en el artículo 135, por el que se pide al Juez la adopción de la medida cautelar, *inaudita parte*, es decir sin dar audiencia a la Administración recurrida. Este procedimiento solo es admisible cuando razones de urgencia lo justifiquen. En consecuencia, hay que tener en cuenta que en el escrito en el que se soliciten deben acreditarse, además de las razones que justifican la adopción de las medidas, las razones de urgencia con el fin de admitir a trámite este procedimiento cautelarísimo, es decir, sin audiencia de la Administración autora del acto.

*Artículo 135.*

1. *Cuando los interesados alegaran la concurrencia de circunstancias de especial urgencia en el caso, el juez o tribunal sin oír a la parte contraria, en el plazo de dos días podrá mediante auto:*

*Apreciar las circunstancias de especial urgencia y adoptar o denegar la medida, conforme al artículo 130. Contra este auto no se dará recurso alguno. En la misma resolución el órgano judicial dará audiencia a la parte contraria para que en el plazo de tres días alegue lo que estime procedente o bien*

*convocará a las partes a una comparecencia que habrá de celebrarse dentro de los tres días siguientes a la adopción de la medida. Recibidas las alegaciones o transcurrido el plazo en su caso o bien celebrada la comparecencia, el juez o tribunal dictará auto sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada, el cual será recurrible conforme a las reglas generales.*

*En cuanto se refiere a la grabación de la comparecencia y a su documentación, serán aplicables las disposiciones contenidas en el artículo 63*

*No apreciar las circunstancias de especial urgencia y ordenar la tramitación del incidente cautelar conforme al artículo 131 durante la cual los interesados no podrán solicitar nuevamente medida alguna al amparo del presente artículo.*

*2. En los supuestos que tengan relación con actuaciones de la Administración en materia de extranjería, asilo político y condición de refugiado que impliquen retorno y el afectado sea un menor de edad, el órgano jurisdiccional oirá al Ministerio Fiscal con carácter previo a dictar el auto al que hace referencia el apartado primero de este artículo.*

**SEGUNDO.-** Si bien lo normal es que la suspensión adoptada como medida cautelar se ordene respecto de actos administrativos positivos, por ejemplo, acto administrativo que ordena la expulsión del extranjero del territorio nacional, no ha de descartarse la solicitud de suspensión de un acto negativo, p. ejemplo suspensión de un acto que deniega la concesión del permiso de residencia y trabajo. Tratándose de un acto administrativo negativo, la suspensión de dicho acto implica la adopción de una medida cautelar con efecto positivo. En el caso citado como ejemplo equivaldría a la concesión cautelar del permiso de residencia y trabajo solicitado

Estamos en presencia de un **acto negativo**, por lo que en la práctica es casi imposible que pueda acordarse como efecto positivo un vuelco de tal calibre en la situación personal del recurrente, pues lo que se pretende es obtener a través de las medidas cautelares el efecto solicitado en el pleito principal.

Sin embargo, como señala la STS de 13 de noviembre de 2000, la antigua y tradicional doctrina jurisprudencial acerca de la no suspensión cautelar de los actos negativos fue superada por la doctrina recogida en las sentencias de 12 de marzo de 1999 y 28 de abril de 1999 y 4 de diciembre de 1999 en las que se declaraba expresamente que *las medidas cautelares positivas están amparadas por el artículo 24.1 de la Constitución que permite la adopción de aquellas tendentes a preservar la ejecución de lo resuelto en la sentencia que ponga fin al pleito, ahora expresamente sancionadas en el artículo 129.1 de la LJCA 29/1998 de 12 de julio.*

A estos efectos han de valorarse todas las circunstancias que concurren en el extranjero pero especialmente la existencia de *vínculos en el lugar en que se reside*. A éstos se refiere la STS de 20 de enero de 2001 que establece que *es jurisprudencia consolidada que los vínculos con el lugar en que se reside, ya sean de tipo económico, social o familiar, son relevantes para apreciar la existencia de arraigo en el territorio como determinante de la prevalencia de*

*tales vinculos frente al interes general en se expulse de España a quien carezca de permiso o autorizacion para residir en él .*

### **TERCERO.-** Tecnica Jurisdiccional de actuación.

En los supuestos de petición de suspensión de los actos impugnados se han de valorar los intereses publicos y privados dando prioridad a los mas intensamente afectados en el caso de confluencia o concurrencia.

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 jurisdiccional, y se configura como un límite a la regla general que rige en nuestro ordenamiento jurídico de ejecutividad de las resoluciones de la Administración, al haber quedado configurada la Administración Pública en nuestra Constitución como institución al servicio de los intereses generales, y cuya actuación ha de quedar informada, entre otros, por el principio de eficacia que prevé el artículo 103.1 de la Constitución Española.

El artículo 130.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, establece que, previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso; pudiendo denegarse tal medida, conforme al número 2 del citado artículo, cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada.

Reiteradamente se ha destacado por la Jurisprudencia que la suspensión del acto administrativo es factible concederla, a solicitud del actor, siempre que:

- a) con la ejecución del acto que se impugna se ocasione algún daño o perjuicio.
- b) que dicho daño o perjuicio sea de imposible o difícil reparación, y
- c) que debe resolverse la cuestión contemplando, prioritariamente, aquella proyección lesiva que de la ejecución pudiera derivarse para el interés particular del administrado y a la inversa tenerse en cuenta el perjuicio que para el interés público se producirá en el caso de accederse a la suspensión.

**CUARTO.-** Como se ha señalado reiteradamente por la Jurisprudencia, en los supuestos de petición de suspensión de los actos impugnados se han de valorar los intereses públicos y privados, dándose prioridad a los más intensamente afectados en el caso de confluencia o concurrencia.

En cada caso concreto, el Letrado de la parte actora al solicitar como medida cautelar la suspensión del acto administrativo debe tener presente que no es suficiente con que a su juicio, se haría ineficaz la continuidad del recurso,



perjudicando su derecho de defensa, si no se adoptara la medida cautelar, sino que ha de acreditarlo, es decir probar las consecuencias dañosas que se derivarían para el extranjero en el caso de no accederse a la medida cautelar solicitada .

Tal alegación, sin otra prueba, es insuficiente para conceder la suspensión que se solicita, ya que es doctrina recogida por el Tribunal Supremo en esta materia, como señalan las Sentencias del más Alto Tribunal de 14 de marzo y 11 de abril de 2000, entender que el derecho de defensa queda perfectamente preservado en el recurso mediante su representación procesal. También ha destacado el Tribunal Supremo en Sentencia de 23 de octubre de 2001 en un supuesto similar al que comentamos que

*...aunque sea cierto que la redacción del artículo 130 de la vigente Ley Jurisdiccional de 1.998, altera la contenida en el 122 de la de 27 de diciembre de 1.956, en cuanto no se hace ya expresa referencia a que la ejecución del acto administrativo impugnado en vía contenciosa sea susceptible de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil, y parece atenderse a la posibilidad de "hacer perder su finalidad al recurso", no cabe olvidar al propio tiempo que el artículo 130 citado se inicia condicionando en primer lugar la adopción de la medida cautelar a la "previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto", y siendo ello así, no puede entenderse de carácter prevalente, frente a los intereses públicos, cual señala la Sala de instancia, la permanencia de la extranjera en el territorio nacional cuando carece de los imprescindibles requisitos que exige nuestro ordenamiento y no existen auténticas circunstancias subjetivas y personales o elementos objetivos demostrativos del arraigo y vinculación del recurrente en nuestro país, que, en su caso, habrían determinado una solución contraria, debiendo además advertirse, de una parte, que el dictado literal del repetido artículo 130.1, en cuanto prevé el supuesto de que la ejecución haría perder su finalidad al recurso, no puede entenderse en el amplio sentido que sostiene el recurrente, pues a medio de una tal interpretación, la suspensión resultaría obligada inexcusablemente, en todos los procesos contencioso-administrativos, conclusión que no ha sido la querida por el legislador desde el momento que ante todo exige la previa valoración de los intereses, al modo que la hemos efectuado, estableciendo la prevalencia del interés público que subyace en este tipo de actuaciones, y, de otra, que el derecho a la tutela efectiva queda satisfecho, según ha proclamado expresamente el Supremo intérprete de la Constitución, cuando el tema de la suspensión de los actos impugnados se somete, cual lo ha sido en el supuesto actual, al conocimiento de un Tribunal.*

Aplicada la anterior doctrina debemos concluir que procede denegar la suspensión solicitada, ya que como señala la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencia de 14 de marzo y 21 de mayo de 2002), no cabe considerar como perjuicios, en casos como el de la salida del territorio nacional, salvo que concurren circunstancias específicas que así lo determinen, como sería la de tener procedimiento de regularización pendiente o supuestos de arraigo, si no se justifican, pues entonces la suspensión vendría automáticamente determinada por la simple solicitud o la interposición del recurso, lo que, evidentemente, no es el propósito del legislador.

Debe, como siguen diciendo algunas de las sentencias citadas, prevalecer, ante lo anteriormente razonado, sobre el interés privado del afectado, el superior interés público de preservación de las normas que dictan y regulan la situación de los ciudadanos extranjeros en nuestro país ante supuestos en que no se acreditan circunstancias subjetivas y personales o elementos objetivos demostrativos del arraigo y vinculación de la recurrente en nuestro país que nos lleven a la suspensión del acto recurrido.

-----